Le tourisme médical dans l'espace de l'Union européenne : Contribution à la qualification de la relation de soin

Léo Roque

▶ **To cite this version:**

Léo Roque. Le tourisme médical dans l'espace de l'Union européenne : Contribution à la qualification de la relation de soin. Droit. Université Montpellier, 2020. Français. NNT : 2020MONTD038 . tel-03434470

HAL Id: tel-03434470
https://theses.hal.science/tel-03434470

Submitted on 18 Nov 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit

École doctorale Droit et Science politique

Unité de recherche 5815

LE TOURISME MÉDICAL DANS L'ESPACE DE L'UNION EUROPÉENNE

Contribution à la qualification de la relation de soin

Présentée par Léo ROQUE

Le 11 décembre 2020

Sous la direction de François Vialla

Devant le jury composé de

Mme Amanda DUBUIS	Membre du jury
M. Éric MONDIELLI	Rapporteur
M. Guillaume ROUSSET	Rapporteur
M. François VIALLA	Directeur de thèse

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

« L'université de Montpellier n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; Ces opinion doivent être considérées comme propres à leur auteur »

« vu et permis d'imprimer »

Montpellier, le ……

Le président de l'Université de Montpellier

REMERCIEMENT

Je tiens à remercier Monsieur le professeur Vialla pour avoir dirigé ce travail de recherche durant ces cinq années, en me poussant à ouvrir mes horizons vers les questions internationales, par la recherche académique et par le voyage. Ses enseignements m'ont appris les valeurs derrière la citation : *Labor omnia vincit improbus.*

Ma gratitude va aussi à ma famille pour son soutien quotidien, et plus particulièrement Nathalie, ma première relectrice depuis des années, qui mérite ma reconnaissance éternelle et sûrement aussi, une équivalence en droit.

Enfin, ces remerciements vont aussi à mes amis de la faculté et d'en-dehors, pour leur soutien et parfois leur relecture. Je ne pouvais pas rêver meilleurs compagnons de voyage au cours cette merveilleuse épopée.

TABLES DES ABREVIATIONS

Actu. Jurisanté Actualités JuriSanté
A.D.S.P Actualité et dossier en santé publique
A.G.C.S Accord général sur le commerce des services
al. Alinéa
A.M.P Assistance médicale à la procréation
A.R.S Agence régionale de Santé
Art. Article

Bibl. de droit privé Bibliothèque de droit privé
Bull. civ. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. crim. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
Bull. Ordre méd. Bulletin de l'Ordre des médecins

C.A Cour d'appel
C.A.A Cour administrative d'appel
C.A.S.F Code de l'action sociale et des familles
C. assur. Code des assurances
Cass. Ass. plén. Cour de cassation, Assemblée plénière
Cass. ch. mixtes Cour de cassation, chambres mixtes
Cass. civ. Cour de cassation, chambre civile
Cass. com. Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim. Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. req. Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. soc. Cour de cassation, chambre sociale
C. civ. Code civil
C. consom. Code de la consommation
C.E Conseil d'État
C.C.C Contrats Concurrence Consommation
C.E.E Communauté économique européenne
C.E.D.H Cour européenne des droits de l'homme
CCIP-CA chambre commerciale internationale à la cour d'appel de Paris
C.G.C.T Code générale des collectivités territoriales
ch. chambre
chron. chronique
C.J.C.E Cour de justice des communautés européennes
C.J.U.E Cour de justice de L'Union européenne
coll. collection
comm. commentaire

concl. conclusions
contra contrairement, solution contraire
Contrats Conc. Consom. Contrats, concurrence, consommation
C. pén.Code pénal
C.S.P Code de la santé publique
C.S.S Code de la sécurité sociale
C. trav. Code du travail
C/ contre
D. Recueil Dalloz
Defresnois Répertoire du notariat Defresnois
dir. direction
doct. doctrine
Dr. adm. Droit administratif
Dr. soc. Droit social

éd. édition
éd. perm. édition permanente

fasc. Fascicule

GATS Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994
Gaz. Pal. Gazette du Palais
GECT groupement européen de coopération territoriale
Gest. hosp. Gestions hospitalières
GPA Gestion pour autrui

HAS Haute autorité de santé

Ibid. Ibidem, au même endroit
infra voir ci-dessous
IP/IT intellectual property / information technology

JCl. Juris-Classeur
J.C.P éd. E Juris-classeur périodique (semaine juridique) édition entreprise
J.C.P éd. G Juris-classeur périodique (semaine juridique) édition générale
J.O Journal officiel
JOCE Journal officiel des communautés européennes
JOUE Journal officiel de l'Union européenne
jurisp. Jurisprudence

L.G.D.J Librairie générale de droit et de jurisprudence
loc. cit. à l'endroit cité
L.P.A Les petites affiches
Méd. et droit Médecine et Droit

n° numéro
not. Notamment

obs. observations
O.C.D.E Organisation de coopération et de développement économiques
OMC Organisation mondiale de la santé
OMS Organisation mondiale du commerce
op. cit. dans l'ouvrage précité
Ord. Ordonnance

p. page
par ex. par exemple
Petites Affiches Les Petites Affiches
préc. précité
P.U.A.M Presses universitaires d'Aix-Marseille
P.U.F Presses universitaires de France
P.U.N Presse universitaire de Lorraine
rapp. Rapport
pr. civ. Code de procédure civile

RBSS Revue belge de sécurité sociale
R.C.A Responsabilité civile et assurances
RCADI Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RDS Revue Droit et santé
RDSS Revue de Droit sanitaire et social
R.D sanit. soc. Revue de droit sanitaire et social
RGAR Revue générale des assurances et des responsabilités
RGAT Revue générale des assurances terrestres
RIDC Revue internationale de droit comparé
Rép. Civ. Dalloz Répertoire civil Dalloz
Rev. Revue
Rev. conc. consom. Revue de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Rev. fr. aff. soc. Revue française des affaires sociales
R.G.A.R Revue générale des assurances et des responsabilités
R.G.D.M Revue générale de droit médical
R.I.D comp. Revue internationale de droit comparé
R.T.D.civ. Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.com. Revue trimestrielle de droit commercial
R.T.D.H Revue trimestrielle des droits de l'homme

s. suivant
S. Recueil Sirey

S.R.O.S Schéma régional d'organisation sanitaire
somm. sommaire
spé. spécialement
ss la dir. de sous la direction de
supra voir ci-dessus
suppl. supplément

T.A Tribunal administratif
T.C.F.D.I.P Travaux du Comité français de droit international privé
T. civ. Tribunal civil
T. confl. Tribunal des conflits
T. correc. Tribunal correctionnel
T.G.I Tribunal de grande instance
T.I Tribunal d'instance

V. Voir
vol. volume

SOMMAIRE

TABLES DES ABREVIATIONS 5
SOMMAIRE 9
INTRODUCTION GÉNÉRALE 10
Partie I : L'incursion de la matière contractuelle dans le tourisme médical européen 37
Titre I : L'incursion de la matière contractuelle sur l'acte constituant du tourisme médical 38
CHapitre I : La qualification contractuelle de la relation de soin 39
Chapitre II : Une qualification délictuelle inadaptée de la relation de soin 67
Titre II : Les conséquences d'une approche contractuelle du tourisme médical 97
Chapitre I : Les conséquences de la qualification sur le régime applicable 99
CHAPITRE II : Les conséquences du régime sur l'exercice de la relation de soin 130
Conclusion intermédiaire 162
Partie II : L'incursion du droit de la consommation dans le tourisme médical 164
Titre I : Une qualification possible en contrat de consommation 167
Chapitre I : La réunion des éléments constitutifs du contrat de consommation 167
Chapitre II : L'incursion possible du droit de la consommation dans la qualification de la relation de soin. 192
Titre II : Les conséquences découlant de la qualification en droit de la consommation 220
Chapitre I : Les conséquences de la qualification sur le régime applicable 221
Chapitre II : Les conséquences d'une consumérisation de la santé 251
CONCLUSION 275
BIBLIOGRAPHIE 287
TABLE DES MATIERES 340

INTRODUCTION GÉNÉRALE

I.- Les définitions du tourisme médical

A. La définition des champs voisins aux droits

B. La carence de la définition en droit

II.- L'intérêt du traitement du tourisme médical européen

A. Un intérêt extérieur au domaine du droit

Intérêt économique et financier

B. Un intérêt particulier au domaine du droit

III.- Le recours au droit international privé dans le traitement du tourisme médical européen

A. Un intérêt au titre du droit commun des obligations

B. Un intérêt au titre du droit de la consommation

« *Tout voyage est une agression. Il vous contraint à faire confiance à des inconnus et à perdre de vue le confort familier du foyer et des amis, on est en perpétuel déséquilibre. On ne possède rien en dehors de l'essentiel - l'air, le sommeil, les rêves, la mer, le ciel - toutes choses qui tendent à l'éternité ou du moins à ce que nous en imaginons* »[1]

Cesare de Pavese, auteur du début du siècle dernier, tendait à voir le voyage comme une atteinte au corps à l'esprit et à la capacité de faire confiance à des inconnus. L'auteur italien ne prenait certainement pas conscience que sa conception du voyage trouverait à s'illustrer plus en avant dans notre aire contemporaine par l'émergence du tourisme médical. Le voyage et l'agression qu'il institue sur le corps ne sont plus contraints, mais souhaités par le patient voyageur. Cependant, parfois ces atteintes échappent au domaine du souhait, en cas d'accident médical où le « *perpétuel déséquilibre* » se renforce et touche au Droit. L'écrivain américain BOURDIN partage cette conception du voyage qui « *laisse des traces sur ta mémoire, sur ta conscience, dans ton cœur, et sur ton corps.* ». Assurer la réparation du corps atteinte par le voyage *constitue ainsi un* « *fait social* »[2]. Ce phénomène nouveau, mais inscrit dans une pratique ancienne reste encore mal appréhendé par le droit de l'Union.

Histoire du tourisme médical. Les travaux historiques sur le « *tourisme médical* », dont ceux notamment du professeur-géographe indien PRUTHI[3], soulignent le caractère millénaire de la pratique dans le cadre du tourisme thermal[4]. Il met en évidence divers exemples où « *l'Homme du paléolithique* »[5], nomade par nature, prétendit à une quête de santé qu'attestent les vestiges d'activité humaine retrouvés près des sources minérales et d'eau chaude. En témoigne, la ville de Bath fondée en 800 av. J.-C., située en Angleterre, qui correspond à l'un des plus anciens lieux de villégiature thermale connue[6][7] en Europe. Cette cité abrita dans la mythologie celte la déesse des thermes, *Sullis*, et fut associée par la suite à la déesse romaine *Minerve*.[8] La

[1] Citation reconnue à C. PAVESE par P. BECK, *Un journal*, Flammarion, 2008, Paris.
[2] E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique* , Paris, PUF, 2013
[3] R. PRUTHI, "Medical tourism in India", , New Delhi, Arise Publishers, 2006 p30.
[4] R. PRUTHI "Medical tourism in India" *Ibid.* p. 30.
[5] Période comprise entre l'an 9000 et l'an 3000 av. J.-C.
[6] R. PRUTHI "Medical tourism in India" *Ibid.* p. 31.
[7] W. GESLER, "Bath's reputation as a healing place", *Putting health into places: Landscape, Identity and Well-Being*, Chapitre 2, 1998,Syracuse, R. Kearns and W. Gesler (eds.), p. 17-35
[8] W. GESLER, "Bath's reputation as a healing place" *Ibid.*

civilisation grecque fut pareillement liée au tourisme thermal entre le IV et VI siècle av. J.-C. dans la cité d'Épidaure liée à la divinité d'*Asclépios*, dieu de la médecine grecque. La mythologie locale porte à ce lieu un intérêt particulier du fait qu'*Asclépios* lui-même aurait en songe diagnostiqué et guéri les malades se présentant dans la cité[9]. Au-delà de ces exemples occidentaux, un tourisme médical lié au climat se révèle dans divers endroits du globe. La ville de Darjeeling aux abords de l'Himalaya reflète l'existence d'une *climatothérapie*[10], les colons anglais firent de cette ville un lieu de repos et de villégiature[11]. La mer morte l'atteste également puisque ses émanations salines constituent un filtre naturel contre les rayons ultraviolets. Ces vertus firent des abords de la mer noire un haut lieu du thermalisme notamment dans le traitement du *Psoriasis*[12].

L'existence d'une itinérance médicale ancienne. Le patient dans l'histoire ne fut pas le seul à s'inscrire dans une certaine mobilité. Les hommes de l'art eurent aussi développé leur pratique, en dehors du cadre étatique. Dès le XIe siècle, la médecine « itinérante » s'illustrera par certaines de ses figures. Moïse Maimonide, illustre médecin de l'époque, exerçait autant au Maroc qu'en Égypte.[13] Toutefois, cette itinérance ne fut pas motivée par un choix, mais par une condamnation à l'exil. Plus tard, au fil du XIVe siècle des médecins notamment français, tels que H. DE MONDEVILLE et G. DE CHAULIAC, se déplacèrent fréquemment pour exercer et enseigner leur art[14]. La renaissance renforça ce phénomène non plus dans l'enseignement, mais dans la prise en charge de maladies contagieuses telles que la *Syphilis* qui engendra l'apparition d'opérateurs ambulants de chirurgie réparatrice[15]. Les progrès de la médecine, au

---

[9] W. S GESLER., « Aspects culturels des systèmes de soins de santé », *Bulletin de la Société Neuchâteloise de Géographie*, n° 39, Neuchâtel : Société neuchâteloise de géographie, *1995 p. 155-162 ;* V. CHASLES, « Se déplacer pour se faire soigner : une mobilité en expansion, généralement appelée "tourisme médical" », Géoconfluences, 2011,
Url : *http://geoconfluences.ens- lyon.fr/doc/typespace/tourisme/TourScient2.htm,*

[10] Exemple de définition de la notion, J. P. BESANCENOT, « climat et santé médecine et social », PUF 2001

[11] V. CHASLES, « Se déplacer pour se faire soigner : une mobilité en expansion, généralement appelée "tourisme médical*" » Ibid.*

[12] P. LE ROUX, K. QUINQUE, AS. BONNEL, N. HASTIER, B. LE LUYER, « Climatothérapie : quels bénéfices ? », Revue Française d'Allergologie et d'Immunologie Clinique, volume 45, 2005, p. 33-36

[13] V. TOLEDANO, *La médecine de Maïmonide, quand l'esprit guérit le corps*, in press eds, 2018

[14] Sur la pratique d'une médecine itinérante et la mobilité des étudiants en médecine au XVI et XVIIe siècle, v. E. LEROY LADURIE, *Le siècle des Platter*, Tome 1 (1499-1628) et Tome 2 (1595-1599), Fayard, 1995.

[15] C. DAVER, F. VIALLA, « Brèves réflexions sur les possibles implications déontologiques du tourisme médical », in A. LECAS (dir.), *La déontologie médicale*, art. cit., p. 179. Les auteurs font notamment référence à Pierre de Franco qui exerça de manière ambulante et se spécialisa dans la réparation de la face.

cours du XVIIIe siècle, entrainèrent la création de grandes universités à la renommée internationale, vectrice d'une forme d'itinérance de la profession médicale. L'Accademia delle science de Bologne et les universités de Padoue et de Pavie formèrent à cette époque de nombreux médecins étrangers[16]. Toutefois, ce phénomène d'itinérance des professionnels fut au fur et à mesure limité, notamment par la création des ordres[17]. Le Code de déontologie médicale actuel condamne ainsi la « *médecine foraine* »[18] dans l'article 74, transposé à l'article R4124-74 du Code de la santé publique. Toutefois, l'avènement de la communauté puis de l'Union européenne entraina néanmoins un assouplissement à ce rejet de l'itinérance notamment par la reconnaissance européenne des diplômes.

Dans un cadre plus contemporain, le thermalisme et la climatothérapie s'avèrent être liés profondément au tourisme médical. La ville de Lourdes, lieu de pèlerinage des malades d'Europe, constitue un exemple d'un tourisme médical ancré également dans l'histoire française[19]. Le thermalisme en France, au XIXe siècle, se caractérise par la volonté des classes supérieures de s'éloigner « *des miasmes de la ville* »[20], attitude s'apparentant en quelque sorte à une forme de climatothérapie[21]. Toutefois, les auteurs de ces recherches sur le thermalisme moderne soulignent que ce dernier avait généralement pour finalité d'autres intérêts que la santé, telle la socialisation des classes aisées en dehors des milieux urbains[22]. Le tourisme médical, dans sa branche thermale, rejoint alors une finalité de bien-être[23] plus que de santé comme l'illustre le « *health farms* » anglais[24].

[16] En la matière v. : S. FRIOUX, P. FOURNIER, S. CHAUVEAU, Hygiène et santé en Europe. De la fin du XVIIIe siècle aux lendemains de la Première Guerre mondiale, SEDES, coll. Histoire, 2011, p. 18

[17]J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, thèse, Université de Montpellier, 2013, p 7

[18] L'ordre national des médecins précise que « La médecine foraine est l'exercice de la médecine sans lieu d'exercice ». Toutefois des atténuations furent mise en place par la suite par le Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale, JO n°0108 du 8 mai 2012

[19] W. GESLER. - "Lourdes: healing in a place of pilgrimage", in *Health and Place*, volume 2, issue 2, 1996, p. 95-105

[20]W. GESLER, "Bath's reputation as a healing place", *Ibid* p. 17-35

[21] V. CHASLES, « Se déplacer pour se faire soigner : une mobilité en expansion, généralement appelée "tourisme médical", *Op cit.*

[22] R. KNAFOU, « *Tourismes 2. Moments de lieux »*, Belin, 2005

[23]A. WILLIAMS. "*Therapeutic landscapes: the dynamic between place and welln1ess"*, University Press of America, 1999

[24] V. CHASLES, « Se déplacer pour se faire soigner : une mobilité en expansion, généralement appelée "tourisme médical", *op.cit*

Au-delà de l'histoire du tourisme médical fortement liée au thermalisme. La modification inhérente de la médecine à l'aune du progrès marque le passage d'une médecine du prendre soin à celle d'une médecine de la guérison,[25] cette dernière engendrant *de facto* une modification de l'objet touristique. Le tourisme médical dans sa conception antérieure ne s'analysait pas au sens des lois, tant la pratique relevait alors du bien-être[26]. Or, la mise en œuvre d'une thérapeutique fait évoluer la finalité de la pratique, « *d'un prendre soin à un soin* »[27]. Les motivations des patients changent également. De nos jours, le tourisme se développe également à cause de motivations d'ordre administratif. Chaque système entraine une série d'écueils et de lourdeurs qui motive les patients à l'itinérance. Les délais de prise en charge, dans les pays de l'Union, restent généralement longs, notamment dans le cadre de certaines spécialités. Dans le système anglais, il fut constaté, notamment par Mme PUISSANT, que « *de nombreux malades britanniques fuient les listes d'attente imposées par le fonctionnement du National Health Service et viennent se faire soigner en France ou en Belgique* »[28]. Mme GAUBERT précise que de telles pratiques sont même initiées par les propres praticiens nationaux[29]. En outre, l'évolution des systèmes de santé, dans une volonté de rationalisation des coûts, tend à accroître la participation financière des patients aux soins. Un intérêt d'ordre médical et technologique se dégage également. Le tourisme médical se développe aussi au titre des disparités des systèmes de soins entre eux. Certains établissements ou systèmes sont considérés par les patients comme plus avancés. La volonté d'augmenter ses chances de guérison ou de bénéficier de traitements innovants s'institue comme des sources potentielles d'itinérance. Les cas se multiplient non sans heurt. Comme le démontrent les difficultés rencontrées par une famille anglaise cherchant à bénéficier d'un traitement innovant à l'étranger non disponible dans son état d'origine[30]. Parfois d'autres auteurs soulignent, comme

[25] F. VIALLA, à propos du contrat d'exercice libéral et de la patrimonialité de la clientèle « *care et cure* », RDSS 2007, page 662

[26] R. PRUTHI "Medical tourism in India", *op.cit.*

[27] F. VIALLA, à propos du contrat d'exercice libéral et de la patrimonialité de la clientèle « care et cure », *Ibid.*

[28] M. PUISSANT, « Tourisme médical et mobilité des patients », Mémoire, Montpellier 1, 2008, p. 12. L'auteur précise qu'officiellement « seuls 800 patients sont venus en France, en Belgique et en Allemagne dans le cadre d'accords avec le NHS, c'est-à-dire en bénéficiant d'une prise en charge, mais ils sont en réalité bien plus nombreux à faire le déplacement ».

[29] J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.*, p.11.

[30] A. O'BRIEN, D. K. SOKOL, *« Lessons from the Ashya King case ».* British Medical Journal 2014, qui retrace l'affaire du jeune Ashya king, atteint d'un cancer et retiré de l'hôpital de Southampton par ces parents pour bénéficier à Prague d'une thérapie alternative. Initialement arrêté par enlèvement après l'émission d'un mandat d'arrêt pas les juridictions anglaises, ces dernières autorisèrent la mise en œuvre du traitement alternatif.

M. LHERNOUD, que la renommée d'un praticien encourage parfois la mobilité du patient[31]. Or, la mise en œuvre d'un soin, qui constitue un acte technique, fait naître un risque particulier sur le corps de l'individu. Ce risque entraine nécessairement une analyse, notamment sous l'angle de la responsabilité, et impose une recherche définitionnelle de la notion de tourisme médical.

I.- LES DÉFINITIONS DU TOURISME MÉDICAL

La recherche d'une définition juridique du tourisme médical semble illusoire en l'absence de normes particulières en la matière. Une telle lacune apparente se ressent face à la variété des définitions établies dans des domaines voisins au droit (A), et par l'absence de confrontation de la notion avec celles établies au titre de la relation de soin (B).

A. LA DÉFINITION DES CHAMPS VOISINS AU DROIT

Le tourisme médical sous l'angle de la Bioéthique. Le champ de la bioéthique s'intéresse au domaine du tourisme médical en ce qui constitue un progrès, une évolution source d'une nécessaire réflexion au titre de la réalisation de la technique[32]. Une première définition fut donnée sous l'impulsion des professeurs HOTTOIS et MISSA[33] qui définissent le tourisme médical comme ce » *que l'on appelle également tourisme de santé ou tourisme hospitalier, se réfère au déplacement de personnes allant dans un pays autre que leur pays de résidence, dans le but de bénéficier d'un acte médical non disponible ou difficilement accessible dans leur propre pays, soit pour des raisons de législation soit pour des raisons relatives à l'offre de soins (compétences, coût)* ». Toutefois, certains auteurs[34] remettent en cause cette définition bioéthique dans le sens où elle centre la pratique sur son fondement médical et non touristique. La définition bioéthique s'opposant alors à la définition géographique du tourisme médical exposée par les professeurs KNAFOU et STOCK[35] qui démontrent que le tourisme médical est

[31] J.-PH. LHERNOULD, « La libre circulation du patient en Europe ». Cycle de droit européen de la Cour de cassation, L.P.A, n° 120, 2008, p. 5.
[32] V. R. POTTER, « Bioethics, science of survival », Perspectives in Biology and medicine, Johns Hopkins University Press, 1970
[33] G. HOTTOIS, J.N. MISSA, *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, De Boeck Université, 2001 p. 831-832
[34] En ce sens, V. CHASLES (2011), « Se déplacer pour se faire soigner : une mobilité en expansion, généralement appelée "tourisme médical », *op.cit.*
[35] M.STOCK et R. KNAFOU sur la définition du Tourisme in J. LEVY et M. LUSSAULT., Dictionnaire de la géographie et de l'espace des sociétés. Paris, Belin, 2013, p. 931-934

essentiellement fondé sur le loisir, apprécié dans « *le temps non-contraint* » de l'individu. À l'opposé « *du temps contraint* » fondé sur une obligation imposée à l'individu. Il devient certain que la définition donnée par M HOTTOIS et M. MISSA centralise la pratique sur son aspect médical puisqu'il s'agit d'une focale majeure pour une analyse en bioéthique, en faisant fi de la dualité soin plaisir.

La Définition sociologique du touriste. Dans le cadre d'une définition du touriste d'un point de vue sociologique, la notion coïncide avec le champ de l'étude géographique. Certains travaux de référence français et anglo-saxons ont élaboré une analyse du tourisme avant tout centrée sur le déplacement du corps. Les travaux de l'équipe, dont faisait partie le Professeur DUHAMEL connu pour ses différents travaux[36], exposent une définition du corps sous quatre axes. Le premier, « *le corps reposé* », souhaite voir dans le voyage un loisir susceptible de réduire la fatigue physique. Le corps est ensuite « *métamorphosé* » où le voyage engendre une altérité des conceptions et des comportements. Le « *corps à corps* » représente dans le voyage la rencontre des corps qui renvoie, à certains égards, à la mise en œuvre d'un colloque singulier dans l'activité du tourisme médical. Enfin, le corps est « *engagé* », où le touriste fait peser sur son corps un danger par la pratique touristique. Cette vision du corps semble alors exacerbée dans le cadre du tourisme médical. Le corps se trouve doublement engagé par le voyage en lui-même et de surcroît par l'acte de soin qui s'y réalisera. La définition sociologique et géographique du touriste renseigne sur l'analyse juridique à donner au tourisme médical. En effet, ces travaux récents démontrent que le voyage se constitue par le déplacement d'un corps aux interactions et finalités variées. À ce déplacement du corps, le tourisme médical semble alors porter une double atteinte matérielle, le corps n'est plus simplement déplacé, mais son intégrité est affectée. La double altération du corps nécessite une analyse attentive au titre de la norme comme encadrant de ce « *fait social* »[37]. En effet, les normes encadrant la libre circulation des personnes[38] entrainent une analyse particulière en vertu de l'atteinte inédite qu'elles portent sur le corps du fait du tourisme médical.

B. LA CARENCE DE LA DÉFINITION EN DROIT

[36] En ce sens, G. CERIANI, P. DUHAMEL, R. KNAFOU, M. STOCK, "Le tourisme et la rencontre de l'autre, voyage au pays des idées reçues", *op.cit.*
[37] E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique , op.cit.*, p. 79.
[38] Consacré par : Traité TFUE, art. 3 ; Traité FUE, Art.21

Définition de la relation de soin. Au regard de ces éléments, la définition du tourisme médical en droit revêt un caractère lacunaire. A contrario, les composantes du tourisme médical telles que la relation de soin, le professionnel de santé et surtout le patient, jouissent de définitions riches et éprouvées. S'agissant de la relation de soin, elle se définit aujourd'hui comme « *le lien noué entre un patient, usager du système de santé, et un professionnel, entendu au sens large* »[39]. Cette définition, à la fois complexe et intuitive, subit de profondes évolutions. La médecine fut longtemps « *fondée sur le divin et le mystique* »[40] liant alors le patient au médecin tel « *un profane à un initié* »[41]. Puis, sous le poids du progrès, l'initié s'est transformé en savant et le non initié en ignorant[42], marquant alors l'apparition du paternalisme médical[43]. M. PORTES illustre ce paternalisme puisqu'il considère que « *face au patient, inerte et passif, le médecin n'a en aucune manière le sentiment d'avoir à faire à un être libre, à un égal, à un pair, qu'il puisse instruire véritablement. Tout patient est et doit être pour lui comme un enfant à apprivoiser, non certes à tromper - un enfant à consoler, non pas à abuser - un enfant à sauver, ou simplement à guérir* »[44]. De ce rapport intrinsèquement déséquilibré entre le patient et le médecin, a émergé progressivement la volonté de doter la partie faible à la relation de nouveaux droits. Avec la loi Kouchner[45], les patients disposent désormais d'un droit à l'information[46], du droit de consentir de manière libre et éclairée aux actes et traitements médicaux tout comme de les refuser[47] ou encore d'accéder à l'ensemble des informations concernant leur santé[48]. Seuls ces droits contribuent à la construction d'une « *confiance qui rejoint librement une conscience* »[49].

[39] M-F. CALLU, M. GIRER, G. ROUSSET, « Dictionnaire du droit de la santé – secteur sanitaire, médico-social et social », ed Lexis Nexis, 2017, p. 335, définition de la relation de soin
[40] M-F. CALLU, M. GIRER, G. ROUSSET, « Dictionnaire du droit de la santé – secteur sanitaire, médico-social et social », *op.cit.*
[41] R. SAVATIER, « les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui », Dalloz 1959, p. 189
[42] R. SAVATIER, Ibid, p. 191
[43] L. PORTES, « Du consentement à l'acte médical » (Communication à l'Académie des Sciences Morales et Politiques, 30 janvier 1950), in À la recherche d'une éthique médicale, Paris, Masson et PUF, 1955, p.163.
[44] L. PORTES, « Du consentement à l'acte médical », *Ibid.*
[45] Loi n° 2022-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002 page 4118 texte n°1
[46] CSP, Art L. 1111-2, modifié par loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 – Art 175 et 7.
[47] CSP Art. L. 1111-4, modifié par loi n° 2016-87 du 2 février 2016 – art 5.
[48] CSP Art. L. 1111-7, modifié par Ordonnance n° 2018-20 du 17 janvier 2018 – art 2.
[49] L. PORTES, « Du consentement à l'acte médical », *ibid.*

Définition du professionnel de santé. Cette conscience désigne le professionnel de santé. La notion de profession de santé trouve sa définition dans « *une catégorie générale dans laquelle s'insèrent plusieurs composantes : la profession médicale* (*médecin, chirurgien-dentiste, sage-femme), la profession paramédicale (infirmier, masseur-kinésithérapeute…) et la profession pharmaceutique (pharmacien officinal, hospitalier…*) »[50]. Chacune de ces professions fait l'objet d'un encadrement par le Code de la santé publique qui réglemente tantôt leur exercice, tantôt l'usage de leur titre. En vue d'apporter une définition européenne à la notion de professionnel de santé, trois logiques définitionnelles développées par M. MORET-BAILLY[51] ressortent des législations des États. En effet, l'auteur distingue une logique « *formelle (diplôme), matérielle (actes) et de mission professionnelle (domaine d'activité)* »[52]. Finalement, il apparaît qu'une « *profession de santé est caractérisée par l'obtention de titres sanctionnant une formation obligatoire réglementée, qui autorise son titulaire à accomplir des tâches ou à exercer dans un domaine d'activité* »[53] . Outre le fait que le professionnel de santé doive remplir l'ensemble de ces conditions, une relation de soin ne s'établit qu'en présence d'une confiance, confiance au regard du risque pris par le patient[54].

Définition du patient. Le terme de patient désigne étymologiquement « *la personne qui souffre* » issu « du latin *pati* - souffrir »[55]. Dans le domaine de la santé, ce mot désigne « *la personne qui recourt aux services d'un professionnel de santé et noue avec lui une relation de soin* ». L'essor des droits des patients depuis 2002 a transformé le patient souffrant en sujet de droit à part entière dont l'autonomie est reconnue et encouragée. Il n'est plus dans une position de sujet passif, soumis au paternalisme médical, mais devient un acteur de la relation de soin, afin de tenter de rétablir une situation d'équilibre avec le professionnel de santé »[56]. Finalement, le patient aujourd'hui n'est plus seulement celui qui souffre, mais devient l'acteur de sa prise en charge, si bien qu'il serait devenu « *un malade sachant* »[57]. En effet, le patient s'est

[50] M-F. CALLU, M. GIRER, G. ROUSSET, « Dictionnaire du droit de la santé – secteur sanitaire, médico-social et social », *ibid*, p. 313.
[51] J. MORET-BAILLY, « les modes de définitions des professions de santé », Revue de droit sanitaire et social, Sirey, Dalloz, 2008 cité par C. ROYNIER, les professionnels de santé en Europe : contribution à une définition unitaire, les tribunes de la santé, n° 48, Global Media Santé, p. 33-38
[52] J. MORET-BAILLY« les modes de définitions des professions de santé », *op.cit.*
[53] C. ROYNIER, « les professionnels de santé en Europe : contribution à une définition unitaire »,*op.cit*
[54] F. VIALLA, intervention orale master II Droit et Gouvernance des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, Montpellier, 2018-2019.
[55] M-F. CALLU, M. GIRER, G. ROUSSET, Dictionnaire de droit de la santé, *Ibid.*, p. 289.
[56] M-F. CALLU, M. GIRER, G. ROUSSET, Dictionnaire de droit de la santé, *op.cit.*, p. 290.
[57] C. LE PEN, « « Patient » ou « personne malade » ? Les nouvelles figures du consommateur de soins », Revue Economique, vol 60, 2009, p. 257-271.

transformé en « *un sujet plus exigeant, moins docile, n'hésitant pas à avoir recours aux voies de justice pour réparer les effets des insuffisances techniques, réelles ou supposées de sa prise en charge* »[58]. Le patient passe finalement d'un être souffrant à un être consommateur[59]. Propre acteur de ses choix, il peut être conduit à se tourner vers le tourisme médical. Cet attrait pour une prise en charge médicale en dehors des frontières conduit à s'interroger sur les conséquences qu'elle entraine sur la définition du patient.

II.- L'INTÉRÊT DU TRAITEMENT DU TOURISME MÉDICAL EUROPÉEN

L'étude du tourisme médical, cantonné à l'Union européenne, apparait initialement comme une limitation du champ de l'étude préjudiciable au traitement de la notion. Toutefois, mettre en œuvre une analyse européenne revêt un intérêt pratique (A), mais aussi particulier au titre notamment du droit international privé de l'Union européenne. (B)

A. UN INTÉRÊT EXTÉRIEUR AU DOMAINE DU DROIT

L'intérêt au titre des échanges économiques - L'économie du tourisme médical semble être devenue globalisée[60] avec le temps. Les premiers modèles d'exploitation s'inscrivaient dans une démarche d'excellence comme le démontrent les différents établissements américains ou français[61]. Toutefois, d'autres contraintes que celles fondées sur la qualité [62] entrainaient le développement d'une offre *low-cost*[63]. Un double déploiement du tourisme médical se manifeste, l'un fondé sur l'excellence l'autre sur le prix de l'acte. En outre, la facilitation des échanges internationaux par un déplacement plus important des populations exacerbe la mise en concurrence des actes de soins au titre de la qualité du soin et de son prix. Le coût du soin représente le premier argument soulevé pour justifier la pratique[64] et est à relier avec

[58] C. LE PEN, « « Patient » ou « personne malade » ? Les nouvelles figures du consommateur de soins » *Ibid.* p.270
[59] P. BATIFOULIER, « Le marché de la santé et la reconstruction de l'interaction patient-médecin », Revue Française de socio-économie, n°10, 2012 p. 155-174.
[60] En ce sens M. HOROWITZ, J. ROSENWEIG, C. JONES, "medical tourism : globalization of the healthcare marketplace", Us national library of medecine, national institute of health, medgenmed, 2007
[61] P. BATIFOULIER, « Le marché de la santé et la reconstruction de l'interaction patient-médecin ». *op.cit.*
[62] A. SENGUPTA, "medical topurism : reverse subsidy for the elite" ; Us national library of medecine, national institute of health, medgenmed, 2011 *p. 6*
[63] A. SENGUPTA, "medical topurism : reverse subsidy for the elite", *ibid.* p.7
[64] A. SENGUPTA, "medical topurism : reverse subsidy for the elite", *ibid.* p.7

l'augmentation de la participation financière des patients dans de nombreux pays européens[65]. Le second point, qui n'exclut toutefois pas une considération du prix, revient sur la différence dans la qualité de la prise en charge, de la sécurité ou de l'accès au soin, variable en fonction des États[66]. Ces deux facteurs clés constituent les focales de l'analyse de l'enjeu économique dans sa dimension intra-européenne et extra-européenne. Toutefois, ces deux facteurs n'excluent pas d'autres motivations qui poussent à la pratique dans de moindres mesures. Par exemple, le tourisme médical peut avoir pour objectif l'obtention d'une nationalité[67], d'un lien de filiation [68] ou encore de réaliser des actes interdits [69].

En effet, concernant le développement d'une offre de soin extra-européenne, les différentes structures d'accueil formalisées et non formalisées restent particulièrement nombreuses en attestent les centres hospitaliers américains [70], les centres hospitaliers français[71] ou ceux présents en Corée Sud[72]. Dans le cadre des offres *low-cost*, des structures sanitaires participent également à ce tourisme dans divers endroits du globe qui comprennent autant des pays en développement[73] tels la Tunisie[74], l'Inde[7576] , que des pays de l'Est non-membres de la Communauté européenne [77]. La Thaïlande illustre très bien l'émergence du tourisme médical *low-cost* avec par exemple la clinique Bumrungrad, un des plus grands établissements du Sud

[65] E. MOSSIALOS, W. PALM, « La Cour de justice européenne et la libre circulation des patients dans l'Union européenne », RBSS, 2004, p. 9.
[66] Accès au soin est parfois conditionner dans certains pays a de fort délai d'attente, en ce sens C. LEBORGNE, *le tourisme médical : une nouvelle façon de se soigner, op.cit.*, p. 46. Il y expose que dans le système anglosaxon soumis au National Health System (NHS) les délais peuvent atteindre pour certaine pathologie les 2-3 ans
[67] J. FOYER, « Filiation », Répertoire de droit international, D., 2015, p. 2
[68] Le cas d'une parturiente chinoise et la mise en œuvre d'un tourisme procréatif en vue faire acquérir un droit du sol aux enfants. (Source anonyme).
[69] En ce sens, I. PRETELLI, « Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée ». Revue critique de droit international privé, 2015. À propos de deux décisions italiennes en matière de grossesse de substitution
[70] C. LE BORGNE, Le tourisme médical : une nouvelle façon de se soigner, les tribunes de la santé, les tribunes de la santé, n°15, 2007, p47-43
[71] C. LE BORGNE, Le tourisme médical : une nouvelle façon de se soigner, *Ibid.*
[72] V. CHASLES, « Se déplacer pour se faire soigner : une mobilité en expansion, généralement appelée "tourisme médical » », *Op cit*
[73] N. Macready, *developing countries court medical tourits*, the lancet, 2007, volume 369, issue 9576
[74] C. LEBORGNE, Le tourisme médical : une nouvelle façon de se soigner, les tribunes de la santé, *Ibid.* p. 48
[75] C. LEBORGNE, *le tourisme médical : une nouvelle façon de se soigner, les tribunes de la santé, ibid.* ; R. CHINAI, R. GOSWAMI, « medicals visas mark growth of indian medical tourism », bull. world Heath organ,, US National Library of médecine, National institutes health, 2007, qui mentionne que le domaine de la santé pourrait représenter 1 Milliard d'euros d'ici 2012 »

[77] C. LEBORGNE, Le tourisme médical : une nouvelle façon de se soigner, *Ibid.*

Est asiatique accueille plus de 100 000 patients internationaux annuellement[78]. L'économie internationale du tourisme médical semble à ce titre globalisée.

L'intérêt financier. Il apparait certain que l'impact financier au sein de l'Union européenne, et en dehors d'une telle pratique, représente une manne importante pour les pays qui s'intègrent dans cette logique de prise en charge à but sanitaire. Toutefois, les études financières sont fortement parcellaires et hétéroclites, et leur degré de détail semble varier. L'organisation de coopération et de développement (OCDE) exposait déjà ses regret**s** en 2011[79], regrets que différents économistes français et anglo-saxons partagent[80]. Parmi les travaux d'économistes, celui de Mme KHELIFFA[81] , repris par le rapport KERVASDOUE[82] commandé par les ministres français de la Santé et des Affaires étrangères[83] , représente l'un des plus aboutis. L'auteur dépeint les différents impacts du développement touristique. Les rapports anglo-saxons dans les travaux de M. KERVASDOUE sont ainsi analysés au travers de trois études représentatives. D'une part, les études du cabinet-conseil Deloitte publiées par le *Deloitte Center*[84] et celles du laboratoire britannique *Tourism research and marketing, (TRAM),*[85]représentent les versions les plus enthousiastes en matière de prévision. L'une et l'autre prévoyaient plus de 18 millions[86] de touristes médicaux dans le monde pour un chiffre d'affaires avoisinant les 20 milliards de Dollars US.

D'autre part, l'étude de *Mc Kinsey*[87] prévoyait proportionnellement un marché ramené aux États-Unis bien plus faible, l'équivalent d'un dixième de la prévision TRAM. L'une des raisons soulevées par l'économiste Mme KHELIFFA renvoie à l'exclusion dans le calcul des soins

[78] C. LEBORGNE, Le tourisme médical : une nouvelle façon de se soigner, *ibid. p. 48* ; N. Macready, "Developing countries court médical tourist", *Ibid.*

[79] N. LUNT, R. SMITH, M. EXWORTHY, S. T. GREEN, D. HORSFALLE, R. MANNIO, *« Medical Tourism: Treatments, Markets and Health System Implications: A scoping review »*, directoire pour l'emploi et les affaire sociale, Rapport OCDE, 2011 ; Hopkins et al., 2011. Traduction libre « Tourisme médical : traitements, marchés et implication des systèmes de santé, un panorama ».

[80], P. CARRERA, N. LUNT, "A European perspective on medical tourism: the need for a knowledge base, International Journal of Health Services, 2010

[81]A. KHELIFA, Mondialisation des soins et tourisme médical, étude commandée par l'institut Montparnasse

[82]J. KERVASDOUE Valoriser les atouts de la France pour l'accueil des patients étrangers, Avec la collaboration de F. BLAMONT, D. DARMON, M. SOUSTIEL,, E. CALLAY, C. DU CHATELET, G. VISENTIN, C. SCATCHARD, rapport, Juin 2014

[83] Ministre de Santé : Marisol Touraine et Ministre des affaires étrangères : Laurent Fabius

[84]P. H. KECKLEY, H,R. UNDERWOOD, M*edical Tourism : update and implications*,. Washington: Deloitte Center for Health Solutions, 2011

[85] TRAM (2006), Tourism Research and Marketing (TRAM), Medical tourism: a global analysis, 2006

[86] 40 millions dans l'étude plus optimiste du TRAM.

[87] T. EHRBECK, "Mapping the market for Medical travel", Mc Kinsey Quarterly, 2008

ambulatoires[88]. Même si l'auteur concède le caractère exagéré des prévisions des études Deloitte et *TRAM*, il s'avère que les chiffres obtenus se rapprochent très sérieusement de ceux prédits[89]. La croissance économique est donc affirmée et représente une manne touristique importante. Les prévisions économiques tendant à dire que le tourisme médical représentera dans l'avenir plus de 5% du trafic mondial de voyageurs se réalise un peu plus chaque jour[90].

Dans le cadre d'une analyse plus actuelle incorporant la position française, l'analyse financière et l'opportunité économique d'une telle pratique sont cristallisées au sein du rapport KERVASDOUE[91] qui présente une synthèse précieuse et récente des différentes initiatives et de leur portée. Les chiffres internationaux présentés en préambule dans le cadre de la Thaïlande semblent importants au vu des études précédentes. En effet, lorsque M. KERVASDOUE reprend l'étude de .M DARMON sur la Thaïlande[92], ce dernier estime que le marché de la santé centralisé autour de centres cliniques tel que celui du Bramamoudji[93] engendrerait potentiellement une augmentation de près de 8 milliards d'euros du produit intérieur brut[94]. Au fait du nombre croissant de visiteurs étrangers dans le cadre du tourisme médical, le rapport recense ainsi des voies touristiques nouvellement créées telles que les 100 000 Suédois et Finlandais allant en Pologne pour réaliser des soins d'ordre esthétique. Ces différents canaux touristiques trouvent également leur fondement dans une étude économique du prix des prestations variant au sein de chaque pays[95]. Chez nos voisins allemands, le rapport souligne un véritable attrait économique pour la mise en place de centres hospitaliers spécialisés dans l'accueil des ressortissants étrangers notamment ceux venant du Proche-Orient, et d'autres pays frontaliers. La qualité et la rentabilité semblent au rendez-vous avec près de 2 milliards d'euros générés. Pour l'auteur du rapport, la transposition des efforts germaniques à la France permettrait la création de centres hospitaliers et la création de 40 000 à 50 000 postes au titre de cette pratique. [96]

[88] A. KHELIFA, Mondialisation des soins et tourisme médical, *Ibidem*, p. 38
[89] A. KHELIFA, Mondialisation des soins et tourisme médical, *Ibidem* p. 38
[90] TRAM (2006), *Ibidem*
[91] J. KERVASDOUE Valoriser les atouts de la France pour l'accueil des patients étrangers, *op cit*
[92] Annexe I du rapport, J. Kervasdoué, Valoriser les atouts de la France pour l'accueil des patients étrangers, *Ibidem*
[93] *Ibidem*
[94] En prenant en compte les soins et les retombées économiques annexes
[95] A. KHELIFA, Mondialisation des soins et tourisme médical, *ibid* p. 39
[96] J. KERVASDOUE Valoriser les atouts de la France pour l'accueil des patients étrangers *ibid*

Ces analyses financières cependant constatent que si des capitaux importants s'envisagent dans le cadre du marché européen, le nombre de patients et la démographie sanitaire européenne restent une grande inconnue. Par déduction, il apparait toutefois possible d'exposer que le nombre d'actes réalisés dans ce cadre se multiplie et qu'il représente une part non négligeable des soins réalisés sur des étrangers. Or, la mise en œuvre d'un acte médical engendre nécessairement un risque inhérent au soin. Par conséquent, la multiplication du risque sanitaire du fait de cette pratique impose la mise en œuvre d'une réflexion autour de la notion de responsabilité. En préambule de toute réflexion sur la question des responsabilités médicales dans le cadre du tourisme européen, une première analyse doit être dégagée au titre de la compétence légale.

B. UN INTÉRÊT PARTICULIER AU DOMAINE DU DROIT EUROPÉEN

L'analyse particulière du tourisme médical dégage un double intérêt au titre du droit européen. Un intérêt théorique, d'une part (1.) par sa capacité d'intégrer la question du tourisme à la mise en œuvre d'un espace judiciaire européen et d'autre part, pour délimiter les contours processuels du contentieux. (2.).

1. INTÉRÊT THÉORIQUE

L'intérêt limité de l'étude pour les pratiques extra-européennes. La démonstration juridique d'un tourisme médical s'aperçoit au niveau international dans les accords du GATT[97] pris par l'organisation mondiale du commerce[98] au titre des prestations de service qui incluent directement la santé dans cette catégorie[99]. Effectivement, l'accord de Marrakech consécutif au Round Uruguay du 15 avril 1994 et instituant l'OMC[100] prévoit un régime particulier en son annexe 1b, dénommé l'accord général sur le commerce de service (AGCS)[101]. Ce dernier démontre l'existence d'une économie globale de la santé par sa mention au GATT[102] et

[97] Accord instituant l'organisation mondiale du commerce de Marrakech du 15 avril 1994, Marrakech.
[98] Accord instituant l'organisation mondiale du commerce, *Ibid.*
[99] Annexe 1b de l'accord de Marrakech, Appelé aussi l'accord général sur le commerce des services ou GATS en anglais pour général agreement on Trade in service
[100] Constitue ainsi l'acte final du cycle d'Uruguay communément appeler Uruguay Round
[101] Appelé aussi l'accord général sur le commerce des services ou GATS en anglais pour général agreement on Trade in service
[102] S. SMITH, *Foreign direct Investment and trade in health services: a review of the literature*, Social science & Médecine, volume 59, issue 11, 2004, p. 2313-2323

notamment dans l'AGCS par la classification des services mise en œuvre par les États.[103] Ces dispositions ont pour objectif de faciliter la résolution des contentieux[104] et d'aider à l'établissement d'une politique tarifaire libéralisée et fondée sur un principe de non-discrimination[105]. Toutefois, la question de la prise en charge de la santé au sein des AGCS varie en fonction de l'engagement des États dans cette démarche. Cette variabilité des engagements internationaux sur la question de l'entrée du domaine de la santé comme service de l'État dans le cadre du commerce international trouve son origine dans les difficultés d'établir ce texte lors de la dernière phase de l'Uruguay Round[106]. Le débat concernait alors les engagements européens dans le domaine de la santé au titre de l'article I, 3 sous b[107] qui prévoyait une exception à l'application du texte au pays à l'élément relevant « *de l'exercice du pouvoir* », le domaine de la santé et l'organisation d'un système de santé semblait à première vue exclus de l'application de cet accord. Toutefois le c) de ce même article[108] expose que l'existence d'un marché en concurrence avec plusieurs fournisseurs de service où l'existence d'une base commerciale[109] écarte le régime d'exception au titre de l'exercice gouvernemental. Dans le cadre français malgré l'existence d'une forte réglementation, les travaux académiques fondés sur la question de l'analyse du système de santé démontrent aisément que malgré les contraintes administratives imposées par les pouvoirs régaliens, le système de santé intègre un élément concurrentiel[110] et également un aspect consumériste démontrant alors l'existence d'une activité commerciale[111].

---

[103], Note du secretariat de l'OMC, classification sectoriel des services, 10 juillet 1991, MTN.GNS/W/120,

[104]Annexe 2 de l'accord de Marrakech, Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends du 15 avril 1994

[105]AGCS : Art. V. 1. b. : *"l'absence ou l'élimination pour l'essentiel de toute discrimination, au sens de l'article XVII, entre deux parties ou plus, dans les secteurs visés à l'alinéa a)*
i) l'élimination des mesures discriminatoires existantes, et/ou
ii) l'interdiction de nouvelles mesures discriminatoires ou de mesures plus discriminatoires,
Soit à l'entrée en vigueur dudit accord, soit sur la base d'un calendrier raisonnable, sauf pour les mesures autorisées au titre des articles XI, XII, XIV et XIVbis"

[106] Voir en ce sens L. ROQUE « l'accès au médicament dans les pays d'Afrique » Mémoire, Université de Montpellier, 2015

[107] Les « services » comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental.

[108]AGCS Art. I. 3. c. : *« un service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernementale » s'entend de tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services »*

[109] Aucun travail ni avancée ne permettent de déterminer l'aspect cumulatif des deux éléments.

[110] En ce sens, C RAJA-ROQUE, Droit de la concurrence et droit de la santé, étude d'un entrecroisement normatif, thèse, sous la direction de D. MAINGUY, Montpellier, 2010

[111] G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé » *op.cit.* ; F. DESSI, « L'évolution de la médecine libérale : de la patrimonialité à la commercialité », thèse, Montpellier, 2019

Néanmoins les différents travaux, notamment ceux réalisés par le propre service de formation de l'OMC sur cette question[112], tendent à laisser la question ouverte de la négociabilité du texte sur la question des activités de santé à la position des pays dans leur engagement. En effet, les pays membres de l'OMC évoquaient dans un document appelé, les « *listes engagements* » leur position vis-à-vis de l'intégration des services liés à l'administration de l'État. Sur ce point, la France ne dispose pas d'engagements autres que ceux au titre de la Nouvelle-Calédonie et son statut au titre du commerce international[113]. Toutefois l'Union européenne dispose en son nom d'une série d'engagements communs[114] au titre des différentes activités de services en Europe. De manière notable, ces dispositions européennes n'excluent pas les services de santé sans pour autant venir affirmer leur présence dans les différents suppléments en vigueur actuellement. L'absence de consensus indique une incertitude tenace sur l'intégration des services de santé dans la zone commerciale extérieure à l'Union. L'analyse approfondie des AGCS ne paraît alors pas pertinente à plusieurs titres et n'illustre pas la création d'un marché globalisé du service. Ces accords se concentrent sur la facilitation des échanges internationaux. Mais, aucune de ces législations internationales, fondées sur des accords bilatéraux ou multilatéraux n'impacte l'activité touristique dans sa croissance. Deuxièmement, la portée de ces textes sur la question de la protection ou du sort des patients reste inexistante, les textes se concentrant davantage sur les interactions entre les acteurs de services[115]. En outre, l'analyse juridique de ces accords internationaux sur le libre-échange démontre que ceux-ci apparaissent bien moins aboutis et impactant que ceux réalisés au sein même de l'Union, où un ensemble de règles régit la libre circulation des patients, les politiques de remboursement[116] et le règlement des conflits

[112] Guide pratique Course-383, module 1805, sous module 6, OMC, base documentaire ecampus.
[113] La France au titre de la Nouvelle-Calédonie, liste d'engagement spécifiques, 15 avril 1994, GATS/SC/61
[114] Communauté européenne et ses états membres, liste d'engagements spécifiques, supplément I, révisé, 4 octobre 1995, GATS/SC/31/suppl.1/rev1 sur les activités services assurantiels et connexe et sur les services bancaires. Communauté européenne et ses états membres, liste d'engagement spécifiques, supplément II, 28 juillets 1995, GATS/SC/31/suppl.1 sur les personnes physiques et leur mobilités, GATS/SC/31/suppl.2 ; Communauté européenne et ses états membres, liste d'engagement spécifiques, supplément III,11 avril 1997 sur les services relatifs au télécommunications ; , GATS/SC/31/suppl.3 ; Communauté européenne et ses états membres , liste d'engagement spécifiques, supplément IV, 26 février 1998 sur les services financier et assurantiels; , GATS/SC/31/suppl.4
[115] P. A. BOUVIER, *Explosion du tourisme médical, des voyageurs d'un nouveau type,* rev med suisse 2008, volume 4. p. 1196-1201
[116] Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers

de juridictions en la matière[117]. L'analyse des grands textes majeurs internationaux pousse donc ce travail de recherche dans une optique intra-européenne où la richesse des textes étoffe l'étude réalisée.

L'intérêt particulier d'une étude au titre du droit international privé de l'Union. Le droit international privé dans l'attribution des règles de compétence juridictionnelle suit généralement une logique de droit interne, en instituant des règles de résolutions des conflits de juridictions et de loi fondée sur le droit français et sur certaines conventions bilatérales[118]. Le droit international privé se fonde donc sur des droits internes applicables et souvent mis en confrontation. Certes une analyse de la responsabilité au titre des règles d'attribution de compétence prévues en droit français contribuerait à l'identification des règles de conflit en cas de contentieux survenu au titre du tourisme médical. Cependant, l'apport en termes d'analyse de la nature juridique des relations en serait limité. Car en se fondant sur le droit interne, l'appréciation de la nature de la relation de soin ne serait pas remise en cause. Le Droit international privé de l'Union européenne écarte cette limite. Ce dernier est souvent considéré comme une partie spéciale du droit international privé général[119], et sa délimitation doctrinale apparait trouble[120]. Néanmoins, et malgré ce débat sur l'autonomie du droit international privé européen, l'analyse du tourisme médical engendre à ce titre un double bénéfice. D'une part, elle échappe aux règles spécifiques du droit international privé français, en délivrant une série de norme supérieure. En effet, les règles d'attribution de compétence judiciaire et de détermination de la loi applicable en droit de l'Union échappent aux règles existantes en droit international[121] et s'émancipent des règles nationales de conflit. Cette attitude fut remarquée par plusieurs auteurs qui énoncent que « *Le droit de l'Union européenne construit des objets*

[117] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, 12 décembre 2012, relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), JO L 351 du 20.12.2012, p. 1-32

[118] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Droit international privé », 10ième édition, précis droit privé, Dalloz, p. 28-30

[119] J.S. BERGE, « L'enseignement du droit international privé par le droit européen : expérience, actualité du GDR », Réseau universitaire européen, ressource numérique du CNRS,
URL : http://www.gdrelsj.eu/2018/09/20/informationsgenerales/lenseignement-du-droit-international-prive-par-le-droit-europeen-une-experience/

[120] Une partie des auteurs de la doctrine affirment l'existence d'un droit international privé européen, alors qu'une autre fraction significative expose que le droit européen par sa portée s'exclut du droit international privé. En ce sens, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Droit international privé, *ibid*, p. 64

[121] J.S, BERGE, D. PORCHERON, G. VIERA DA COSTA CERQUIERA, Droit international privé et droit de l'Union européenne, répertoire de droit civil, Dalloz, 2017, p.37

juridiques qui lui sont propres »[122]. En outre, grâce à l'existence d'une juridiction européenne compétente, l'appréciation du tourisme médical s'inscrit dans un modèle où un principe de réciprocité[123] s'établit pleinement. Par ailleurs, la mise en œuvre du droit international privé européen suppose une qualification des actes litigieux préalable à la détermination des règles de conflit. Le droit de l'Union, dans la mise en œuvre d'un espace judiciaire cohérent, s'émancipe des qualifications des actes et des faits juridiques prévues par le droit interne des états membres qui résulte en un « *renouvellement de la théorie traditionnelle de la qualification* »[124]. La finalité de la mise en œuvre d'une autonomie qualificative[125] s'illustre par une volonté d'éviter que celles relevant des actes varient en fonction des États membres[126]. L'emploi du Droit international privé de l'Union européenne[127], par l'autonomie donnée dans la qualification des actes internationaux, autorise une étude croisée des notions de relation de soin et de tourisme médical. L'opportunité d'un travail comparatif entre droit interne et droit de l'Union apporte des éclaircissements, sur les notions constituant le tourisme médical européen et ses effets sur les propres régimes de droit interne. L'intérêt d'une étude du tourisme médical au titre du droit international privé de l'Union européenne pousse à une analyse particulière des textes encadrants la résolution des conflits de juridictions et de loi dans l'Union.

L'intérêt de l'emploi des règlements Bruxelles I et Rome I. L'application du règlement Bruxelles I bis, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale[128], ainsi que le règlement Rome I sur la loi applicable

[122] J.S, BERGE, D. PORCHERON, G. VIERA DA COSTA CERQUIERA, Droit international privé et droit de l'Union européenne, répertoire de droit civil, *op.cit.*
[123] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Droit international privé, 10ième édition, *ibid.*, p. 68
[124] J.S, BERGE, D. PORCHERON, G. VIERA DA COSTA CERQUIERA, Droit international privé et droit de l'Union européenne, *ibid.* p. 70
[125] En ce sens, V. not. D. BUREAU et H. MUIR WATT, Droit international privé, 3e éd., 2014, PUF, p. 34
[126] M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », JDI 2004, p. 811 s. ; S. LEMAIRE, « La qualification », in T. AZZI ET O. BOSKOVIC (dir.), Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun, Bruylant, 2015, p. 35 et s, spéc. p. 43.; D. BUREAU et H. MUIR WATT, Droit international privé, *op.cit.*
[127]En ce Sens H. MUIR-WATT, « Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?, T. AZZI, O. BOSKOVIC [dir.], 2015, Bruylant, p. 244
[128] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, 12 décembre 2012, relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), *ibid.*

aux obligations contractuelles[129] aident à définir les contours du tourisme médical. Ces outils permettent l'étude des conséquences sur la mise en œuvre de la relation de soin, du fait qu'ils prévoient une qualification des actes constituant de la pratique, autonome des qualifications possibles en droit interne. Pour comprendre cette autonomie, il s'avère nécessaire de revenir sur l'historique du droit international privé européen. Notamment quand ce dernier a instauré un régime de résolution commun des conflits de juridictions et de lois, à la source des règlements de Bruxelles I et Rome I[130]. Du point de vue des règles générales de droit international privé avant la mise en œuvre de la convention de Bruxelles qui deviendra par la suite le règlement Bruxelles I, les jugements étrangers au temps de la Commission européenne économique et leur reconnaissance variaient en fonction des pays. Deux systèmes de résolution se présentaient au sein des droits internationaux privés internes des six pays de la communauté. Plusieurs pays voyaient dans la question de la résolution des conflits de juridictions et de loi, l'affirmation d'une compétence indirecte[131], notamment en Belgique, en Allemagne et en France où l'application du jugement étranger se fait en amont de la mise en œuvre d'une action en justice. Pour les Pays-Bas, l'Italie et le Luxembourg, la compétence était à l'inverse *directe*[132], puisque la question ne se trouvait qu'au moment de l'*exequatur* mais de manière conditionnée[133]. La France reprenait toutefois ces éléments dans « *un système de compétence indirecte* »[134]. En effet la jurisprudence française, conditionnait l'octroi de l'*exequatur* à quatre éléments. Il s'agissait de « *la compétence du juge étranger, la régularité de la procédure suivie, l'application de la loi compétente d'après le système français de conflits de lois, le respect de l'ordre public* »[135].

Au-delà des règles internes propres à chaque État, les règles de compétence juridictionnelle et *d'exequatur* spéciales étaient régies de manière classique par des conventions internationales bilatérales[136]. Toutefois, cette hétérogénéité patente freinait l'établissement de règlements

[129] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012, relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), *ibid.*
[130] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177/6 du 4.7.2008, p. 6–16
[131] P. JENARD, Rapport sur la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal officiel des communautés européennes, 1979, n°59, P.3-4
[132] P. JENARD, *Ibid*, p.7
[133] P. JENARD, *Ibid*
[134] P. JENARD, *Ibid*
[135] P. JENARD, *ibid* p. 6
[136] P. JENARD, *ibid*, p. 7

bilatéraux[137]. Comme le rapport Jeanniard le souligne, l'absence d'accord de ce genre se fait sentir dans les rapports entre « *la France et la république fédérale d'Allemagne, la France et les Pays-Bas, la France et le Luxembourg, la république fédérale, d'Allemagne et le Luxembourg, le Luxembourg et l'Italie* »*[138]*. Chacune des conventions en outre prévoyait des dispositions et des philosophies bien différentes. Ainsi, il y a des différences entre certaines prévoyant un régime d'attribution de compétence directe, mais également indirecte. La mise en œuvre de règles communes au titre de l'établissement du *for[139]*ne trouve sa légitimé et son fondement que de l'établissement du traité de Rome[140] et de la politique commune de mise en œuvre de libre échange qu'il décrète. Les premiers rapporteurs du traité de Rome soulignaient l'importance de l'établissement d'un règlement commun des contentieux ayant attrait à la compétence judiciaire. Le Rapporteur et Professeur JEANNARD soulignait le caractère inévitable de l'élaboration de règle commune à l'aune d'une *Europe de marché*[141]. Les États membres s'engageant pareillement à prévoir entre eux des modalités de simplification des formalités des ressortissants dans leur déplacement au sein de la Communauté[142]. Dans cette optique, le particularisme des déplacements des populations au titre de préoccupation de santé a également été source d'attention dans la construction de l'Union. En effet, le droit de la santé européen émargea sur la nécessaire ouverture des structures sanitaires nationales aux ressortissants des États membres. L'optique du législateur[143] dans la création du droit de la santé s'attachait avant tout au volet de la couverture maladie européenne,[144] comme en témoignent les directives soins transfrontaliers[145]. Toutefois, mieux comprendre la nature juridique du

[137] P. JENARD, *Ibid*, p. 11
[138] P. JENARD, *Op Cit*, page 7
[139] R. CABRILLAC « dictionnaire du vocabulaire juridique 2021 », Juris classeur, objectif droit, Litec, 2020. Le *For* y est défini : comme « tribunal ou juridiction compétente ».
[140] Traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957 entrée en vigueur le 1er janvier 1958
[141] P. JENARD, *Op cit*, p. 4 *« Un véritable marché intérieur entre les six États ne sera réalisé que si une protection juridique suffisante est garantie. Des perturbations et des difficultés dans la vie économique de la Communauté sont à craindre si on ne peut, au besoin par voie judiciaire, faire constater et exécuter les droits individuels qui naîtront des multiples relations juridiques. Le pouvoir judiciaire, tant en matière civile que commerciale, relevant de la souveraineté des États membres et les effets des actes judiciaires restant limités au territoire national, la protection juridique et, partant, la sécurité juridique dans le Marché commun sont essentiellement fonction de l'adoption entre les États membres d'une solution satisfaisante en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires ».*
[142]Traité CCE Art. 220 (ancien) ; Traité (CE) Art. 293 (nouveau)
[143]J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.*, p.13
[144]J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.* p.15 s.
[145]Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, JOUE, L 088, 4 avril 2011

tourisme médical européen et des droits applicables à l'aune des règlements européens, permettra d'apprécier deux enjeux. Le premier enjeu exposé de nature théorique porte sur les conséquences notionnelles de la qualification sur le tourisme médical et sur la notion de relation de soin. Le second sur les conséquences techniques pour le patient et les professionnels.

1. INTÉRÊT TECHNIQUE

Détermination de la juridiction compétente. Déterminer la juridiction compétente lors de la réalisation d'une prestation de soin constitue un intérêt technique particulier. En effet, dans la mise en œuvre d'une relation de soin présentant un élément d'extranéité, la question du lieu de poursuite de l'action en responsabilité constitue un enjeu majeur pour les parties. En effet, qu'importe la règle de conflit prévue par le règlement Bruxelles I, l'une des parties se retrouvera nécessairement dans une situation désavantageuse, car pèsera sur elle le poids de la distance et le coup économique initial de l'action. Dans l'hypothèse où la juridiction compétente se trouve au lieu de résidence du professionnel de santé, le frein économique et la mise en œuvre d'une action dans un pays étranger même européen constitue une barrière quasi infranchissable pour le patient. L'intérêt technique renvoie alors à la nécessaire analyse de l'adéquation du règlement des conflits de juridictions avec le caractère déséquilibré de la relation de soin. Cette analyse des conséquences du régime sur l'équilibre de la relation permettra d'apprécier sa pertinence ou sa possible remise en cause. D'autre part, la détermination de la juridiction compétente engendrera nécessairement une analyse de la validité et de la pertinence de la mise en œuvre de clauses attributives de compétence. L'analyse de la pertinence des clauses constituera un autre intérêt technique cette fois pour les professionnels qui souhaiteraient établir ou négocier des conventions protectrices de leurs intérêts.

Du droit applicable. Au-delà des conflits de juridictions, la question du droit applicable au fond du litige revêt un intérêt d'un point de vue processuel. En effet, la résolution du conflit de lois et la détermination du droit applicable altèrent le développement de la pratique touristique médicale. En outre, l'analyse du droit applicable dans le cadre du droit des obligations permet également d'aborder la question des clauses de droit applicable et sur la validité de leur présence dans les différents actes constituant la pratique. Les conséquences de l'application du droit d'un

État au titre du règlement Rome I[146] engendrent aussi des conséquences pour les professionnels qui sont tenus au titre de leur droit propre à une obligation d'information[147]. Dans le cas de figure où ils devraient appliquer un droit étranger, le contenu de leur obligation variera nécessairement tant sur la forme que sur le fond. Les conséquences pourraient une nouvelle fois influencer grandement la mise en œuvre et le développement du tourisme médical européen. La détermination de la loi applicable revêt un intérêt technique important au titre de l'appréciation de la relation liant le patient au professionnel participant à la réalisation d'une prestation de soin. Toutefois, la détermination de la loi applicable ne contribue que faiblement à la résolution du contentieux au fond. L'appréciation finale de la relation de soin reste celle retenue dans les États. La mise en œuvre d'une conception étrangère de la relation de soin pour un patient ou un professionnel, en fonction du mode de résolution du conflit retenue engendra une difficulté majeure pour la partie désavantagée. À titre d'exemple, dans l'hypothèse où le droit français s'applique, un patient étranger se retrouvera potentiellement face à un régime et une manière de penser la relation de soin différente de la sienne. La mise en œuvre à la suite de l'attribution de la loi applicable, du droit des États membres de l'Union permet de remarquer la temporalité de la qualification autonome prévue par le droit international privé européen. L'analyse d'une qualification s'inscrivant dans une temporalité si courte ne conduit pas pourtant à remettre en cause son intérêt technique au titre des conséquences sur la notion et sur les aspects de la procédure.

III.- LE RECOURS AU DROIT INTERNATIONAL PRIVE EUROPÉEN DANS LE TRAITEMENT DU TOURISME MÉDICAL EUROPÉEN

Recourir au droit international privé européen engendre une double réflexion au titre des qualifications établies dans les règlements européens. En effet le tourisme médical se confronte dans ses textes au droit des obligations (A), et au droit de la consommation (B).

A. UN RECOURS AU TITRE DU DROIT DES CONTRATS

Absence d'un droit européen des contrats. Parler du droit des obligations dans son exercice dans l'Union n'apparait pas à première lecture possible même si certains auteurs avaient, au

[146] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177/6 du 4.7.2008, p. 6–16
[147] CSP Art. L. 1111-2, modifié par loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016, articles 175 et 7.

début de la construction de la communauté, envisagé avec enthousiasme cette éventualité en matière de droit international privé[148]. Le législateur européen malgré les efforts anciens de la Commission sur le droit européen des contrats[149] dans divers projets, tels que le livre vert du 1er juillet 2010[150], n'a pu pour l'heure, réalisé une « *unification du droit des contrats* »[151] à l'échelle de l'Union entière[152]. La faute reviendrait pour la doctrine à deux séries d'obstacles[153], une absence de compétence de l'Union pour réaliser un travail de cette échelle[154] et par les réticences constantes des pays qui se sont exprimées au fil du travail de la Commission et du Parlement européen[155]. Toutefois des normes à valeur non contraignantes furent mises au point pour améliorer les échanges dans le marché intérieur, et donner une base commune au droit des contrats. Dans ce cadre, deux travaux majeurs virent le jour, tous deux présentés par la commission sur le droit européen des contrats, dirigée par le professeur LANDO, ayant pour finalité d'exposer un avant-projet du droit des contrats[156] et une codification de ses principes

[148] E. FRANKENSTEIN « Projet de code européen de droit international privé », Leiden, brill, 1950 ; F. SCHOCKWEILER, « La codification du droit international privé dans la communauté européenne », E pluribus unum, Liber Amicorum Georges A. L. Droz, The Hague/Boston/London, 1996, Martinus Nijhoff publisher, p. 391-404

[149] Commission Lando fondée sur la résolution A2-157/89, JOCE, no C 158, 26 juin 1989, p. 400. – Résol. A3-0329/94, JOCE, no C 205, 25 juill. 1994, p. 518.

[150] GREEN PAPER FROM THE COMMISSION on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses COM (2010)348/F1 ; traduction libre Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises.

[151] M. LATINA, « Contrat : généralités », Répertoire de droit civil », « les sources du droit des contrats », répertoire du droit civil, D. 2019, p. 27

[152] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les contrats de consommation : règles communes », 2ième édition, LDGJ, 2018

[153] M. LATINA, « Contrat : généralités », Répertoire de droit civil », *ibid, p.54*

[154] V. HEUZÉ, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in Le droit international privé : esprit et méthodes, *in Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, 2005, Dalloz, p. 393 s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats, RDC, 2005. p. 1215

[155] Le droit européen des contrats, 2001/C 255/01 ; Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action, COM[2003] 68 final ; Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre, COM[2004] 651 final ; Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis, COM[2005] 456 final ; Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence, COM[2007] 447 final ; Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection du consommateur, COM[2006] 744 final ; Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM[2010] 348 final

[156] European Contract Code. Preliminary Draft, 2001, Universita Di Pavia,2001 ; J.P GRADEL , « l'hypothèse d'un code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européenne (Pavie) », Gaz. Pal, 2003.
22 févr. 2003, p. 240 s

[157]. Ces travaux constituent encore une série de règles que les parties au contrat peuvent appliquer malgré l'absence « *de caractère impératif reconnu à ces actes* »[158], les parties au contrat peuvent faire référence au texte pour le rendre contraignant en raison de l'adage « *pacta sunt servanda* » existant en droit interne selon la formule « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* »[159].

En reprenant les termes et l'appréciation du Professeur ANCEL[160] de ces efforts d'unification du droit des contrats, il convient de noter qu'il se cantonne encore au « *Droit international privé conventionnel* »*[161]*. Or, l'absence d'un droit des contrats au niveau européen ne constitue pas un frein à reconnaitre qu'un droit européen apprécie la notion de contrat de manière autonome. En suivant ce parallélisme des formes, au titre d'un droit international privé européen, *non conventionnel,* mais processuel, une définition et une conception du contrat sont données [162]dans le cadre de la résolution des conflits de juridictions et de loi. Certes, la finalité n'entraine pas la résolution du litige au fond en présence d'un contrat *in fine* requalifié en contrat au titre du droit interne. Toutefois, il met en exergue le rôle de la Cour de justice de l'Union (CJUE) sur son appréciation du contrat. Cet élément qui va impacter la relation d'obligations entre deux personnes de droit privé laisse à penser à l'existence d'un droit des obligations embryonnaire au titre du droit processuel existant au sein du droit dérivé de l'Union.

Un droit des obligations européen semble exister du fait que pour résoudre le conflit de juridictions et le conflit de lois, le droit de l'Union possède une appréciation particulière de la notion de contrat. La méthodologie appliquée par les juges nationaux et par la CJUE suit alors

---

[157]G. ROUHETTE I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, R. FILIPPO « Principes du droit européen du contrat, version française », Revue internationale de droit comparé, n°56-3, 2004 p. 749-751 traductions de O. LANDO et H. BEALE « Principles of European Contract Law, Part 1 : Performance, Non performance and Remedies », ed Martinus Nijhoff , 1995 ;Voir aussi ; P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET [dir.], « Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen du contrat », Dalloz, 2003 p. 151 s. ; D. MAZEAUD, La commission Lando : le point de vue d'un juriste français, L'harmonisation du droit des contrats en Europe, 2001, Economica, p. 141 s. ; M.CABRILLAC, *in Mélanges*, Litec, Dalloz, 1990, p. 205 s.).

[158] D. MAZEAUD, Un droit européen en quête d'identité, les Principes du droit européen du contrat, Recueil Dalloz, 2007, page 2959

[159] C. civ. Art. 1103, modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 art 2 venant se substituer à l'ancien article 1134 du Code civil créé par la loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

[160] B. ANCEL, Commission pour le droit européen du contrat : Les principes du droit européen du contrat. L'exécution, l'inexécution et ses suites – Rev. crit. DIP, 1997, page 879

[161] B. ANCEL, Commission pour le droit européen du contrat : Les principes du droit européen du contrat. L'exécution, l'inexécution et ses suites, *ibid.*

[162] CJCE, 17 juin 1992, n° C-26/91, *Jakob Handte*

une logique propre. Au regard des éléments définitionnels de la matière contractuelle et délictuelle, une qualification européenne du contrat s'établit. Une fois la qualification établie, l'acte est alors soumis aux règles applicables au titre du règlement de Bruxelles I bis et de Rome I. La juridiction et la loi applicable déterminées, le contrat sera à nouveau qualifié au titre de la loi établie comme applicable. Bien que la qualification autonome de l'acte n'existe que dans une temporalité très étroite, l'analyse permet de confronter la première qualification européenne avec la seconde qui sera donnée en droit interne.

B. UN RECOURS AU TITRE DU DROIT DE LA CONSOMMATION

Le Recours établi au titre du droit de la consommation. La démonstration d'un droit des contrats unifié au sein de l'Union apparait comme difficile ; à l'opposé celle d'un droit européen de la consommation ne porte pas autant de difficulté. En effet, même si l'harmonisation globale du droit européen des contrats[163] ne se réalise pas actuellement, une « *harmonisation sectorielle du droit européen de la consommation* »[164] existe. En effet, l'Union a, dès l'adoption des directives sur les produits défectueux[165] et celles relatives aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux[166], démontrait une volonté d'harmoniser les règles touchant au contrat de consommation de manière verticale. « *La verticalité de son approche* »[167] s'illustre par une volonté d'harmoniser les règles au titre généralement de contrats de consommation spéciaux[168] ou de techniques contractuelles spécifiques[169]. L'approche horizontale constituée par l'établissement des règles générales sur le droit de la consommation reste quant à elle

[163] M. LATINA, « Contrat : généralités », Répertoire de droit civil », *op.cit*, p19
[164] M. LATINA, « Contrat : généralités », Répertoire de droit civil », *ibid.*
[165] Dir. no 85/374/CEE du Conseil du 25 juill. 1985), et de celle du 20 décembre 1985 relative aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (Dir. n o 85/577/CEE du Conseil du 20 déc. 1985
[166] Dir. n o 85/577/CEE du Conseil du 20 déc. 1985
[167] M. LATINA, « Contrat : généralités », Répertoire de droit civil », *ibid*, p. 20
[168] En ce sens, les contrats de crédit à la consommation ; Dir. (UE) n° 87/102/CEE du Conseil du 22 déc. 1986, remplacée par Dir.(UE) n° 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avr. 2008 ; Les voyages, vacances et circuits à forfait, Dir. n° 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 ; Les contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, Dir. n° 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 oct. 1994, remplacée par Dir. n o 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janv. 2009 ; Certains aspects de la vente au consommateur Dir. n° 99/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 ; ou encore les contrats de fourniture d'électricité et de gaz naturel Dir. n° 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juill. 2009
[169] En ce sens, La négociation de contrats en dehors des établissements commerciaux (Dir. préc.), ou la vente à distance Dir. n° 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997.

marginale[170]. La verticalité des échanges ne constituait pas alors un frein à une propre adaptation des régimes à celui des États membres, la marge d'interprétation des États était préservée et des systèmes nationaux prévoyaient alors parfois des régimes plus protecteurs que ceux *établis a minima* par l'Union[171]. Toutefois, l'approche harmonisatrice verticale partielle tend à évoluer vers une harmonisation totale appelée parfois *complète ou maximale* [172]. Le caractère total de l'harmonisation sous-entend que les directives établies par le Parlement ne laissent pas de marge d'adaptation aux États, la transposition restant alors simplement littérale. Certains auteurs critiquent le fait de voir que la directive « *se pare ainsi des atouts du règlement* »[173] et crée un régime impactant le droit commun des obligations par la coexistence forcée de conceptions européennes avec celles établies par les États membres. Une déconnexion du droit interne avec cet « *ilot européen* » [174] démontre l'effet de ce droit européen de la consommation[175] et induit[176] qu'un même concept revêt éventuellement deux significations différentes dans le même corpus législatif. Ce croisement des conceptions internes et européennes d'une même notion alimente alors la réflexion sur les diverses conceptions autonomes pouvant être données au tourisme médical.

Le recours concomitant au droit des contrats et au droit de la consommation. En matière de droit international privé de l'Union européenne, le recours au droit de la consommation comme du droit des contrats s'envisage de manière autonome à celui établi en droit interne. Le recours concomitant à ces deux corpus de règles autorise une analyse du tourisme médical au titre de ces règles spécifiques à la résolution des conflits de juridictions et de loi. Cette double analyse engendre alors une série de conséquences en termes de conduite du procès, mais

[170] En ce sens Dir. (UE) 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ; JOCE L 95/29 du 21.04.1993, p. 29-34, Dir. (UE) n° 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005, JOUE L 149/22 du 11.6.2005, p.2 60-277

[171] Exemple, Dir. (UE) du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente au consommateur n° 99/44/CE du Parlement européen et du Conseil et de sa transposition à l'article art. 217-1 et suivant du code la consommation. Les dispositions françaises permettent un cumul d'action en garantie de conformité et en garantie de vice caché à la différence de la directive qui dissociait les deux.

[172] A. THIERIET-DUQUESNE, Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'harmonisation totale, LPA no 83, 27 avr. 2009, p. 9 s.

[173] M. LATINA, « Contrat : généralités », Répertoire de droit civil », ibid, p. 20

[174] M. LATINA, « Contrat : généralités », Répertoire de droit civil », ibid, p. 20

[175] M. LATINA, L'impact de l'harmonisation européenne sur le droit commun des contrats, Les nouvelles échelles du droit commun, Larcier, 2013 p. 95 s..

[176] M. LATINA, L'impact de l'harmonisation européenne sur le droit commun des contrats, Les nouvelles échelles du droit commun, ibidem p. 23

également sur l'apport de ce régime sur la notion même de relation de soin et de ses éléments invariants.

Face à ces éléments, une série d'interrogation se pose. Comment le tourisme médical se définit-il quand il se déploie au sein de l'Union européenne ? Deux qualifications juridiques contribuent à la définition de cette pratique, l'une fondée sur le droit commun des obligations, l'autre sur le droit de la consommation. Quelle qualification doit être retenue parmi ces dernières ? Sont-elles exclusives l'une de l'autre ? Quelles sont les conséquences de ces qualifications sur la résolution des conflits de juridictions et de lois ? Les qualifications retenues et les conséquences qui y sont attachées, remettent-elles en cause la notion de relation de soin traditionnellement admise en droit interne ?

Pour parvenir à répondre à ces interrogations, une première segmentation doit être réalisée entre ce qui relève du droit des contrats et ce qui relève du droit de la consommation. Cette division de l'appréciation du tourisme médical au titre de ces deux régimes n'a pas pour but d'apprécier leur cohabitation, mais de déterminer lequel parmi ceux-ci apparait le plus probable et le plus souhaitable. De plus elle permet d'observer si ces régimes interagissent entre eux ou s'ils restent exclusifs l'un de l'autre. C'est-à-dire si des dispositions générales du droit des contrats s'appliqueront dans une conception consumériste du tourisme médical et inversement. À cet effet, l'incursion de la matière contractuelle dans le tourisme médical doit être envisagé (Partie I) avant d'apprécier l'incursion du droit de la consommation (Partie II).

Partie I : L’incursion de la matière contractuelle dans le tourisme médical européen

Au sein de l'Union européenne, la résolution d'un conflit de juridictions ou de loi entraîne une qualification préalable de l'acte litigieux présentant un élément d'extranéité au titre du règlement Bruxelles I bis et Rome I. Ces qualifications se fondent sur des éléments caractéristiques distincts de ceux employés en droit interne. Le tourisme médical n’étant pas en soi un acte, le dénominateur commun entre cette activité et le droit international privé européen se trouve alors dans la relation de soin. Cette dernière constitue la condition *sine qua non* de la mise en œuvre du tourisme médical. Sans relation de soin établie, le tourisme médical perd toute substance. Par conséquent, la relation de soin constitue l’objet au cœur de l’étude cette définition. Qualifier la relation de soin permet donc de déterminer le régime qui s’appliquera aux parties prenantes de la pratique. Par ailleurs, et par l’absence de prise de position sur la question par le législateur européen et par la Cour de justice de l’Union européenne, la définition se doit d’être analysée en fonction des conséquences qu’elles entrainent. La qualification d’un acte au sens des règlements en effet fait intervenir une approche fonctionnelle de la qualification. Les juges de l’Union ont ainsi tendance à qualifier un acte en fonction des conséquences qu’elles dégagent. La pertinence de la définition se démontre alors par la cohérence du régime induite par la qualification. Si une qualification entraine des conséquences délétères pour l’une des parties à la relation de soin ou accroît le déséquilibre inhérent à cette activité, alors, les probabilités qu’un régime fondé sur cette conception s’applique sont minimes. Cette approche fonctionnelle pousse alors à appréhender la qualification de la relation de soin sous l’angle des éléments constitutifs d’un contrat (Partie I) avant d’apprécier si les conséquences de la réunion de ces éléments instaurent un régime cohérent pour les parties ou susceptible de le devenir (Partie II).

Titre I : L'incursion de la matière contractuelle sur l'acte constituant du tourisme médical

L'harmonisation des dispositions constitutives du droit international privé européen s'instituait dès ces premières tentatives autour d'une distinction classique entre les éléments qui relèvent des contrats et ceux de la responsabilité délictuelle. Face à cette dichotomie classique, l'intégration de la relation de soin dans l'une de ces deux matières faisait et fait encore l'objet d'une discussion doctrinale forte[177]. En l'absence d'élément en droit européen susceptible d'indiquer l'appartenance sans équivoque de la relation de soin au domaine contractuelle ou délictuelle. Il est nécessaire d'entreprendre une étude comparative des éléments déterminants de la distinction entre ces deux matières au sein des règlements Bruxelles I bis et Rome I et II. Par conséquent, pour valider l'incursion de la matière contractuelle dans la définition et le régime applicable au tourisme médical, (Chapitre I) il convient d'écarter l'éventualité d'une qualification délictuelle de la relation de soin (Chapitre II).

[177] En ce sens, M. GIRER, Contribution à une analyse rénovée de la relation de soin : essai de remise en cause du contrat médical, Bordeaux : Les Études hospitalières, bordeaux 2008

Chapitre I : La qualification contractuelle de la relation de soin

La relation de soin, se réalisant dans le cadre du tourisme médical européen, engendre nécessairement une altération du rapport patient médecin. La présence d'un l'élément d'extranéité remet alors en cause sa qualification. Toutefois, dans le cadre de la survenance d'un contentieux au titre de la responsabilité médicale, la *lege fori* tendra *in fine* à s'appliquer, *lege fori* appréciée par le *for* compétent. La dimension européenne, sans toucher au fond de la résolution des litiges, impose le recours aux règles particulières prévues par les règlements européens[178]. En effet, en dehors de cette sphère d'influence européenne, la qualification de la relation se fonderait sur la *lege fori* du juge compétent[179] et sur des textes internationaux qui ne remettraient pas en cause les interprétations nationales de ces relations.

Déterminer une qualification pour la relation de soin, autonome de celle appréciée par la *lege fori*, nécessite alors de déterminer si les règles spéciales européennes du droit international privé tendent à s'appliquer (section I). Ce prérequis déterminé au titre du conflit de juridictions, et du conflit de lois il est alors possible de supposer que la relation de soin, dans ce cadre, se trouve qualifiée de contrat de prestation de service au titre du droit international privé européen (Section II).

Section I : Une qualification particulière au titre du droit international privé de l'Union

Pour concevoir une qualification de la relation de soin différente de celle établie en droit interne, la démonstration préalable de l'existence d'une qualification alternative en droit de l'Union s'avère nécessaire. Son existence ne se démontre que si elle existe de manière autonome de celle retenue classiquement dans les États membres de l'Union. En cantonnant l'analyse de la qualification au titre des règles spéciales du droit international privé, un écueil doit être

[179] M. MINOIS, « Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations », thèse, 2016, Centre de droits des affaires et de gestions, Paris Descartes, p.161

initialement évité. Le travail de qualification s'inscrit dans la recherche de la règle juridique applicable au titre du conflit de juridictions et de loi. De ce fait, il convient d'apprécier l'existence de deux qualifications en droit privé européen de l'Union. L'une, qui résout les conflits de juridictions, l'autre, les règles de résolution du conflit de lois. Évoquer alors « *une qualification contractuelle* », au titre du droit international privé européen, présente un nombre certain de contradictions dans son énonciation. Toutefois, l'établissement d'un règlement harmonisé des contentieux dans l'espace de l'Union européenne efface ces contradictions en établissant une qualification autonome au titre du droit européen de l'Union (Sous-Section I) et en déterminant des qualifications au titre de la compétence et de la loi applicable, quasi identiques (Sous-Section II).

Sous-Section I : Une qualification autonome face à la qualification en droit interne

La démonstration préalable d'une qualification autonome au titre des règles européennes du droit international privé s'inscrit comme un élément essentiel pour analyser les conséquences processuelles et notionnelles qu'elle engendre. Cette autonomie de la qualification prévue au sein des textes de l'Union européenne marque nécessairement une dépossession de ce pouvoir de qualification laissée aux juges du fond et aux juridictions suprêmes des ordres nationaux. Les effets présumés d'un tel transfert s'expliquent en partie par le rejet initial d'une qualification autonome et internationale (Paragraphe I). Toutefois, les règles de l'Union réussirent à mettre en œuvre une telle autonomie (Paragraphe II).

Paragraphe I : Une autonomie qualificative initialement rejetée

Une autonomie fondée sur les carences du droit de l'Union. Pour qu'un procédé qualificatif autonome existe, la règle qui le précise, et l'acteur de son édiction doivent présenter autonomie équivalente. Ces prérequis suffisent alors à retenir une conception particulière d'un acte ou d'un fait juridique à côté de celle prévue dans le droit interne des États. Or, la possibilité de disposer d'une telle autonomie qualificative suppose la dépossession volontaire de ce pouvoir par les juges du fond et les juridictions suprêmes des États membres. En effet, le droit européen ne dispose d'une autonomie que si les États membres ont décidé de lui déléguer une compétence,

une part de leur souveraineté.[180] Le droit européen ne trouve à se réaliser que par la compétence d'attribution qui lui est allouée. Certains auteurs décrivent même le Droit européen comme incomplet[181]. La *lex fori europae* reste en construction. Ce risque d'un renvoi à la *lex fori* des États membres était très tôt soulevé[182]. Si les États interprètent les notions présentes indistinctement de celles des autres, alors il devient difficile d'assurer de la bonne application des règles de conflit prévues au sein du règlement Bruxelles I et des règlements Rome I et II. Les juges de la Cour de Justice prenaient alors leur distance avec les conceptions nationales du fait qu'une compétence interprétative leur était implicitement attribuée[183]. En effet, le renforcement de la portée du renvoi en question préjudicielle ouvre la possibilité de retenir des qualifications autonomes fondées sur la *lex fori europae.* Pour apprécier ces dernières au titre du droit européen, il convient de revenir sur les compétences qui avaient été progressivement attribuées au Juge de l'Union pour se saisir de ces questions. Le juge de l'Union dispose en ce sens d'une compétence interprétative si les États membres la lui concèdent. Cette attribution s'illustre par une systématisation du renvoi en interprétation préjudicielle[184]. En effet, si les juges nationaux évitaient ou disposaient d'une option dans l'établissement d'un renvoi en interprétation préjudicielle, le système présenterait des carences interprétatives trop grandes pour convenir d'une qualification unitaire[185]. Pour favoriser l'interprétation autonome du juge européen lors des renvois, une coopération entre juges nationaux s'avère essentielle[186]. Cette coopération passe en outre par l'établissement d'un autre outil communautaire, le renvoi en validité. Celui-ci permet la validation des actes de l'Union au sein de l'ordre juridique de

[180] M. MINOIS, « Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, *op.cit* p.161
[181] M. MINOIS, « Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations », *ibid.,* p. 161
[182] B. ANCEL, « Qualification », Rép. International Dalloz, 2009, no 69 ; S. BARIATTI, É. PATAUT , « Codification et théorie générale du droit international privé », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), « Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ? », Bruxelles, P.I.E. Peter Lang S.A, 2011, p. 337 et s., spéc. p. 340
[183] CJCE, 17 juin 1992, n° C-26/91, Jakob Handte, , Clunet, 1993.469, obs. BISCHOFF, JCP, 1992.II.21927, note LARROUMET, RTDE. 1992.709, note P. de VAREILLES-SOMMIERES, JCP. 1992. éd. E. 363, note JOURDAIN, JCP 1992.II.21927, note LARROUMET, JCP. 1993.I.3644 obs. VINCEY et 3666, obs. BOUTARD-LABARDE, RTD Civ. 1993.131, obs. JOURDAIN, D. 1993. SC. 214, obs. KULLMAN. Sur l'ensemble de la question, v. GAUDEMET-TALLON, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, LGDJ, 2e éd., p. 108. note J.-M. BISCHOFF ; JCP G 1992. II. 21927, obs. Ch. Larroumet ; RTD eur. 1992. 712, note P. DE VAREILLES-SOMMIERES.
[184] B. ANCEL, « Qualification », *ibid* ; S. BARIATTI, É. PATAUT, « Codification et théorie générale du droit international privé », *ibid* p. 340
[185] K. PARROT, L'interprétation des conventions en droit international privé, Dalloz, 2006, p. 243-250, nos 343-350.
[186] F. PICOD, J. RIDEAU, « Renvoi préjudiciel », Rép. Européen Dalloz, 2013, no 1

l'Union de « *manière autonome et hiérarchisé* ».[187] La doctrine reconnait, dans ce cas, la supériorité et l'autonomie du droit européen sur les droits nationaux[188]. Et du fait de cette supériorité, le renvoi en interprétation préjudicielle autorise une application autonome et unitaire du droit de l'Union[189]. Si les règlements de Bruxelles I bis et de Rome I disposent d'une autonomie dans la qualification des régimes qu'ils fondent, il faut alors que le mécanisme du renvoi soit systématisé. Sans un recours obligatoire à l'interprétation des Juges européens émergeraient forcément des interprétations divergentes au sein du règlement. Or, pour arriver à une telle systématisation de l'interprétation des actes par la Cour de justice une série d'évolutions devait être mise en place.

Un renvoi en interprétation préjudicielle initialement limité. Originellement, la compétence interprétative de la Cour de justice au titre du règlement Bruxelles I reposait sur l'article 68 du Traité instituant la Communauté européenne[190]. Cet article soulevait des incertitudes majeures,[191] car il laissait sous-entendre que seules les juridictions « *dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours* », en somme les juridictions suprêmes des États membres, pouvaient user de ce recours. Il ne rentrait pas alors dans le champ d'application de l'article 234 alinéa 5 du TCE[192] , qui lui, laissait au juge du fond l'option du renvoi, mais l'imposait aux juridictions suprêmes dans son alinéa 6 [193]. L'usage optionnel ou systématique du recours ne ressortait pas alors du texte. Toutefois, au titre de l'emploi du renvoi en interprétation sur les règlements Rome I et II, l'établissement d'une interprétation autonome se réalisait de manière

[187] F. PICOD, J. RIDEAU, « Renvoi préjudiciel », *Ibid.*, no 47.
[188] CJCE, n° 6/64, 15 juill. 1964, *Costa c. E.N.E.L*, p. 1159.
[189] Y. GAUTIER, « Le renvoi préjudiciel, un instrument efficace de dialogue ? », *in* F. LICHERE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNAUD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Actes de la journée d'études organisée le 10 février 2003 à la Faculté de droit, économie et administration de l'Université de Metz*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2004, p. 203 et s., spéc. p. 203
[190] Traité instituant la communauté européenne signé à Rome le 25 mars 1957 version consolidée l'article 68 disposait *« L'article 234 est applicable au présent titre dans les circonstances et conditions suivantes: lorsqu'une question sur l'interprétation du présent titre ou sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté sur la base du présent titre est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demande à la Cour de justice de statuer sur cette question. »*
[191] M. MINOIS, « Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations », *op.cit.*
[192] Traité FUE Art. 234 al 5 « *Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question*. »
[193] Traité FUE Art. 234 al 6 « *Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice*. »

plus précoce par la ratification par la Belgique, jusqu'alors réfractaire de deux protocoles[194], autorisant l'emploi du renvoi dans les mêmes formes que celles prévues par l'article 234 du Traité de l'Union européenne. Néanmoins, il fallait attendre l'établissement du traité de Lisbonne, pour que les renvois en interprétation du règlement Bruxelles I, du règlement Bruxelles I bis et des règlements Rome I et II se généralisent au titre de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[195]. Cet article du TFUE autorisait alors de prévoir que le renvoi en interprétation de ces textes constituait une obligation pour les juridictions suprêmes des États membres et une option pour les juges du fond.

Paragraphe II Une autonomie qualificative établie au sein de l'Union

L'apport de l'intégration des règlements sous l'article 267 du TFUE. Le mécanisme de renvoi donne à la Cour de justice une autonomie pour créer son propre régime de qualification des actes juridiques. L'intégration de l'article 267 du TFUE s'explique par la volonté de donner un corps concret au progrès d'harmonisation de la justice. En effet, retenir une interprétation européenne des textes limite la multiplication et la confrontation des interprétations. En ce sens, la doctrine souligne très tôt qu'une telle autonomie dans l'interprétation évite que des « *concepts erronés se propagent* » [196]. Une seconde utilité à ce renvoi systématique se dégage puisqu'il motive les juridictions du fond à travailler de concert, ce que les études statistiques rendues par la Cour de Justice de l'Union démontrent [197].Le renvoi préjudiciel est exploité par les juges du fond et constitue la base de leurs propres décisions. Les qualifications établies par la CJUE deviennent les qualifications retenues par les juridictions du fond, preuve encore du

[194] Premier protocole no 89.128 concernant l'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 ; Deuxième protocole no 89.129 attribuant à la Cour de justice des Communautés européennes certaines compétences en matière d'interprétation de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (JO L 48, du 20 févr. 1989, p. 1-6 et p. 17-22) , voir aussi, H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008 », JCl. Droit international, fasc. 552-11, 2009, nos 71-74.

[195] Traité FUE Art. 234, *ibid.*

[196] M.MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, thèse, 2016, centre de droits des affaires et de gestions, paris Descartes. p.165

[197] Rapport annuel de la Cour de justice de l'Union européenne de 2015, p. 101-103, URL :http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/201604/rapport_annuel_2015_activite_judiciaire_fr.pdf.

déploiement de ces qualifications autonomes dans les droits internes. Néanmoins, les modalités de renvoi se révèlent être conditionnées.

L'apport de l'arrêt *CILFIT*[198]. Le Traité de Lisbonne en imposant le renvoi en interprétation des textes instaurant des règles de conflit communes dans l'Union entraine l'émergence de qualification autonome, susceptible de préciser la nature de la relation de soin. Le Traité de Lisbonne, en imposant le renvoi en interprétation des textes instaurant des règles de conflit communes dans l'Union, autorise l'émergence de qualifications autonomes susceptibles de préciser la nature de la relation de soin. Cette compétence interprétative se doit donc d'être conditionnée et aménagée par la jurisprudence. En ce sens, l'arrêt de la Cour de justice *CILFIT*, détermine trois voies où le renvoi en interprétation peut être évité. La première se fonde sur la marge d'interprétation de l'opportunité du renvoi. Si le juge de la juridiction suprême démontre que le renvoi ne commande pas à la résolution du litige, alors le renvoi doit être écarté. La deuxième voie, se présente pour les actes ayant déjà fait l'objet d'un renvoi en interprétation devant les juges du Luxembourg. Cette exception s'interprète, en outre, assez largement. L'obligation de renvoi étant écartée même si les faits ou la procédure ayant entrainé la première interprétation diffèrent[199]. Enfin, la troisième voie renvoie au fait que l'interprétation relève de « *la force de l'évidence* », ce qui légitime le non-renvoi aux règlements[200]. Cette dernière voie d'exception questionne toutefois sur l'interprétation à donner de la relation de soin.

L'inévitable renvoi en interprétation au titre de la relation de soin. S'intéresser à la question de l'application des qualifications apposée aux règlements de Bruxelles et de Rome revêt une certaine importance. La jurisprudence *CILFIT* répond en quelque sorte à la question de l'absence de jurisprudence au titre du tourisme médical et de la relation de soin. La pertinence d'un renvoi serait en effet remise en cause si la qualification de la relation de soin relevait de « *l'évidence* » ou si elle ne concourait pas à la résolution du conflit. Une telle approche se doit toutefois d'être écartée. D'une part, car une telle position fondée sur l'arrêt *CILFIT*, aurait nécessairement entrainée une appréciation de ce refus de renvoi en interprétation par la Cour

[198] CJCE, 6 oct. 1982, , n°283/81, *CILFIT c. Ministero della Sanità en ce sens J. PERTEK, cooperation entre juges nationaux et Cour de justice de l'ue. le renvoi prejudiciel,* bruylant, bruxelles, 2013 ; F. PICOD, J. RIDEAU, « RENVOI PREJUDICIEL », REP. EUROPEEN, DALLOZ, 2013

[199] CJCE, 27 mars 1963, n°28/62 *Da Costa en Schaake NV e.a. c. Aministratie der Balastingen*, , pts 75 ; CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, préc., pt. 13 et 14 ; J. PERTEK, *Ibid*, p. 46, no 129 et p. 47, no 130.

[200] CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, préc., pt. 16-20 ; J. PERTEK, *ibid*., p. 47, no 132 ; . Picod, J. Rideau, « Renvoi préjudiciel », p. 40

de Justice. D'autre part, car la qualification de la relation du soin et les autres actes inhérents du tourisme médical ne relèvent en aucun cas de l'évidence[201]. En outre, les différents renvois préjudiciels établis notamment par les juridictions françaises illustrent la volonté de ces dernières à dorénavant renvoyer davantage de questions sur les qualifications autonomes à la Cour de Justice de l'Union européenne.

L'attitude de la Cour de cassation face à la qualification autonome des actes. Eu égard, à la capacité d'effectuer des renvois en qualification, il semble que la Cour de cassation sollicite davantage la CJUE quand une question d'interprétation des règlements se présente[202]. L'affaire *Refcomp*[203], illustre cette attitude. Les magistrats français demandaient un éclaircissement sur l'interprétation de l'opposabilité des clauses attributives de juridiction aux sous-acquéreurs dans une chaîne de contrat. Une telle position symbolise une certaine ouverture face à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation qui refusait toute ingérence et reconnaissait l'inopposabilité de ces clauses aux sous-acquéreurs[204]. Une telle ouverture s'illustre davantage dans des décisions contemporaines comme dans le cadre de la localisation du dommage dans les délits réalisés via internet[205]. À la lecture des avancés jurisprudentielles entrevues sous l'angle français, le placement du renvoi en interprétation sous l'article 267 du TFUE autorise

[201] *supra p.* 12 s.

[202] P. BERLIOZ, « Cour de justice de l'Union européenne : du dialogue à la cassation ? », in *Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ?*, RTD com. 2012 n° 2, p. 115.

[203] CJUE, 7 févr. 2013, n° C-543/10, Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA et autres, ; , D. 2013. 1110, NOTE S. BOLLEE ; D. 2013. 1509, obs. F. JAULT-SESEKE ; Europe 2013, comm. 194, obs. L. IDOT ; Procédures 2013, comm. 104, obs. C. NOURISSAT ; Rev. crit. DIP 2013. 710, note D. BUREAU ; RTD civ. 2013. 338, obs. P. RÉMY-CORLAY ; RTD com. 2013. 381, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; RTD com. 2013. 384, note PH. DELEBECQUE ; JDI 2013. 1201, note S. Clavel ; JCP G 2013. 1129, note C. NOURISSAT ; JCP G 2013. 516, note PH. GUEZ ; JCP G 2013. 981, note D. AKCHOTI.

[203] Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-19070, Société bretonne de construction navale c. Société MB Marine Spa et autres ; Rev. crit. DIP. 1995. 721, note A. SINAY-CYTERMANN ; JDI 1995. 143, note A. HUET ; Cass. com., 23 mars 1999, no 97-11884 ; Rev. crit. DIP. 2000. 224, note F. LECLERC ; Cass. civ. 1re, 4 juin 2009, JDI 2010. 852, note V. ESPINASSOUS.

[204] Cass. com., 22 mai 2013, no 12-13052 ; JCP G 2013, doctr. 975, no 4, obs. C. NOURISSAT ; ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de justice : CJUE, 23 oct. 2014, n° C-305/13, Haeger & Schmidt GmbH c. Mutuelles du Mans assurances IARD (MMA IARD) et autres ; D. 2015. 136, note PH. DELEBECQUE, J.-A. LEVY ; JDI 2015. 671, note S. LAVAL ; D. 2015. 2031, note L. D'AVOUT.

[205] Cass. com., 22 mai 2013, no 12-13052 ; JCP G, 2013, doctr., 975, no 4, obs. C. NOURISSAT ; ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de justice : CJUE, 23 oct. 2014, n° C-305/13 *Haeger & Schmidt GmbH c. Mutuelles du Mans assurances IARD (MMA IARD) ;* D. 2015, 136, note PH. DELEBECQUE ; JDI, 2015, 671, note S. LAVAL ; D. 2015, 2031, note L. D'AVOUT

une appréciation différente de la qualification de la relation de soin. La doctrine voyant dans le renvoi en interprétation « *un mécanisme efficace de coopération et de confiance réciproque entre juges européens placés dans un rapport d'égalité et participant ensemble, dans leurs limites respectives, à l'élaboration d'une décision.* »[206]. Une telle collaboration au titre de l'appréciation de la qualification de la relation de soin, dévoile l'intérêt du renvoi en interprétation. Ce dernier contribue à la création d'une qualification, au sens de la « *lex fori europae* », certes incomplète, mais autorisant une étude de la notion de tourisme médical et ce pour apposer à cette dernière des éléments de définition. L'apport de l'interprétation de la Cour de justice ne devrait néanmoins pas varier en fonction de la procédure retenue comme le prévoyait l'arrêt CILFIT. En effet, que le renvoi porte sur l'application du règlement de Bruxelles, sur la compétence juridictionnelle ou sur les règlements de Rome, sur la loi applicable, la qualification se révèle harmonisée. L'interprétation faite dans une procédure se répercutera nécessairement dans l'autre.

Sous-Section II : Une qualification harmonisée au titre des règlements européens

Établir une autonomie qualificative répond à la volonté d'éviter les interprétations divergentes des actes internationaux au sein de l'Union européenne. L'existence, au sein de l'Union, de plusieurs conceptions différentes des qualifications marquerait nécessairement un frein majeur à la mise en œuvre d'un espace judiciaire commun. Derrière cette autonomie qualificative, réside ainsi la volonté première d'harmoniser les conceptions des juridictions de fond et des juridictions suprêmes. Toutefois réaliser une harmonisation unique des concepts démontre rapidement une certaine insuffisance. La dépossession dans l'interprétation des qualifications nécessite, en retour, qu'au sein des règles de l'Union qui les prévoit règne une conception unitaire des actes et des faits. La Cour de justice participera alors à l'établissement d'une « *dynamique européenne* »[207]. Pour ce faire, le législateur et les juridictions de l'Union ont instauré une harmonie qualificative, cette fois au sein des règlements, entre les qualifications utiles à la résolution du conflit de juridictions prévues au titre du règlement Bruxelles I (Paragraphe I), et celles au titre du conflit de lois (Paragraphe II).

[206]M. MINOIS, « Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations », *op.cit.*, p.169

[207] J.-M. THOUVENIN, Les techniques interprétatives du juge de l'Union européenne, RGDIP, 2011, p. 491 s

Paragraphe I : La recours au règlement Bruxelles I bis dans la résolution du conflit de juridictions

Le champ d'application *ratione materiae* du règlement Bruxelles I bis. Quand bien même, une analyse de la relation de soin au titre du règlement relève du possible, il convient de s'intéresser au champ d'application *ratione materiae* du règlement. À ce titre l'article 1. 2° du règlement Bruxelles I[208] et l'article 1. 2° [209] du règlement Rome I disposent d'un champ

[208] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, Art. 1.Z « *Sont exclus de son application :*
a) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux ou les régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, sont réputés avoir des effets comparables au mariage;
b) les faillites, concordats et autres procédures analogues;
c) la sécurité sociale;
d) l'arbitrage;
e) les obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance;
f) les testaments et les successions, y compris les obligations alimentaires résultant du décès. »

[209] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, art. 1*2. Sont exclus du champ d'application du présent règlement:*
a) l'état et la capacité juridique des personnes physiques, sous réserve de l'article 13;
b) les obligations découlant des relations de famille ou des relations réputées avoir, en vertu de la loi applicable, des effets comparables, y compris les obligations alimentaires;
c) les obligations découlant des régimes matrimoniaux, des régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, ont des effets comparables au mariage et aux successions;
d) les obligations nées des lettres de change, chèques, billets à ordre ainsi que d'autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments négociables dérivent de leur caractère negociable;
e) les conventions d'arbitrage et d'élection de for;
f) les questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales, telles que la constitution, par enregistrement ou autrement, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés et des agents pour les dettes de la société, association ou personne morale;
g) la question de savoir si un représentant peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir ou si un organe d'une société, d'une association ou d'une personne morale peut engager, envers les tiers, cette société, association ou personne morale;
h) la constitution des trusts et les relations qu'ils créent entre les constituants, les trustees et les bénéficiaires;
i) les obligations découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat;
j) les contrats d'assurance découlant des activités menées par des organismes autres que les entreprises visées à l'article 2 de la directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie1, ayant pour objet de verser des prestations à des

d'exclusion relativement homologue. Ces listes d'exclusion de certains actes se présentent à leur lecture comme limitatives. Toutefois, pour déterminer si un acte est exclu du champ d'application *rationae materiae* des règlements, l'opération de qualification doit se fonder sur une conception autonome de l'acte [210]. Pour ce faire, le juge emploi généralement la théorie de *l'acte-source*[211] c'est-à-dire qu'il apprécie la nature de l'acte source de la demande. Cette analyse par exemple exclue la compétence *ratione materiae* du règlement pour les demandes fondées sur le « *droit de la faillite tel qu'interprété au regard de la convention* » [212]dans l'arrêt *Gourdain*[213]. Néanmoins, concernant les actes afférents au tourisme médical, une lecture littérale du texte évite de tomber dans les champs des exclusions prévues par les règlements et de concentrer la réflexion sur ce domaine particulier. Parmi les actes exclus, deux nécessitent une analyse particulière, d'une part, les actes relatifs à la sécurité sociale et d'autre part, les articles relevant de l'état et de la capacité des personnes.

Les actes de soins comprennent en effet une dimension sociale, grâce à des mécanismes de solidarité tels que ceux prévus par l'assurance maladie. Ils comprennent également une dimension relative à l'état des personnes quand les actes ont pour finalité la reconnaissance d'un droit de filiation par exemple. En s'appuyant sur la théorie de l'acte source, il convient d'exclure les relations avec l'assurance maladie, et les actes ayant pour objet une demande en reconnaissance d'un droit personnel. En effet, la jurisprudence se positionne en ce sens, dans l'emploi de l'*acte source* dans l'arrêt *Rüffer*[214] en excluant du règlement Bruxelles I, les actes portant sur l'enlèvement d'épaves de particuliers par l'État néerlandais. La Cour considère dans ce cas précis que « *le fait que le gestionnaire, en poursuivant le recouvrement desdits frais, agit[sse] sur la base d'un droit de créance qui a sa source dans un acte de puissance publique*

personnes salariées ou à des personnes indépendantes faisant partie d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises, en cas de décès, en cas de vie, en cas de cessation ou de réduction d'activités, en cas de maladie professionnelle ou d'accident du travail.

[210] M.MINOIS, Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, *op.cit*, p.215

[211] B. HAFTEL, « Entre "Rome II" et "Bruxelles I" : l'interprétation communautaire uniforme du règlement "Rome I", JDI 2010. 761, no 24. L'auteur prend l'exemple d'un acheteur qui déciderait de tuer son vendeur ; S. BOLLEE, « La responsabilité extracontractuelle du cocontractant en droit international privé », *in Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 119 et s.

[212]CJCE, 22 févr. 1979, n° :133/78, Gourdain c. Nadler. ; note J. LEMONTEY, Rev. Crit. DIP. 1979. 661,

[213] CJCE, 22 févr. 1979, *préc.*, pt. 4.

[214] CJCE, 16 déc. 1980, n° C-814/79, État néerlandais c. Reinhold Rüffer ; JDI 1982. 463, note J.-M. BISCHOFF.

suffit pour que son action soit considérée, quelle que soit la nature de la procédure que lui ouvre à ces fins le droit national, comme exclue du champ d'application de la convention de Bruxelles »[215]. La doctrine se positionne alors pour une limitation générale du champ d'application des directives dans le cadre des actes associés à la notion de puissance publique, comme l'illustrent les propos de M. Bischoff[216]. À première lecture, la relation de soin s'inscrivant dans un rapport avec l'assurance maladie devrait rendre inapplicable le règlement de Bruxelles I ainsi que le règlement Rome I. Cependant, en se fondant sur la théorie de l'acte source, ne sont simplement exclues que les demandes réalisées au titre de la sécurité sociale. Telles que les actions en remboursement au titre de la directive soins transfrontaliers ou les actions réalisées au titre de la reconnaissance d'un droit de filiation. Toutefois dans le cas où la demande porte sur la reconnaissance en responsabilité d'un professionnel de santé ou d'un établissement, les actes entrent dans le champ d'application des règlements. La jurisprudence de la Cour de justice démontre à plusieurs reprises cette possibilité d'employer les règlements alors qu'un élément inhérent à la puissance publique est intrinsèquement établi avec l'acte source de la demande. L'arrêt *Ordre des avocats du barreau de Dinant*[217] expose en ce sens que même si l'inscription au barreau est liée à une obligation légale, manifestation de la puissance publique, le paiement de la cotisation constitutif de la demande constitue un accord de volonté entre les membres de l'ordre et dispose d'un caractère contractuel[218].

L'intégration dans le champ *ratione materiae* des recours établis par l'assurance maladie. Il est possible de voir que la présence d'une disposition d'ordre public n'exclut pas l'emploi du règlement, car l'objet de la demande reste d'ordre contractuel. Par ailleurs, une jurisprudence concernant la notion de sécurité sociale a, dans l'arrêt BUAK[219] , donné une qualification

[215] CJCE, 16 déc. 1980, État néerlandais c. Reinhold Rüffer , préc., pt. 15.

[216] CJCE, 16 déc. 1980, n° C-814/79, État néerlandais c. Reinhold Rüffer, préc ; JDI 1982. 463, note J.-M. BISCHOFF. Qui expose *« Peu importe la nature intrinsèque du droit invoqué, peu importe la nature de la procédure ouverte pour sa mise en œuvre, dès lors qu'il est la conséquence d'un acte de puissance publique, il n'entre plus dans la catégorie des matières civiles et commerciales, et la convention ne s'applique pas. C'est l'acte-source qu'il faut considérer, et c'est la nature civile ou administrative de celui-ci qui imprimera la nature civile ou administrative aux droits et actions qui pourront en être les conséquences »*

[217] CJUE, 5 déc. 2019, n° C-421/1819, Ordre des avocats du barreau de Dinant.

[218] CJUE, 5 dec 2019, n° C-421/1819, préc., motif 33

[219] CJUE, 28 févr. 2019, n° C-579/17, Buak, motif 68 : *« En outre, une prestation peut être considérée comme étant une prestation de sécurité sociale dans la mesure où elle est octroyée aux bénéficiaires en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels, sur la base d'une*

restrictive de la notion permettant d'employer le règlement au titre des mutuelles et des assurances. Enfin l'arrêt *Land Berlin*[220] précise encore la portée de la mention faite à la « *puissance publique* » en exposant que le règlement s'appliquait à l'organisme public ayant la charge de la réparation d'un préjudice quand la mise en œuvre de la réparation créait un rapport contractuel[221]. Dans le cadre des demandes portant sur des actes créatifs d'un rapport contractuel avec une institution publique, les règlements semblent applicables. L'assurance maladie se verrait appliquer le règlement si ce dernier établit que la réparation due à la personne privée est qualifiée de contrat. En outre dans le cas où la demande de remboursement de l'acte relève du subsidiaire face à la demande principale en réparation, le règlement tendra également à s'appliquer [222]. Et même dans le cas où un champ d'exclusion persiste, il se limiterait au seul champ du contentieux opposant l'assuré[223] à son rapport à l'administration. Le recours contentieux contre le tiers, par exemple le professionnel de santé, lui n'est pas exclu du fait que ce recours se fonde sur des règles de droit commun [224].

Paragraphe II : Le recours au règlement Bruxelles I bis pour la résolution du conflit de lois

La Cour de Justice de l'Union européenne développe une approche autonome de la qualification dans le cadre du conflit de juridictions. Cette approche se cristallise autour de l'interprétation faite de la notion de matière contractuelle établie dans le règlement Bruxelles I et dans sa refonte dans le règlement Bruxelles I bis au titre des articles 7. 1° sous a. et 7. 2° sous b. Toutefois, les travaux établis pour qualifier la matière contractuelle dans le cadre du conflit de juridictions sont employés pour résoudre les conflits de lois prévus dans le règlement Rome I. Ce double

*situation légalement définie, et où elle se rapporte à l'un des risques expressément énumérés à l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 883/2004 (*voir, par analogie, CJUE, 19 sept. 2013, n° C-216/12 et n°C-217/12 ,Hliddal et Bornand, point 48 ainsi que jurisprudence citée) ».

[220] CJUE, 11 avr. 2013, n° C-645/11, Land Berlin ; Europe 2013, comm. 290, obs. L. IDOT, Rev. crit. DIP, 2014, 110, Note M. LAAZOUZI ; Doctrine belge et luxembourgeoise : JDE 2013. 408, n°7, obs. A. NUYTS et H. BOULARBAH

[221] En l'espèce une partie du produit de la vente d'immeuble, des victimes d'un régime autoritaire.

[222] P. JENARD, Rapport sur la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale Journal officiel des communautés européennes, *op.cit*

[223] Rapport D. EVRIGENIS et K.D KERAMEUS, relatif à l'adhésion de la République Hellenique à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, publié au journal officiel des communautés européennes, 24 novembre 1986, C 298, ISSN 0378-7052.

[224] Voir M. VOIRIN: note sous Cassation, Cass. 16 fev 1965, Recueil Dalloz, 1965, p. 723.

emploi des interprétations au titre de la compétence dans le champ de la détermination de la loi applicable démontre l'établissement par la jurisprudence d'une harmonisation des textes[225] dans ces deux aspects du droit international privé européen.

Vers une qualification unitaire des actes. Certains auteurs n'hésitent pas à décrire les actions du juge de l'Union comme un effort d'*harmonisation*[226], utile pour donner une qualification unitaire des actes étudiés en vue de la résolution du conflit de juridictions, et également de loi. L'attitude de la Cour de justice se fonde sur la position initiale du législateur dans l'établissement des premières règles d'harmonisation des règles de conflit de lois dans le champ des obligations contractuelles et non contractuelles [227]. La doctrine exposait alors dès la mise en œuvre de l'avant-projet de 1972[228] que le législateur considérait l'élaboration du texte en *prolongement* de la convention de Bruxelles, futur règlement de Bruxelles. L'abandon de l'avant-projet n'a pas entrainé la disparition de cette idée, qui a été transmise dans la Convention de Rome sur la loi applicable, futur règlement Rome I. La notion de prolongement s'illustre aussi dans le but poursuivi par les deux projets de règlement que la doctrine considère concourir à la prévention face au « *forum shopping* » pour « *renforcer la sécurité juridique, et [de] prévoir plus facilement le droit qui serait appliqué* »[229]. La rédaction des projets poursuit une logique identique dans la question de l'établissement des champs d'application matérielle. La doctrine soulève à cette occasion les influences réciproques des règlements dans l'établissement de règles harmonisées[230]. Les deux textes excluent par exemple de la compétence matérielle la

[225] V. not., H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008 », *op. cit*., no 178, p. 209. ; T. AZZI, Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire, D. 2009. 1621. ; J. LÜTTRINGHAUS, Rome I Regulation, F. FERRARI [dir.], 2014, Sellier, no 5, p. 26.

[226] M.MINOIS, Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, *op.cit.* p.215

[227] H. GAUDEMET-TALLON, « Le nouveau droit international privé des contrats (Commentaire de la Convention C.E.E. no 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980) », Rev. crit, DIP, 1981, 215, spéc. p. 218, no 3.

[228] Livre vert sur la transformation de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, COM 2002, 654 final, p. 11, pt. 1.3 ; H. BATIFFOL, « Projet de convention C.E.E sur la loi applicable aux obligations contractuelles », RTD eur, 1975, 181,

[229] M. GIULIANO et P. LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi application aux obligations contractuelles », JOCE, C 282, du 31 oct. 1980, p. 1 et s., spéc. p. 5.

[230] V. PARISOT, Vers une cohérence des textes européens en droit du travail ? Réflexion autour des arrêts Heiko Koelzsch et Jan Voogsgeerd de la Cour de justice, JDI 2012-2, doctr. 7. ; M. FALLON, Rapport introductif, in M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO [dir.], Quelle architecture pour un code européen de droit international privé, *op.cit.*, p. 17 s. ; M. MINOIS, Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, *op.cit.*, p.215

matière « *fiscales, douanières et administratives* »[231]. Cette volonté d'harmonisation est alors expliquée par la doctrine par la nécessité d'éviter les « *mauvaises interprétations* »[232]. Le législateur poursuivait cette harmonisation concomitamment aux positions établies par la Cour de justice. En effet dans l'arrêt *Ivenel*[233], l'interprétation d'un contrat de travail avait entrainé une discordance entre le règlement de Bruxelles avec celui de Rome sur la notion *d'obligation caractéristique,* le contrat de travail n'étant pas directement inscrit à cette époque dans le règlement de Bruxelles. Le législateur mettait un terme à cette divergence en modifiant le règlement de Bruxelles pour rétablir une forme d'harmonie[234]. Face à l'attitude du législateur et des Juges du Luxembourg, la doctrine[235] souligne que l'harmonisation des règles en matière de conflit de juridictions et de loi ne se concrétise pas uniquement par l'établissement de règles unitaires, mais par l'établissement d'une interprétation des notions communes aux conventions de Bruxelles et de Rome[236]. De cette attitude, la doctrine majoritaire en déduit une approche moniste de la qualification, utile pour concevoir que la qualification des actes du tourisme médical en matière de conflit de juridictions s'étend identiquement à celle établie en matière de conflit de lois.

Vers une approche moniste de la qualification dans la jurisprudence. Pour soutenir qu'un monisme existe dans la lecture de la qualification des actes en matière de conflits de juridictions et de loi ; la doctrine souligne les rapprochements sémantiques des notions dans les règlements de Bruxelles et de Rome I. En effet, concernant la notion de matière contractuelle, prévue à l'article 7. 1° du règlement de Bruxelles, elle renvoie nécessairement à la notion voisine

---

[231] L' Art. 1er du règlement Bruxelles I et l' art. 1.1 du règlement Bruxelles I bis, sont repris dans l'article 1.2 a. de la convention de Rome qui précise que le règlement exclut*« l'état et à la capacité des personnes physiques, sous réserve de l'article 11* » et L'article 1.2 b. qui exclut les actes « *concernant : – les testaments et successions, – les régimes matrimoniaux, – les droits et devoirs découlant des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers les enfants non légitimes »*

[232] M. GIULIANO ET P. LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi application aux obligations contractuelles », *op.cit.,* spéc. p. 10

[233] CJCE, 26 mai 1982, n° 133/81, Roger Ivenel c. Helmut Schwab ; Rev. crit. DIP. 1983. 120, note H. GAUDEMET-TALLON; JDI 1982. 948, note J.-M. BISCHOFF ET A. HUET.

[234] H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008 », *op.cit.,* p. 379 et s., no 293 et s.

[235] En ce sens. N. WATTE et A. NUYTS, « Vers une interprétation uniforme et cohérente des conventions de Rome et de Bruxelles », *Rev. Dr. ULB* 1994. 21, spéc. p. 53, no 30.

[236] En ce sens. sur loi applicable aux obligations contractuelles : matières civile et commerciale : S. FRANCQ, « Règlement Rome I (obligations contractuelles) », Rép. Interna. Dalloz, 2013.

d'obligations contractuelles prévues dans le règlement de Rome I. Leurs caractères voisins, mais non analogues ne suffisent pas pour élaborer une critique suffisante de l'approche moniste de la qualification. En effet, dans le cas où la notion d'obligation contractuelle[237] n'est pas abordée à la lettre du règlement de Bruxelles I, cette dernière est utilisée par la Cour de justice pour interpréter la notion de matière contractuelle. Les jurisprudences *Kerr* et *INA-INDUSTRIJA NAFTE d.d. e.a,* le prouvent[238] par l'interprétation qui y est faite de « *l'obligation contractuelle* » au titre du règlement Bruxelles I et non du règlement Rome I. Des renvois comme celui se forment fréquemment, à titre d'exemple, la jurisprudence *Tacconi*[239] retient une qualification délictuelle de *la Culpa in Contrahendo*[240] en matière de conflit de lois, en transposant la solution adoptée par le juge européen en matière de conflit de juridictions[241]. La réciproque est aussi exprimée par la jurisprudence dans la résolution d'un conflit de juridictions en employant une qualification exposée antérieurement en matière de conflit de lois. L'arrêt *Arcardo* [242] , pour résoudre un conflit de juridictions, se fondait sur l'article 10 de la convention de Rome avant même son entrée en vigueur, pour retenir qu'une action en indemnisation pour rupture abusive d'un contrat était qualifiée de contractuelle au sens de la Convention de Bruxelles. La doctrine voyant dans cette position jurisprudentielle la démonstration d'un « *effet circulaire* »[243] des qualifications inhérentes aux deux règlements. Ces effets se retrouvent au

---

[237] J. FOYER, « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », JDI 1991. 601, spéc. p. 604, no 7.

[238] CJUE 8 mai 2019, n° C-25/18, Brain Andrew Kerr c/ Pavlo Postnov et Natalia Postnova ; CJUE, 19 nov. 2019, n° C-200/19, Ina-industrija nafte d.d. e.a.

[239] CJCE, 17 sept. 2002, n° C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS) ; Rev. crit. DIP. 2003. 668, note P. REMY-CORLAY ; Defrénois 2003. 254, obs.R. LIBCHABER ; JDI 2003. 668, note A. HUET

[240] *Culpa in contrahendo* signifie la faute dans la conclusion du contrat, elle comprend entre autres les ruptures de négociation précontractuelle. Sur l'appréhension de la *culpa in contrahendo* : V. P. LAGARDE, *La culpa in contrahendo* à la croisée des règlements communautaires, in Nouveaux instruments du droit international privé, Liber Fausto Pocar, Milan, Giuffrè, 2009, p. 583

[241] CJCE, 17 sept. 2002, n° C-334/00, Tacconi. Préc. ; Com. S. BOLLÉE, À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles, D., Étude 2161,2008 ; qui estime que cette qualification « n'est rien de plus qu'une tendance statistique ». ; V. aussi B. VOLDERS, Culpa in contrahendo, in the conflict of laws, A commentary on article 12 of the Rome II regulation, Yearbook of Private international Law 2007, p. 127

[242] CJCE, 8 mars 1988, n° 9/87, Arcado c. SA Haviland ; Rev. crit. DIP. 1988. 610, note H. GAUDEMETTALLON ; JDI 1989. 453, note A. HUET

[243] S. FRANCQ, « Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence. De la cohérence terminologique à la cohérence systémique en passant par la théorie générale », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ? Dalloz, 2009, p. 35 et s., spéc. p. 37 : « Il s'agit des

cœur de l'arrêt *Tessili*[244] qui affirme une intrication forte des deux textes sources de cette vision unitaire. En effet, l'arrêt rappelle que la détermination du juge compétent se déduit de la localisation de l'obligation litigieuse établie par la loi déterminée comme applicable. Cette intrication est alors vue par la doctrine comme l'une des raisons de l'établissement d'une vision moniste des qualifications par le législateur européen et elle-même soutenue par les juges du Luxembourg[245].

Vers une approche moniste de la qualification par le législateur. Au-delà de la jurisprudence, le législateur s'est positionné dans le sens de l'interprétation moniste, via les renvois à une *vue d'ensembles des textes*[246] . Cette attitude s'illustre lors de la rédaction du considérant n°7 des règlements Rome I et Rome II qui énonce que « *le champ d'application matériel et les dispositions du présent règlement devraient être cohérents par rapport au règlement (CE) n o 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [...] (Bruxelles I) [désormais règlement Bruxelles I bis] et au règlement (CE) no 864/2007 du Parlement et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)* »[247]. Les considérants de ce texte s'imposent alors comme les « *marqueurs* »[248]d'une volonté d'apprécier de manière globale la matière contractuelle et délictuelle en matière de conflit de juridictions et de loi. La doctrine tire de cette règle d'unicité que l'interprétation donnée au titre d'un texte se conçoit possiblement dans un autre, leur transposition étant « *mutatis mutandis* »[249]. À noter cependant qu'une partie de la doctrine

exclusions liées aux rapports de familles ou relations assimilées [...] ; aux régimes matrimoniaux ou régimes assimilés ayant des effets comparables au mariage et aux successions [...] ; aux lettres de change, billets à ordre et autres instruments négociables [...] ; au droit des sociétés [...] ; au trust ». p.40

[244] CJCE, 6 oct. 1976, n° 12/76, Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG ; Rev. crit. DIP. 1977. 761, note P. GOTHOT ET D. HOLLEAUX ; JDI 1977. 702, obs. J.-M. BISCHOFF ET A. HUET

[245] T. AZZI, « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.* 2009. 1621, no 5. « La règle de compétence juridictionnelle dépend ainsi étroitement de la règle de conflit de lois. Il paraît inconcevable que, dans un même raisonnement, la qualification contractuelle sous l'empire de laquelle est placée la première puisse être écartée au sujet de la seconde »

[246] M.MINOIS, Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, *op.cit*., p.220

[247] Si certaines mentions au règlement Bruxelles I bis ne sont pas inscrites au titre des règlements de Rome, il s'agit avant tout d'une question de contrainte calendaire.

[248] S. LEMAIRE, « La qualification », *op.cit.*, p. 35 et s, spéc. p. 43.

[249] En ce sens Loi applicable aux obligations contractuelles : matière civile et commerciale S. FRANCQ, « Règlement Rome I (obligations contractuelles) », *op.cit.,* p.12

estime que ces transpositions ne sont pas néanmoins automatiques[250] . La Cour de Justice de l'Union européenne semble s'appuyer sur ces travaux pour retenir une vision unitaire des qualifications. De son appréciation par les juges, il ressort que le considérant n°7 des règlements Rome I et II dispose d'une portée bien plus grande alors qu'il n'est qu'une ligne directrice non contraignante. L'existence de ce monisme étant appréciée, la qualification de la relation de soin se présente comme « *mutatis mutendis* » au titre des conflits de juridictions et de Loi.

L'approche moniste de la qualification appliquée à la définition du tourisme médical. L'intérêt d'une approche moniste des qualifications autonomes établies au titre des deux règlements, autorise une conception du tourisme médical sous une qualification unique, utile autant dans la résolution du conflit de juridictions que de lois. Au regard des qualifications établies par la jurisprudence de l'Union, l'acte principal constituant le tourisme médical, la relation de soin, se verrait qualifiée de contrat dont l'obligation caractéristique principale s'identifierait par la fourniture de service. Le règlement de Bruxelles rendu applicable et la qualification prévue par le règlement de Rome I étant équivalente, la poursuite d'une qualification de la relation de soin oriente la réflexion autour de l'article 7 1° du règlement de Bruxelles I bis.

Section II : Une qualification concordante avec la notion de prestation de service

Une fois établie l'existence de la qualification autonome au sein de l'Union et que celle-ci se trouve harmonisée dans le cadre des conflits de juridictions et de lois, il devient alors possible de déterminer la qualification applicable à la relation de soin. Qualifier la relation de soin au titre du règlement de Bruxelles I et des règlements Rome I et II nécessite une analyse approfondie de la notion de « *matière contractuelle* ». Cerner cette dernière apparait dans un premier temps doublement difficile. D'une part, sa mention au sein du règlement Bruxelles I existe sans pour autant lui être apposée une définition. D'autre part, au titre des règlements de Rome I et II, la « *matière contractuelle* » se voit même remplacée par la notion d'obligation contractuelle.

[250] V. not., J.-S. QUÉGUINER, obs. sous l'arrêt Kainz, ADUE 2014. 465 s. ; B. HAFTEL, Entre « Rome II » et « Bruxelles I » : l'interprétation communautaire uniforme du règlement « Rome I », *op.cit* p. 766 s. ; pour une synthèse des différentes thèses, S. LEMAIRE, « La qualification », *op.cit.*, p. 43

À cela s'ajoutent les problématiques autour de la traduction de la notion de matière contractuelle dans les langues officielles de l'Union[251]. Ainsi, le terme de « *matière contractuelle* » est traduit en allemand, par le terme de « *ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag* »[252] qui se traduit par « *un contrat ou une prétention portant sur le contrat* »[253], en anglais par le terme « *matters relating to a contract* » traduisible par « *matière relevant du contrat* ». L'ensemble de ces difficultés terminologiques rendait inéluctable un travail de précision des contours de la notion par le juge du Luxembourg, qui se voit fréquemment saisi de questions préjudicielles à ce titre. De ces imprécisions précitées et du fait que la relation de soin ne fait pas l'objet d'une jurisprudence particulière, la délimitation claire de la matière contractuelle et de sa contrepartie, l'obligation contractuelle, ressort comme un prérequis[254]. Pour effectuer cette tâche, les apports de la jurisprudence se présentent comme essentiels pour qualifier la relation de soin comprenant un élément d'extranéité. Il ressort alors de ces interprétations que la relation de soin se qualifie éventuellement en contrat (Sous-Section I), dont l'obligation contractuelle caractéristique est une obligation de faire, ce qui précise la qualification de la relation de soin comme une prestation de service (Sous-Section II).

Sous-Section I : Une relation de soin qualifiée de contrat

Une notion de contrat difficile à cerner. Pour qualifier la relation de soin au titre de la matière contractuelle et d'y voir la présence d'une obligation contractuelle, il paraît nécessaire de soulever que la doctrine a reconnu que la notion de matière contractuelle se « *cernait difficilement* » [255]. L'article 7. 1° sous a du règlement de Bruxelles I bis n'entreprend pas de créer une définition particulière de ce qui doit être entendu par matière contractuelle, et ne donne pas une définition spéciale de la notion de contrat. Le règlement Rome I présente les mêmes carences dans l'établissement de l'obligation contractuelle, critère de son applicabilité.

[251] J. KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozeßrecht 2005, sub Art. 5, no 75.

[252] Règl. (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, *op.cit.* ; Dans sa version allemande.

[253] Règl. (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 p. 1; dans sa version Anglaise.

[254] E. PATAUT, Définition du lien contractuel déterminant la compétence juridictionnelle au regard de la Convention de Bruxelles, Dalloz, 2000 p2 « *la maîtrise des qualifications est d'une importance bien évidemment considérable. La construction de qualifications autonomes par la Cour de justice est un très important élément du succès de la Convention de Bruxelles, puisque celle-ci parvient en imposant certaines qualifications à une harmonisation des droits nationaux qui n'est pas que de façade* ».

[255] M. MINOIS, Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, thèse, 2016, centre de droits des affaires et de gestions, *op.cit,* p.110

Par conséquent, la tâche qui incombe aux juges de la Cour de Justice s'avère substantielle pour établir une qualification harmonisée de la notion de contrat sans plus d'indication laissée par le législateur européen (Paragraphe I). Ce travail majeur permet pourtant de déterminer que la relation de soin se qualifie de contrat au sein du règlement Bruxelles I bis, et du règlement Rome I (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'apport substantiel de la jurisprudence de l'Union.

La notion de matière contractuelle et d'obligation contractuelle qui s'y rattache se peaufine perpétuellement au fil des renvois en interprétation réalisés par la CJUE. Néanmoins, les premières précisions données orientent vers une possible intégration de la relation de soin dans cette matière. Ces précisions sont de deux ordres, d'une part au titre du règlement Bruxelles I (A.) d'autre part du règlement Rome I (B.).

A. Les précisions rendues au titre du règlement Bruxelles I

L'arrêt *Jakob Handte*. L'interprétation de la notion de matière contractuelle par le juge de l'Union s'illustre particulière dans la jurisprudence *Jakob Handte*[256]. Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer sur l'application de l'article 7 du règlement de Bruxelles I dans le cadre de l'action du sous-acquéreur à l'encontre du fabricant « *en raison des défauts de la chose ou d'impropriété de celle-ci à l'usage auquel elle est destinée* ». Pour ce faire, elle rappela dans un premier temps le caractère autonome de sa qualification et reconnut une définition négative de la matière contractuelle en exposant que « *la notion de "matière contractuelle", au sens de l'article 5, point 1, de la convention, ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre* »[257]. La position de la jurisprudence informe donc sur le fait que cette matière porte sur les engagements

[256] CJCE, 17 juin 1992, n° C-26/91, Jakob Handte, *op.cit*, note H. GAUDEMET-TALLON, Clunet, 1993.469, OBS. BISCHOFF, JCP, 1992.II.21927, note LARROUMET, RTDE. 1992.709, note P. DE VAREILLES-SOMMIERES, JCP. 1992. éd. E. 363, note JOURDAIN, JCP 1992.II.21927, note LARROUMET, JCP. 1993.I.3644 obs. VINCEY et 3666, obs. BOUTARD-LABARDE, RTD Civ. 1993.131, obs. JOURDAIN, D. 1993. SC. 214, obs. KULLMAN. Sur l'ensemble de la question, V. GAUDEMET-TALLON, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, LGDJ, 2e éd., p. 108. note J.-M. BISCHOFF ; JCP G 1992. II. 21927, obs. CH. LARROUMET ; RTD eur. 1992. 712, note P. DE VAREILLES-SOMMIERES.

[257] CJCE, 17 juin 1992, n° C-26/91, Jakob Handte, *préc.*, pt. 15

librement assumés d'une partie envers une autre. La doctrine soulevait que son interprétation était inspirée[258] par les conclusions de l'avocat général[259]. Toutefois, la réception, à l'époque, de cette définition notamment par la doctrine française engendrait une forte critique. Notamment, au titre de la « *sècheresse* »[260] de l'interprétation ou de son caractère « *rudimentaire* »[261]. Néanmoins, la doctrine contemporaine soulève que par cette position souple, la définition donnée permet de résoudre les conflits de juridictions et de loi et uniquement ces conflits. Celle-ci n'a pas pour objectif de définir plus en avant les actes, ce qui représenterait un risque d'insécurité juridique.[262] L'arrêt *Jakob Handte* recentre la matière contractuelle à la notion de contrat, vu dans version lz plus synthétique, comme un accord de volonté. Ce plus petit dénominateur commun, l'accord de volonté, renvoie aux propos de M. ANCEL sur le fait que les divergences conceptuelles entre États membres de l'Union sur la notion de contrat ne constituent pas un frein à la mise en œuvre d'une définition minimale de ce dernier[263]. La qualification jurisprudentielle du contrat comme un accord mutuel de volontés, producteur d'obligations se trouve pérennisée, et aucune remise en cause de la notion de matière contractuelle donnée dans l'affaire *Handte* n'est depuis envisagée.

[258] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, ibid.*, p. 148

[259] Conclusions de l'avocat général Jacob sous CJCE, 17 juin 1992, Jakob Handte, préc., pt. 16 qui énonce La « *responsabilité contractuelle* » est le fruit « *de l'inexécution d'une obligation dont une personne est débitrice à l'égard d'une autre en vertu d'un accord qu'elles ont librement conclu. Quant à la responsabilité délictuelle, elle peut être définie comme la responsabilité civile découlant de l'inexécution d'une obligation imposée par la loi indépendamment de tout accord entre les parties, par exemple, l'obligation de prudence qui incombe au conducteur d'un véhicule automobile. »*

[260] J. KULLMANN; Rev. crit, DIP, 1992, 726.

[261] H. BORN, M. FALLON, J.-L. VAN BOXSTAEL, Droit judiciaire international chronique de jurisprudence 1991-1998, in Les dossiers du journal des tribunaux, Larcier, 2001, no 28, spéc. p. 86, no 50, p. 215

[262] M. MINOIS, « Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, *op.cit* p. 149. ; *« Le droit international privé impose de définir des catégories suffisamment souples et descriptives, sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans le détail de précisions spécifiques au droit interne, parfaitement inutiles et potentiellement néfastes pour la résolution du litige international »*

[263] Intervention de B. ANCEL à la suite de la communication de M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les lettres d'intention en droit international privé », TCFDIP 1994. 125, spéc. p. 150 *« il n'y a pas de conceptions qui, même avec l'Angleterre et même avec l'Allemagne, soient absolument irréductibles entre elles. Les contrats servent à la même chose, à réaliser les mêmes opérations. Il n'y a pas de discordances énormes »*

La reprise littérale des principes de *Jakob Handte* Les arrêts *INA-INDUSTRIJA NAFTE d.d. e.a*[264], *Ordre des avocats du barreau de Dinant*[265], *Saale Kareda*[266] en attestent, par une reprise littérale du considérant de l'arrêt *Handte*. Ces réemplois du considérant de l'arrêt *Jakob Handte* s'utilisent alors pour la qualification d'actes bien différents. Dans l'arrêt *INA-INDUSTRIJA NAFTE d.d. e.a,* l'interprétation de la matière contractuelle portait sur la nature de l'obligation contractuelle fondée sur une obligation légale. Dans l'arrêt *Ordre des avocats du barreau de Dinant*, il s'agissait d'interpréter la nature contractuelle de l'obligation de paiement de la cotisation à l'ordre. Enfin, dans l'arrêt *Saale Kareda*, il s'agissait de déterminer la nature de l'action récursoire du codébiteur d'un contrat de crédit. Ces jurisprudences témoignent de la polyvalence de l'arrêt *Handte* dans la mise en œuvre d'une interprétation de la matière contractuelle au cas par cas. Toutefois, la doctrine souligne que la notion de matière contractuelle dépasse la notion de contrat et s'étend aux engagements unilatéraux[267], ce que la jurisprudence de l'Union tend à confirmer avec les arrêts *Effer*[268] *et Engler*[269]. En effet, ceux-ci considèrent que les promesses de gains établies dans des campagnes publicitaires pour des ventes par correspondance rentrent dans la matière contractuelle. La notion large de matière contractuelle et la qualification du contrat en simple accord de volonté constituent alors un terrain propice à la qualification de la relation de soin.

B. Les précisions rendues au titre du règlement Rome I.

Les apports jurisprudentiels de l'interprétation de l'obligation contractuelle. La jurisprudence au titre du conflit de juridictions s'avère riche mais les précisions quant à la conception autonome de la notion d'obligation contractuelle apparaissent plus parcellaires. En effet, l'appréciation de l'obligation contractuelle se fonde généralement sur les interprétations réalisées au titre du règlement Bruxelles I[270] du fait de l'harmonisation des qualifications[271] avec celle retenue lors du conflit de juridictions. L'arrêt *ERGO*[272] entérine en ce sens

[264] CJUE, 19 nov. 2019, n° C-200/19, Ina-industrija nafte d.d. e.a., préc.
[265] CJUE, 5 déc. 2019, ° C-421/18, Ordre des avocats du barreau de Dinant, nConcl.
, préc.
[266] CJUE, 15 juin 2017, n° C-249/16, Saale Kareda,
[267] S. FRANCQ, « Règlement Rome I (obligations contractuelles) », *op.cit*, p. 19
[268] CJCE, 4 mars1982, n° 38/81, Effer,
[269] CJCE, 20 janv. 2005, n° C-27/02, Engler, ; CJCE, 14 mai 2009, n° C-180/06, Ilsinger,
[270] *Supra p.58, les apports jurisprudentiels du règlement*
[271] *Supra p.51,*
[272] CJUE, 21 janv. 2016, n° C-359/14, n° C-475/14, ERGO Insurance et Gjensidige Baltic.

l'interprétation autonome de l'obligation contractuelle. Dans un parallélisme de forme bienvenue, le motif 44 de l'arrêt expose que l'obligation contractuelle « *désigne une obligation juridiquement consentie par une personnes à l'égard d'une autre* ». Par conséquent, le contrat constitue « *un engagement librement assumé* » au sens du règlement Bruxelles I, dont l'obligation du contrat doit être « *librement consenti* ». Malgré sa richesse, les apports jurisprudentiels restaient parcellaires et d'une généralité peu utile à la distinction. Toutefois, la position de l'arrêt *Ergo* entrelace les deux qualifications du règlement de Bruxelles et de Rome I, de manière que retenir une qualification contractuelle de l'acte dans l'un, permet la reconnaissance de la même qualification dans l'autre. En effet la doctrine a relevé fréquemment que l'arrêt Ergo marque la recherche d'une harmonisation des qualifications par les juges européens[273]. Toutefois, l'interprétation de la notion d'obligation contractuelle interroge au titre des obligations qui trouvent leur origine dans la loi et qui ne constituent pas à proprement parler un acte librement consenti. Or une telle précision reste essentielle au titre de la relation de soin, dont la majorité des obligations se fonde sur une obligation légale préétablie[274]. Pour s'affranchir de ces problématiques, le renvoi à l'interprétation du règlement Bruxelles I devient nécessaire. En effet, les interprétations jurisprudentielles récentes portant sur son application ajoutèrent les dernières précisions sur la notion d'obligation contractuelle.

Les apports jurisprudentiels du règlement Bruxelles 1 sur la notion d'obligation contractuelle. La Cour de Justice retient une conception particulière de cette obligation, que les arrêts au titre du règlement Bruxelles I précisent. L'arrêt *Kerr*[275] ajoute des précisions au titre de l'application l'article 7 point 1 sous a du règlement Bruxelles I bis. Dans cette affaire, le questionnement portait sur la détermination de la nature contractuelle de l'obligation de paiement de la contribution annuelle d'un syndic, alors que cette obligation découle d'un régime spécialement institué par la Loi. La Cour confirma cette approche. L'arrêt soutient en effet l'existence d'un contrat par la présence « *d'une obligation librement consentie* ». Le consentement n'est pas entendu de manière restrictive, l'existence d'une disposition légale encadrant l'existence d'une obligation ne sous-entend pas que ladite obligation est imposée aux

[273] J-S BERGE, D. PORCHERIN, G VIEIRA DA COSTA CERQUEITA, « Le juge du droit international privé européen, répertoire de droit international », Répertoire Dalloz, 2017, n°78

[274] En ce sens, sur l'obligation d'information, CSP, art. L 1111-2, Modifié par LOI n°2016-41 du 26 janvier 2016 sur le secret médical ; CSP, art. L1110-4 institué par la Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 3, JORF 5 mars 2002.

[275] CJUE 8 mai 2019, n° C-25/18, Brain Andrew Kerr c/ Pavlo Postnov et Natalia Postnova, préc.

parties. Face à la jurisprudence antérieure à cet arrêt,[276] la doctrine expose que la position de la Cour de cassation s'aligne sur ces positions européennes[277]. La jurisprudence *Kerr* présente une relative constance, en atteste sa dernière itération dans l'arrêt *INA-INDUSTRIJA NAFTE d.d. e.a*[278] qui précise que l' *« inexécution des obligations financières imposées par la loi nationale aux copropriétaires d'un immeuble doit être regardée comme relevant de la notion de "matière contractuelle", au sens de l'article 7, point 1, sous a), de ce règlement.* ». Ceci illustre que la notion d'obligation contractuelle qui conditionne l'application du règlement Rome I soit fréquemment précisée au titre de l'interprétation du règlement Bruxelles. L'existence d'une obligation librement consentie et d'un engagement librement assumé s'apparente donc aux clés de voute de la qualification d'un acte en contrat, reste à savoir si la relation de soin s'inscrit dans cette qualification.

Paragraphe II : La réunion des éléments caractéristiques du contrat dans la relation de soin

La relation de soin qualifiée de contrat. Qualifier la relation de soin s'apparente à un travail complexe tant la notion de contrat s'adapte au cas d'espèce via les saisines successives en interprétation. À défaut, la qualification de la relation médicale ne se fonde que sur la définition du contrat établie par les juges de l'Union. Il en revient alors à savoir si la relation de soin constitue *« un engagement librement assumé d'une partie envers une autre »*. À cette occasion, les éléments caractéristiques de la relation de soin et notamment les obligations qui pèsent sur le médecin nécessitent un approfondissement. L'analyse de l'article7. 1. sous a. du règlement Bruxelles I prévoit en ce sens que le médecin s'inscrit en débiteur d'une obligation de réaliser un acte de diagnostic ou de soin envers le patient. Cette obligation afférente au médecin s'intègre directement dans la tradition de l'arrêt Mercier[279] . Une telle obligation illustre l'existence d'un engagement libre entre les parties.

[276] CJUE, 14 mar. 2013, n° C-419/11, Česká spořitelna, pt. 47 ; CJUE, 18 juill. 2013, n° C-147/12, ÖFAB, pt. 33 ; CJUE, 21 avr. 2016, n° C-572/14, Austro-Mechana, pt. 36

[277] A. MARMISSE-D'ABBADIE d'ARRAST, « Notion de matière contractuelle, article 7 point 1 sous a) du règlement (UE n°1225-2012) », Rtd. com, D., 2019. 996.

[278] CJUE, 19 nov. 2019, n° C-200/19, Ina-industrija nafte d.d. e.a., préc.

[279] Cass. Civ. 20 mai 1936, DP 1936. 1. 88,; RTD civ. 1936. 691, obs. R. DEMOGUE ; GAJC, 12e éd., 2008, n° 162-163 « *Mais attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a*

L'absence d'obligation de payer le prix. Concernant une éventuelle obligation de payer le prix pour le patient, la jurisprudence de l'Union n'inscrit pas le caractère pécunier de la relation comme un élément constitutif du contrat. En outre, la jurisprudence ayant inscrit les engagements unilatéraux dans la matière contractuelle[280], l'existence d'une contrepartie financière à l'engagement s'en trouve exclu. Par conséquent, le fait que la prise en charge pécuniaire de la relation de soin soit effectuée par un tiers à la relation ne constitue pas un élément excluant une qualification contractuelle. Une telle position, sans remettre en cause la position française, remet en cause la définition de contrat établie dans certains États membres. En effet en Angleterre, l'existence d'une contrepartie financière, une *considération,* reste un élément conditionnant la reconnaissance d'un contrat. Ainsi, par le fait que patient et médecin s'engagent dans un accord mutuel de volonté en vue de la réalisation d'un acte de soin et de diagnostic, permet de présumer que la cour interprètera la relation de soin en contrat. Toutefois pour analyser les effets d'une telle qualification au titre de la procédure applicable, il est nécessaire d'apporter une précision sur la nature contractuelle de l'obligation. Or la relation de soin et les obligations qui en découlent trouvent leur source de manière classique dans la Loi, qui établit une série de règles pour assurer l'équilibre entre les parties. Toutefois, les jurisprudences *Kerr* et *INA-INDUSTRIJA NAFTE d.d. e.a*[281] disposent que des obligations contractuelles qui « *trouvent leur source* » dans la loi rentrent dans ce champ.

Sous-Section II Une relation de soin entendue comme un service

L'établissement de la relation d'un contrat ne suffit pas pour déterminer le régime applicable en droit international privé de l'Union. En effet, les règles prévues à l'article 7.1 du règlement Bruxelles I bis et les règles prévues au titre de l'article du règlement Rome I développent un

d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que parait l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle ; que l'action civile, qui réalise une telle responsabilité, ayant ainsi une source distincte du fait constitutif d'une infraction à la loi pénale et puisant son origine dans la convention préexistante, échappe à la prescription triennale de l'art. 638 du code d'instruction criminelle ; ».

[280] CJCE, 4 mars1982, n° 38/81, Effer, préc. *; CJCE, 20 janv. 2005, n° C-27/02,* Engler, *préc. ; CJCE, 14 mai 2009, n° C-180/06,* Ilsinger, *préc.*

[281] CJUE 8 mai 2019, n° C-25/18, Brain Andrew Kerr c/ Pavlo Postnov et Natalia Postnova, préc. ; CJUE, 19 nov. 2019, n° C-200/19, Ina-industrija nafte d.d. e.a., préc.

régime fondé sur la nature de l'obligation caractéristique du contrat. En ce sens, des règles spécifiques s'établissent au titre des prestations de service bien distinctes de celles prévues dans le cadre, à titre d'exemple, de la vente. Pour déterminer si la relation de soin constitue un service, une analyse de la notion de service s'avère judicieuse. Par cette analyse du règlement Bruxelles I bis (Paragraphe I), et du règlement Rome I (Paragraphe II), l'obligation caractéristique de la relation de soin se présente comme une obligation de faire ou de ne pas faire, source au titre de ces règlements d'une qualification en contrat de prestation de service.

Paragraphe I : La notion de fourniture de service au sens du règlement de Bruxelles.

Une notion précisée par l'arrêt Falco. Si la question de l'appréciation moniste ou harmonisée de la matière contractuelle entre les règlements de Bruxelles et de Rome, autorise un traitement conjoint de la qualification de la relation de soin, alors, la question de l'analyse de l'existence d'un service nécessite pour sa part une déclinaison. À ce titre, concernant le règlement de Bruxelles I, comme pour la définition de la nature contractuelle, le législateur eut à cœur dans la détermination de la notion de prestation de service d'être le plus concis possible. Cette position rappelle celle prise précédemment et consacre encore une fois le rôle essentiel de l'interprétation de la Cour Le juge, fort de sa fonction, le souligne à nouveau notamment dans l'arrêt *Falco Privatstiftung et Rabitsch* [282] et en profite également, au titre de cette jurisprudence, pour établir une autonomie qualificative de la notion de service avec celle prévue au titre du TFUE notamment sur la libre circulation des services[283], ce qui ne manquait pas d'être salué par certains membres de la doctrine,[284] mais qui soulignaient dans le même temps le caractère minimal de la définition[285].

[282] CJCE, 23 avril 2009, n° C-533/07, Falco Privatstiftung et Rabitsch, pt. 19 : *« D'emblée, il y a lieu de constater que le libellé de l'article 5, point 1, sous b), second tiret, du règlement no 44/2001 ne permet pas, à lui seul, de répondre à la question posée dès lors que cette disposition ne définit pas la notion de contrat de fourniture de services. ».*

[283] CJCE, 23 avril 2009, n° C-533/07, Falco Privatstiftung et Rabitsch, préc., pt. 50 : *« En premier lieu, aucun élément tiré de l'économie ou du système du règlement no 44/2001 n'exige d'interpréter la notion de "fourniture de services" figurant à l'article 5, point 1, sous b), second tiret, dudit règlement, à l'aune des solutions dégagées par la Cour en matière de libre prestation de services au sens de l'article 50 CE* ».

[284]C. NOURISSAT, La fourniture de services n'est pas la prestation de services, Procédures, comm, Lexisnexis, 2009.

[285] S. FRANCQ, « Règlement Rome I (obligations contractuelles) », *op.cit*, p. 53

La jurisprudence *Saale Kareda*. Dans les différentes jurisprudences suivant l'arrêt *Falco* et portant sur la notion de *« fourniture de service »*[286], l'arrêt *Saale Kareda*[287] marque la dernière itération d'une jurisprudence constante[288] sur la définition de la notion. Deux éléments conditionnent ainsi sa reconnaissance. D'une part, il faut une « *activité déterminée* » et d'autre part qu'elle soit faite « *en contrepartie d'une rémunération »*[289]. Concernant « *l'activité déterminée »,* il s'avère que la jurisprudence définit la notion comme la négative de la vente de marchandises. L'aspect translatif de propriété est au cœur de son analyse pour qualifier l'acte de fourniture de services. À cet effet, l'arrêt *Corman-Collins*[290] fait la démonstration du rôle du juge dans l'établissement d'une telle qualification pour les contrats de concession. Le juge retenait qu'un distributeur de whisky fournissait un service plus qu'il ne réalisait des contrats de vente successifs. La doctrine ne manqua pas de saluer l'apport de cet arrêt pour distinguer vente et fourniture de services[291]. Concernant « *la rémunération »,* la jurisprudence[292] a développé une position extensive de la notion. La rémunération s'entend également comme tout élément apportant « *une valeur économique procurée par le contrat* »[293]. Enfin, concernant la qualification de la relation de soin, l'absence d'élément translatif de propriété permet de déduire que la relation de soin s'entend comme une fourniture de service, l'aspect pécunier d'un tel acte lui, n'est pas non plus remis en question, car le contrat procure une valeur économique au médecin. Une fois la relation de soin établie comme un contrat portant sur une fourniture de services, il convient de voir qu'une telle qualification est retenue également au titre du règlement Rome I.

Paragraphe II : La notion de prestation au sens du règlement Rome I

[286] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, Art. 7.1.b
[287] CJUE, 15 juin 2017, n° C-249/16, Saale Kareda, préc.
[288] CJUE, 14 juillet 2016, n° C-196/15, Granarolo ; CJUE, 19 décembre 2013, n° C-9/12, Corman-Collins SA c/ La Maison du Whisky SA. ; CJCE, 23 avril 2009, n° C-533/07, Falco Privatstiftung et Rabitsch, préc.,
[289] CJUE, 15 juin 2016, n° C-249/16, Saale kareda, préc., pt. 35
[290] CJUE, 19 décembre 2013, n° C-9/12, Corman-Collins SA c/ La Maison du Whisky SA, préc.
[291] P. BERLIOZ, Le contrat de concession est un contrat de fourniture de services au sens du règlement Bruxelles, JCP, n° 6, Lexisnexis,, 2014, 180.
[292] CJUE, 19 décembre 2013, n° C-9/12, Corman-Collins SA c/ La Maison du Whisky SA, préc.
[293] P. BERLIOZ, Le contrat de concession est un contrat de fourniture de services au sens du règlement Bruxelles, *ibid.*

L'exclusion partielle d'une qualification moniste avec celle du règlement de Bruxelles. Face à la question cruciale de l'interprétation de la notion des services au sens du règlement Rome I, le législateur a opté pour une attitude moniste via le renvoi dans le considérant 17 aux définitions établies dans le règlement de Bruxelles I. En effet le règlement dispose que « *s'agissant de la loi applicable à défaut de choix, les notions de "prestation de services" et de "vente de biens" devraient recevoir la même interprétation que celle retenue pour l'application de l'article 5 du règlement (CE) no 44/2001, dans la mesure où ce dernier couvre la vente de biens et la fourniture de services. Les contrats de franchise ou de distribution, bien qu'ils soient des contrats de services, font l'objet de règles particulier* ». Toutefois, l'emploi de l'imparfait sur ce considérant limite cette volonté harmonisatrice, et laisse une marge de manœuvre au juge de la Cour de Justice. Malgré l'invitation faite par le législateur d'harmoniser l'appréciation de la notion de fourniture de services diverge en fonction de la qualification de l'acte dans les deux règlements. L'arrêt *Falco*[294] l'illustre. En effet, malgré les demandes de l'avocat général en faveur « *d'une interprétation uniforme du règlement no 44/2001 et du règlement Rome I* »[295], les juges ont retenu pour leur part un cloisonnement des interprétations, ce qui ne manqua pas de faire qualifier sa position par la doctrine, « *de frileuse* »[296]. Cette frilosité critiquée se retrouve finalement dans le point 33 de l'arrêt « *cette analyse ne saurait être remise en cause par des arguments tirés de l'interprétation de la notion de "services" au sens de l'article 50 CE ou des instruments de droit communautaire dérivé autres que le règlement no 44/2001 ou encore de l'économie et du système de l'article 5, point 1, de ce règlement* ».

L'absence de conséquence sur la qualification de la relation de soin. Toutefois les divergences interprétatives critiquées par l'avocat général et par une partie de la doctrine[297] dans l'arrêt *Falco,* ne semblent pas affecter la relation de soin. Qu'importe la définition retenue par le règlement de Bruxelles I ou le règlement Rome I, dans les deux cas la relation sera considérée comme une prestation de services. Les règlements au titre du conflit de juridictions et du conflit de lois abordent de manière similaire de la notion comme la mise en œuvre d'une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération. Cependant, les logiques des deux règles

[294] CJCE, 23 avril 2009, n° C-533/07, Falco Privatstiftung et Rabitsch, préc. pt. 54.

[295] Conclusions de l'avocat général Trstenjak sous CJCE, 23 avril 2009, n° C-533/07, Falco Privatstiftung et Rabitsch, préc., n° 67 et s

[296] M. MINOIS, « Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, *op.cit.,* p. 231

[297] S. FRANCQ, « Règlement Rome I (obligations contractuelles) » *op.cit.,* p.12 : « L'acquis interprétatif lié à la Convention de Bruxelles est en quelque sorte importé dans le règlement Rome I ».

présentent des divergences[298]. L'arrêt *Falco,* souligne que l'article 7. 1. sous b du règlement de Bruxelles sur la notion de prestation, doit être entendue de manière restrictive au sens de la définition qu'il établit. Au contraire, l'arrêt développe que le règlement Rome I, quant à lui, aborde la notion de services de manière extensive. Actuellement, aucune jurisprudence ne décrit et de doctrine ne prédit, lequel des deux textes primera en cas de divergence. Une double qualification antagoniste entre les deux règlements ne s'envisage pas sauf à remettre en cause le considérant 17 du règlement Rome I[299] qui fait primer sur les divergences une volonté harmonisatrice, preuve pour la doctrine d'une certaine forme de monisme qualificatif[300]. Au titre de la relation de soin, la définition restrictive de la prestation de services concorde avec l'activité qui constitue la pratique médicale, c'est-à-dire une activité ayant pour finalité la réalisation d'actes de préventions, de diagnostics et de soins. Au sens des deux règlements, la relation de soin se considérerait comme un contrat de prestation de services réalisé entre un professionnel de santé et un patient. Enfin, il semblerait qu'au titre de la définition de la matière contractuelle et de ses éléments, il est concevable d'apercevoir la réalité d'un rapport de nature contractuelle, entre les différents participants de la relation de soin. Néanmoins, au vu des effets d'une telle qualification sur la résolution des conflits de lois et de juridictions, il convient d'analyser, pour l'exclure, la matière délictuelle. Car, les hésitations dans l'établissement d'une qualification entre matière délictuelle et contractuelle se trouvent également en droit interne. En témoigne, la question de la nature contractuelle ou délictuelle de la relation de soin, qui malgré les précisions données par l'arrêt Mercier[301], ne constituent pas pour une partie de la doctrine une preuve irréfutable du caractère contractuel de la relation[302].

---

[298] P. BERLIOZ, « La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1, b, du règlement « Bruxelles I » », JDI, 2008, P. 675.

[299] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Consid. 17 : *« S'agissant de la loi applicable à défaut de choix, les notions de « prestation de services » et de « vente de biens » devraient recevoir la même interprétation que celle retenue pour l'application de l'article 5 du règlement (CE) no 44/2001,dans la mesure où ce dernier couvre la vente de biens et la fourniture de services. Les contrats de franchise ou de distribution, bien qu'ils soient des contrats de services, font l'objet de règles particulières. »*

[300] Cass. Civ. 20 mai 1936, préc.

[301] Cass. Civ. 20 mai 1936, préc.

[302] F. VIALLA, P. VERON, « Qualification juridique du « colloque singulier » : faut-il en finir avec le contrat ? », *Mélangues en l'honneur de Pr. P. MOLINARI,* Thémis, Montreal, 2018 p.9

Chapitre II : Une qualification délictuelle inadaptée de la relation de soin

La qualification contractuelle par son étendue démontre son caractère dominant au sens qu'elle dispose d'une concordance accrue avec les interprétations données par la Cour de justice. L'absence d'une interprétation casuistique par la cour de justice de la notion de relation de soin entreprise dans le cadre d'un tourisme médical freine pourtant l'établissement de la qualification. Ce qui impose l'étude préalable d'une approche délictuelle de la relation. En outre, apprécier la qualification d'un acte au sens des règlements européens de droit international privé ne se réalise que par une étude fonctionnelle[303] des effets d'une telle interprétation. Cette approche se fonde sur le glissement contemporain d'une logique répartitrice à une règle régulatrice du droit international[304]. Le législateur européen établit et la cour de justice précise la règle de conflit en considération du contexte juridique et des finalités du droit de l'Union européenne. Cette étude fonctionnelle de l'interprétation permet donc de distinguer le régime le plus susceptible d'être appliqué par la Cour de justice de l'Union européenne au vu de l'emploi régulier de la technique du rattachement[305]. Cette dernière ouvre l'argumentation sur la qualification d'un acte en fonction de sa finalité. Son emploi, par sa pertinence, n'engendrera pas uniquement une étude sur la possibilité d'un rattachement délictuel, mais conduira également à l'étude de la qualification consumériste de la relation de soin[306]. Aux précisions apportées par la jurisprudence européenne et par l'application de la technique de rattachement, l'interprétation de la qualification délictuelle et l'étude de ses conséquences éclairent sur deux freins majeurs. Ces derniers contribuent alors à rejeter la qualification délictuelle de la relation de soin au titre du règlement de Bruxelles, et du règlement Rome II. Le premier frein qui empêche une telle qualification revient à la structure même du règlement qui présente la responsabilité délictuelle comme subsidiaire à la qualification

[303] En ce sens : B. AUDIT, « Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul », RIDC 1998. 421 s., spéc. p. 424 ; M.-PH. WELLER, Les rattachements dans les conflits de lois, in M. FALLON, P. LARGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO [dir.], *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé, 2009,* DALLOZ p. 327 s.

[304] Dur le caractère fonctionnel de la règle de conflit, B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », RCADI 1984-III, t. 186, p. 229 s. ; H. MUIR-WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois,* thèse, Paris, 1985

[305] *infra p. 94*

[306] *infra p.166*

contractuelle et dont les éléments caractéristiques établis ne concordent pas avec la notion de relation de soin (Section I). Dans un second temps, le deuxième frein à retenir à une qualification délictuelle, malgré les avantages qu'elle procure au titre de la protection du patient, intervient par une incohérence qualificative majeure. (Section II).

Section I : Une qualification délictuelle subsidiaire

Tout comme en matière contractuelle, la délimitation de la matière délictuelle au sens du règlement Bruxelles I et du règlement Rome I, trouve sa substance dans le travail de précision entrepris par les juges de la Cour de Justice. Quand ces derniers se trouvent saisis par renvoi en interprétation préjudicielle. Par leur impériosité établie face au juge du fond[307], ces interprétations sources de l'émergence d'une « *lex europae* » incomplète, détermine si un acte doit être inclu ou exclu de la « matière délictuelle ». En d'autres termes, il revient à déterminer le champ d'application de l'article 7 du règlement de Bruxelles I bis et sa capacité à intègrer l'acte étudié en vertu de son premier alinéa, sur la matière contractuelle, ou en vertu de son second sur la matière délictuelle. Et si le règlement Rome I sur l'obligation contractuelle tend à s'appliquer ou s'il s'agit davantage du règlement Rome II sur les obligations non contractuelles. En ce sens, les interprétations de la Cour de justice de l'Union dans l'arrêt *Kalfelis*[308], et les arrêts à sa suite qui délimitent la matière contractuelle exposent en filagramme que la qualification délictuelle d'un acte suppose la réunion de deux conditions. L'une négative, la qualification délictuelle ne se réalise quand l'absence d'un rapport contractuel établi (Sous-Section I). L'autre positive, la qualification délictuelle nécessite l'engagement par le demandeur de la responsabilité du défendeur (Sous-Section II).

Sous-Section I : Une qualification subordonnée à l'absence d'un contrat

Le travail de qualification des actes à caractère délictuel fut entrepris de manière autonome par la Cour de justice par le déploiement d'une série de jurisprudences au titre du conflit de juridictions, et du conflit de lois. Les juges furent confrontés à plusieurs problèmes, d'une part, la difficile distinction entre la matière délictuelle et contractuelle qui intervient autant dans la

[307] *supra*, p. 44
[308] CJCE, 27 sept. 1988, n°189/87, Athanasios Kalfelis contre Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie, et autres.

qualification des actes en droit interne qu'en droit de l'Union, et d'autre part, la problématique du potentiel cumul des qualifications de certains États membres. Ils conditionnèrent alors l'emploi des règles de conflit délictuelles à plusieurs prérequis à l'occasion de l'interprétation du règlement Bruxelles I sur la résolution des conflits de juridictions (Paragraphe I). Pour la question de la concordance des qualifications au titre du conflit de lois, le renvoi à l'harmonisation des règlements Rome I et II permet de retenir le même conditionnement (Paragraphe II).

Paragraphe I : Une qualification doublement conditionnée au sens du règlement Bruxelles I bis

La Cour de justice de l'Union européenne a dû au fil de ses interprétations, assurer une cohérence dans l'emploi des qualifications délictuelles et contractuelles au titre du règlement de Bruxelles I et à sa suite du règlement Bruxelles I bis. Cette cohérence s'illustre doublement. D'une part, la question du cumul des qualifications qui semble en droit interne français écarté, s'avère centrale tant certains États membres retiennent la possibilité d'un tel cumul. Répondre à cette interrogation n'apparaît pas si simple à la lecture de la position du législateur européen sur la question. En effet, dans le cadre de l'interprétation cumulative possible des premièrement et deuxièmement de l'article 7, la présence même des deux matières au sein du même article laisse planer un doute certain sur la question du cumul des actions délictuelles et contractuelles. Il revint alors à la jurisprudence d'apprécier l'aspect cumulatif, alternatif ou exclusif des matières prévues dans l'article 7 (A.). Toutefois, au-delà de la question du non-cumul, la Cour de justice instaure un principe de subsidiarité de l'emploi de la qualification délictuelle. (B.)

A. Le rejet du cumul des responsabilités

La difficile appréciation des contours incertains de la matière délictuelle. Au même titre qu'en matière contractuelle et par un certain *impressionnisme juridique*[309], le législateur a opté pour la qualification délictuelle. C'est-à-dire, qu'il laisse le soin, au juge de la Cour de justice de délimiter les contours de la matière au fil de ses avis et de ses arrêts. Ce travail réalisé soulève une série de complexités inhérentes à l'appréhension de la « *zone grise* »[310] existante entre la

[309] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, *op.cit.*, p. 152
[310] Cass. com., 6 févr. 2007, note J-S. BORGHETTI, RDC 2007,731, spéc. p. 733

matière contractuelle et délictuelle. Ces contours incertains questionnent même en droit interne, comme le démontre le débat[311] sur l'aspect délictuel au titre des actions pauliennes[312] jusqu'à la prise de position de la Cour de cassation dans son arrêt du 6 décembre 2007[313]. Mais encore, la rupture brutale d'une relation commerciale établie, inscrite à l'article L. 442-6. I. 5. du Code de commerce[314]. Dans le domaine de la santé, la question de la qualification de la relation de soin se présenta comme tout aussi centrale. Or, le droit interne des États n'illustre pas une vision commune des actes entrant dans la matière délictuelle, du fait de l'absence d'uniformisation des interactions des deux matières au sein de l'Union. Ceci impose l'établissement d'un éclaircissement des interactions entre les matières par la Cour de Justice[315]. En effet, certains États membres disposent d'un régime non cumulatif de responsabilité. En France, l'action délictuelle s'efface si les éléments de la responsabilité contractuelle sont réunis[316] et inversement. Toutefois, dans d'autres États, les deux actions se cumulent, les juges nationaux

[311] Pour des exemples de qualification contractuelle en droit interne et en droit international privé : CA Pau, 16 déc. 2010, no 10/18709 ; CA Paris, 16 déc. 2010, no 10/18709 ; CA Versailles, 10 déc. 2009, no 09/03705 ; Cass. civ. 1re, 6 mars 2007, no 06-10946, D. 2007. AJ. 951, obs. É. CHEVRIER ; Cass. civ. 1re, 22 oct. 2008, D. 2009. 200, note F. JAULT-SESEKE ; JCP G 2008. II. 10187, note L. D'AVOUT.
Pour des exemples de qualification délictuelle en droit interne et en droit international privé : Cass. civ. 2e, 6 oct. 2005, D. 2005. AJ. 2677, obs. É CHAVRIER ; CCC 2006, comm. 43, note M. MALAURIE-VIGNAL ; Cass. com., 18 janv. 2011, no 10-11885, D. 2011. 366, obs. X. DELPECH ; RDC 2011. 941, NOTE E. TREPPOZ ; JCP E 2011. 1179, note D. DE LAMMERVILLE ET N. AYNES ; Cass. com., 13 déc. 2011, no 11-12024 en application de la convention de Lugano ; Cass. com., 21 oct. 2008, no 07-12336, CCC 2009, comm. 8, obs. N. MATHEY ; RDC 2009. 197, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; Cass. com., 25 mars 2014, Guerlain, Rev. crit. DIP. 2014. 823, note O. BOSKOVIC ; D. 2014. 1250, note F. JAULT-SESEKE ; D. 2014. 1967, obs. S. BOLLEE ; D. 2015. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON; JCP G 2014. 619, note D. BUREAU ; RTD civ. 2014. 656, note H. BAREGLEMENT BRUXELLES Ier ; RTD civ. 2014. 848, note L. USUNIER ; Cass. com., 20 mai 2014, Rev. crit. DIP. 2014. 832, note O. BOSKOVIC ; D. 2014. 2488, note N. DORANDEU ; D. 2015. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON; AJCA 2014. 242, note A.-M. LUCIANI.
[312] En ce sens arrêt, CJCE, n° C-261/90, 26 mars 1992, Mario Reichert c. Dresdner Bank AG, (Reichert II), spéc. pt. 19, JDI 1993. 461, note A. HUET ; Rev. crit. DIP. 1992. 714, note B. ANCEL
[313] Cass. com., 6 févr. 2007, no 04-12178, D. 2007. 653, Obs. E. CHEVRIER ; Rdc 2007. 653, Note J.-S. BORGHETTI ; JCP G 2007. II. 10108, NOTE F. MARMOZ
[314] À ce titre l'arrêt Cass. com., 6 févr. 2007, no 04-12178, D. 2007. 653, obs. E. Chevrier ; RDC 2007. 653, note J.-S. BORGHETTI ; JCP G 2007. II. 10108, note F. MARMOZ. A mis fin à cette imprécision en optant explicitement pour une qualification délictuelle.
[315] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations , op.cit.*, p. 152
[316] V. not. Civ. 11 janv. 1922, GAJC, 12e éd. 2008, n° 181 ; Civ. 2e, 26 mai 1992, Bull. civ. II, n° 154 ; RTD civ. 1992. 766, obs. P. JOURDAIN, rappelé dans l'arrêt Civ. 1re, 28 juin 2012, FS-P+B+I, n° 10-28.492

néerlandais[317] allemand[318] ou anglais[319] accordent en ce sens une option pour le requérant entre les deux régimes[320].

La distinction des deux matières par l'arrêt *Kalfelis*. Face à ces divergences, la jurisprudence au titre du règlement de Bruxelles I a opté pour un principe de non-cumul. En effet, au titre de la jurisprudence *Kalfelis,* l'action délictuelle est engagée qu'en cas d'absence d'un rapport contractuel préétabli. Dans cet arrêt, les juges de la Cour définirent la notion de « *matière délictuelle ou quasi délictuelle* [321]« au sens du règlement de Bruxelles I comme « *toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle au sens de l'article 5, paragraphe 1* ». Cette position semble notable au titre des développements ici présentés, tant la mise en œuvre d'une option d'engagement de la responsabilité, délictuelle ou contractuelle, affecte l'analyse fonctionnelle de la règle. Mais l'emploi de la conjonction de coordination « *et* » souligne l'aspect exclusif de l'article, et l'impossibilité du cumul. La présence d'un contrat empêche du recours à une qualification délictuelle. Théoriquement, le patient serait devenu dans cette alternative, le propre acteur de la réparation de son préjudice, pouvant tantôt retenir une responsabilité délictuelle, tantôt contractuelle, au gré des conséquences processuelles de son choix. La doctrine avait souligné le risque de « *forum shopping* » associé à cette option[322] qui ferait de l'option, un moyen d'appliquer au fond « *la loi la plus favorable au requérant* ». La position anglaise, qui accepte la mise en œuvre d'un non-cumul au titre du règlement européen, *a contrario* de son droit interne, marque la volonté des États de se soumettre à ce principe de non-cumul,[323] mais également au principe de subsidiarité de la qualification délictuelle.

---

[317] Cf. not. HR, 6 mars 1959, NJ 1959/349, note L. J. HIJMANS VAN DEN BERGH

[318] 4 Reichsgericht, 13 October 1916, RGZ, 88, 433 ; solution rappelée depuis, notamment BGH 24 nov. 1976, BGHZ 67, 359.

[319] Cf. not. HENDERSON V MERRETT SYNDICATES Ltd (No. 1) [1995] 2 AC 145 (House of Lords).

[320]En ce sens R. DE GRAAFFI et B. MORON-PUECH, Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle, réflexions comparatistes à l'occasion du projet de réforme du droit français de la responsabilité civile, revue de la recherche juridique, droit prospectif 2017-1, E PUTMAN (Dir.), Pum 2017r. ; DE GRAAFF, « Concurrent Claims in Contract and Tort: A Comparative Perspective », ERPL, 4 - 2017, p. 701-726.

[321] Du fait de leur éloignement avec la problématique de santé, les quasi-délits seront écartés du raisonnement.

[322] M MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, *op.cit*, p. 299 432

[323] En ce sens, O. BOSKOVIC, « Règlement Rome II (obligations non contractuelles) », Rép. Interna. Dalloz, 2012, no 8 ; C. TUBEUF, « Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et "culpa in

B. L'acceptation d'un principe de subsidiarité de la qualification délictuelle

L'établissement d'une condition négative d'engagement de la responsabilité. L'arrêt *Kalfelis,* n'expose pas uniquement un principe de non-cumul des actions, mais accorde une certaine autonomie à la matière délictuelle. Il impose la réunion de deux éléments, le premier porte sur l'absence d'un rapport contractuel de nature à écarter la matière délictuelle, le second s'illustre par la réunion des éléments caractéristiques de la responsabilité délictuelle[324] interprétée de manière autonome[325]. Concernant la condition négative, la logique de la Cour se résume ainsi. En l'absence d'une capacité d'option dans le choix de l'action au titre délictuel ou contractuel, l'action engagée qui trouve son fondement au titre de la matière contractuelle exclut tout engagement délictuel. Les actes ne s'intègrent à la matière délictuelle que si l'article 7-1 du règlemente Bruxelles I ne s'applique pas en l'espèce. Chronologiquement, la situation étonnait. En effet, l'arrêt *Kalfelis* étant antérieur à l'arrêt *Jakob Handte* sur la qualification contractuelle, la définition de l'arrêt *Kalfelis* dût attendre quatre ans pour obtenir une consistance[326]. Ceci permet dès lors d'appuyer la démonstration que la chronologie jurisprudentielle atteste. La définition subsidiaire de la matière délictuelle doit préalablement attendre la définition contractuelle pour prendre corps. Ce principe de subsidiarité de la qualification délictuelle se retrouve dans d'autres arrêts rendus par la Cour au titre du règlement du conflit de juridictions. Ces jurisprudences continues de la Cour encensent ce principe de subsidiarité, mais délimitent également les éléments caractéristiques de la matière délictuelle.

Confirmation postérieure de l'arrêt *Kalfelis* après la mise en œuvre de la qualification contractuelle. Par son antériorité face à l'arrêt *Jakob Handte*[327], la pérennité de la position de la Cour de justice à l'aune d'une définition nouvelle du contrat interrogeait. Or, la jurisprudence de manière notable s'en est néanmoins tenue à la vision initiale de la matière délictuelle puisque

---

contrahendo", Revue de droit commercial belge, 2008. 535, spéc. p. 537, no 11. Qui précise "*il est significatif que, pour les besoins de l'application de la Convention de Bruxelles, le droit anglais ait accepté d'abandonner le système optionnel, consacrant la primauté de la catégorie contractuelle et le caractère résiduel de la catégorie délictuelle*"

[324] Conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen sous CJUE, 25 oct. 2012, n° C-133/11, Folien Fischer AG et Fofitec AG c. Ritrama SpA., pt. 45.

[325] *Supra* p. 44

[326] H. GAUDEMET-TALLON, note préc., sous arrêt CJCE, 27 sept. 1988, n°189/87, Kalfelis., préc., p. 121 ; H. Gaudemet-Tallon, p. 270, no 211.

[327] CJCE, 17 juin 1992, n° C-26/91, Jakob Handte, préc.

plusieurs arrêts rendus renvoient directement à l'arrêt à celui 1988. L'arrêt *Reichert II*[328] marque à ce titre la première reprise de l'arrêt *Jakob Handlte*. La position ici établie au titre de la qualification de l'action paulienne reprend également la position antérieure de la Cour. En effet, l'arrêt aborde dans un premier temps le rattachement à la matière contractuelle de l'action pour justifier le rejet d'une qualification délictuelle de l'action paulienne[329]. L'arrêt *Tacconi*[330] marque la version la plus aboutie de ce raisonnement. Au titre de la rupture brutale des négociations, les arrêts de la Cour de justice rappelèrent la définition de la matière contractuelle pour l'exclure ensuite. Seulement, c'est ce mécanisme d'exclusion qui assure la détermination du caractère délictuel de la rupture brutale des négociations. Le point 26 de l'arrêt *Tacconi* entérine explicitement ce mécanisme en exposant que « *Dans ces conditions, force est de constater que la responsabilité résultant le cas échéant de l'absence de conclusion du contrat visé par la demande au principal ne revêt pas une nature contractuelle.* ». Cette jurisprudence constante renforce le mécanisme même de distinction entre matière délictuelle et contractuelle. Les arrêts les plus contemporains reprennent fréquemment les arrêts *Kalfelis*[331] et *Tacconi*, comme en attestent les arrêts *la réunion européenne*[332], Česká[333] et *OFAB*[334]. La position de la Cour de justice éclaircit donc le mécanisme de démarcation de la « *zone* grise »[335] existant entre les deux matières au titre de la résolution du conflit de juridictions. Un tel mécanisme qui présente une exclusion préalable de la nature contractuelle pour déterminer la nature délictuelle, doit être analysé à l'aune des qualifications délictuelles dans la résolution du conflit de lois prévu dans les règlements Rome I et II.

---

[328] CJCE, 26 mars 1992, n° C-261/90, Mario Reichert, (Reichert II), préc. spéc. pt. 16.

[329] CJCE, 26 mars 1992, n° C-261/90, Mario Reichert, préc., pt. 19 *« L' objet d' une telle action n' est pas de faire condamner le débiteur à réparer les dommages qu' il a causés à son créancier par son acte frauduleux, mais de faire disparaître, à l' égard du créancier, les effets de l' acte de disposition passé par son débiteur. Elle est dirigée non seulement contre le débiteur, mais aussi contre le bénéficiaire de l' acte, tiers par rapport à l' obligation qui lie le créancier à son débiteur, y compris, si l' acte est passé à titre gratuit, lorsque celui-ci n' a commis aucune faute. »*

[330] CJCE, 17 sept. 2002, n° C-334/00, Tacconi, préc., pt. 25.

[331] CJCE, 27 sept. 1988, n°189/87, Kalfelis, préc.

[332] CJCE, 27 oct. 1998, n° C-51/97, La Réunion européenne SA e.a. c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV et Capitaine commandant le navire « Alblasgracht V002 » ; Rev. crit. DIP. 1998. 322, note H. GAUDEMET-TALLON; JDI 1999. 625, note F. LECLERC ; DMF. 1999. 9, note PH. DELEBECQUE

[333] CJUE, 14 mar. 2013, n° C-419/11, Česká spořitelna, préc., pts 46 et 47.

[334] CJUE, 18 juill. 2013, n° C-147/12, ÖFAB, préc., pt. 37. 755

[335] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, *ibid*, p. 299 432

Paragraphe II : Une cohérence reconnue entre le règlement Bruxelles I et les règlements de Rome

Si, au titre de la qualification de la matière contractuelle, une harmonisation est très tôt reconnue entre les interprétations de la matière au titre des règlements Bruxelles I et de Rome. La même approche moniste de la qualification employée pour résoudre le conflit de lois et de juridiction, ne s'établisse pas avec la même facilité dans le cadre de la qualification délictuelle. Cette harmonie qualificative est restée longtemps sans démonstration (A.) avant d'être finalement reconnue (B.)

A. Une harmonie qualificative à démontrer

Une cohérence envisagée entre le règlement Bruxelles 1 et le règlement de Rome I. La résolution du conflit de lois au sein de l'Union entraine l'emploi d'un seul règlement au titre de la matière contractuelle et délictuelle. Pour la résolution du conflit de lois, il est nécessaire d'employer deux règlements, l'un sur les obligations contractuelles[336], l'autre sur les obligations non contractuelles[337].Or, quand bien une harmonie qualificative des règlements Bruxelles I et Rome I existe dans le cadre de l'appréciation de la matière contractuelle.[338] L'appréciation de l'existence d'une telle harmonie doit être démontrée au titre de la matière délictuelle. À cet égard, les deux règlements dits Rome I et Rome II disposent d'une même logique quant à la répartition des litiges présentant des obligations contractuelles ou non contractuelles. Cette harmonisation dans le traitement s'observe notamment au considérant n°7 du règlement Rome I qui dispose « *Le champ d'application matériel et les dispositions du présent règlement devraient présentées une cohérence règlement (CE) no 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I) et au règlement (CE) no 864/2007 du Parlement et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)* ». Une telle position exprime un certain monisme équivalent dans la mise en œuvre d'une qualification autonome de la matière délictuelle dont l'emploi régit le droit

[336] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *op.cit.*
[337] Règl. (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II"), *op.cit*
[338] *supra* p. 48

international privé européen. Toutefois, le considérant ne reste qu'un préambule au texte, dont la portée contraignante interroge. Il a fallu attendre le positionnement de la Cour de justice pour déterminer, si la définition des notions établie au sein de Bruxelles I s'applique aux règles de résolution de conflit de lois en matière délictuelle. De telles précisions ne furent mises en place que tardivement, et le doute plana sur l'existence d'une telle harmonie, jusqu'à l'interprétation apportée par la Cour dans l'arrêt *ERGO*[339].

B. Une harmonie qualificative reconnue

Une cohérence initialement dissimulée. La question d'un rapprochement de la notion d'obligation contractuelle avec celle de la matière contractuelle est reconnue au titre de l'harmonisation des qualifications établies par la jurisprudence de l'Union. La même logique tardait toutefois à arriver quant à l'interprétation commune des notions d'obligations délictuelles et de matière délictuelle. Et même dans ce cas où l'apport de la jurisprudence sur la matière contractuelle appuyait l'éventualité d'une analogie dans ces régimes, la Cour ne le mentionnait pas. L'arrêt *Lazar* [340]symbolise la réticence à l'emploi d'une interprétation unitaire. Dans le cadre de l'interprétation de l'article 5.3 du règlement Rome II au cas de la détermination du lieu de réalisation d'un dommage subi par une victime par ricochet, la position de l'avocat général, partisan d'une unité entre les règlements, se trouvait contredite par la Cour. En effet, l'avocat général WAHL s'appuyait sur les jurisprudences antérieures au titre de l'interprétation de l'article 5.1 du règlement de Bruxelles, et sur le considérant n°7 des règlements de Rome II qui atteste de l'harmonie à rechercher entre les trois textes.[341] Il releva à cette occasion que les « *notions visées par le règlement Rome II doivent, dans la mesure du possible, être comprises en tenant compte des interprétations retenues dans le cadre de la convention de Bruxelles ou du règlement Bruxelles I. En effet, un certain parallélisme doit être mentionné dans l'interprétation de ces notions, dans la mesure où les instruments juridiques poursuivent tous un objectif de prévisibilité des solutions retenues* ».[342] Pourtant la position de la Cour de Justice

---

[339] CJUE, 21 janv. 2016, n° C-359/14, n° C-475/14, ERGO Insurance et Gjensidige Baltic, préc. , pt. 44

[340] CJUE, 10 déc. 2015, n° C-350/14, Florin Lazar c. Allianz SpA ; Europe 2016, comm. 82, obs. L. IDOT.

[341]Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 préc. ; Règl. (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007, préc. ; Règl. (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000, préc.

[342] Conclusions de l'avocat général WAHL sous CJUE, 10 déc. 2015, n° C-350/14, Florin Lazar c. Allianz SpA, *Ibid.*, pt. 52.

différait. En effet, elle reprenait la solution de l'avocat général, mais occultait toutes les références à Bruxelles I. Seul le considérant n°7 autorisait le rattachement de son raisonnement à ce dernier. Par conséquent, les premiers efforts pour assurer une correspondance entre le règlement Rome II et celui de Bruxelles étaient d'une certaine manière dissimulés. Toutefois, ces éléments se dévoilèrent dans l'arrêt *Ergo*.

Une cohérence concrétisée par les arrêts *Ergo* et *Amazon*. Entre le règlement Bruxelles I prévoyant des règles au titre de la matière délictuelle et le règlement Rome II se référant à des règles au titre des obligations non contractuelles, les deux conceptions de la « matière délictuelle » diffèrent. « *L'unité de qualification* » [343] ne s'envisagea pas facilement. Toutefois, les arrêts *ERGO*[344] et *Amazon*[345] reconnurent une unité de qualification. L'arrêt *ERGO*, en effet, définit la notion d'obligation non contractuelle en s'appuyant sur la qualification retenue au titre du règlement Bruxelles I.[346] Son raisonnement s'appuya ouvertement sur un raisonnement « *par analogie, et conformément à l'objectif de cohérence* »[347] prévu au considérant numéro 7 du règlement Rome I. L'arrêt *Amazon* confirma cette position jurisprudentielle, dans une affaire portant sur une action en cessation exercée par une association de consommateurs au titre des conditions générales de vente de la société Amazon[348]. À cette occasion, la Cour de justice fonde sa qualification sur un autre arrêt, l'arrêt *Henkel*[349], qui relevait quant à lui de l'appréciation de la matière délictuelle au sens du règlement Bruxelles I bis. Ce renvoi à l'appréciation d'un règlement portant sur la résolution des conflits de juridictions marque cette

[343] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, *ibid.*, p. 213
[344] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, *op.cit.*, p. 213
[345] CJUE, 28 juill. 2016, n° C-191/15, Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sàrl,
[346] CJUE, 21 janv. 2016, n° C-359/14, n° C-475/14, ERGO Insurance et Gjensidige Baltic, préc pt 45: « *S'agissant de la notion d' "obligation non contractuelle", au sens de l'article 1er du règlement Rome II, il y a lieu de rappeler que la notion de "matière délictuelle ou quasi délictuelle", au sens de l'article 5, point 3, du règlement Bruxelles I, comprend toute demande qui vise à mettre en cause la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à ladite "matière contractuelle", au sens du point 1 de cet article [...]. Par ailleurs, il convient d'observer, ainsi qu'il découle de l'article 2 du règlement Rome II, que celui-ci s'applique aux obligations issues d'un dommage, à savoir de toute atteinte résultant d'un fait dommageable, d'un enrichissement sans cause, d'une gestion d'affaires ou d'une "culpa in contrahendo"*
[347] CJUE, 21 janv. 2016, n° C-359/14, n° C-475/14, ERGO Insurance et Gjensidige Baltic, préc., pt. 44
[348] CJUE, 28 juill. 2016, n° C-191/15, Amazon, préc. pt. 39
[349] CJCE, 1er oct. 2002, n° C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation c. Karl Heinz Henkel*, *JDI* 2004. 903, note F. LECLERC ; *Rev. crit. DIP.* 2003. 682, note P. RÉMY-CORLAY ; *RTD com.* 2003. 204, note A. MARMISSE.

poursuite de « *l'objectif d'une application cohérente* »[350]. La cohérence apportée par la jurisprudence s'est vu saluer par la doctrine et notamment par Messieurs LOUSSOUARN, BOUREL et DE VAREILLES-SOMMIERES qui apprécient la volonté de la Cour de retenir « *une unité conceptuelle* »[351]. Cette dernière atteste que les conditions nécessaires d'une qualification délictuelle de la relation de soin restent identiques à la résolution qui porte sur un conflit de juridictions ou de loi. La condition négative de l'absence de lien contractuel préétabli subsiste au sein du règlement Rome I et règlement Rome II. Cette position moniste de la qualification autorise à s'intéresser aux conditions positives de la qualification délictuelle, sans distinction de la nature du conflit en droit international privé.

Sous-Section II : Une qualification fondée sur la notion de responsabilité

L'existence d'une approche délictuelle de la relation de soin en droit de l'Union repose sur la réunion de plusieurs éléments. La « matière délictuelle » initiée dans les règlements européens s'illustre par la réunion des éléments constituant la responsabilité délictuelle. De la même manière que le droit français, elle repose sur une faute, un lien de causalité et un dommage interprété de manière particulière par les juridictions de l'Union (Paragraphe I). Est alors remarqué que la relation de soin peut réunir ces conditions (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les conditions de constitution de la responsabilité

L'interprétation faite par la Cour de justice de la notion de matière délictuelle s'institua en deux temps particuliers. D'une part, la matière s'apprécie au regard la définition générale de la notion de responsabilité délictuelle (A.), d'autre part, et du fait de la largesse de cette définition, les conditions se précisent au titre du fait générateur, du dommage et du lien causal (B.)

[350] CJUE, 28 juill. 2016, n° C-191/15, Amazon, préc.pt 36

[351] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Droit international privé, 10ième édition, *ibid* p. 259, no 269. ; énonce « *Ces données sont certainement pertinentes (en parlant du cloisonnement des qualifications). Cependant, à s'en tenir exclusivement à elles, on risque d'aboutir à un éclatement des catégories, une même notion se retrouvant dotée de sens différents selon l'instrument en cause (ce risque est particulièrement fort lorsque l'un des instruments porte sur le conflit de lois tandis que l'autre porte sur le conflit de juridictions). Il est donc souhaitable de tenir compte aussi d'une directive tendant au respect d'une certaine unité conceptuelle de la catégorie lors de la détermination de son contenu »*

A. Les conditions établies

Les conditions de constitution de la responsabilité. Pour retenir l'application de l'article7.2 du règlement Bruxelles I, la Cour de justice exige au-delà de l'absence d'un rapport contractuel, l'établissement d'une responsabilité délictuelle. L'arrêt *Mines de potasse d'Alsace* [352] constitue pour la Cour une occasion de révéler les éléments caractéristiques de la responsabilité délictuelle[353]. La position retenue s'avère similaire à celle établie en droit interne et au sein du Droit international privé général. En effet, la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle « *ne rentre en ligne de compte qu'à la condition qu'un lien causal soit reconnu entre le dommage et le fait dans lequel ce dommage trouve son origine* »[354]. Pour la doctrine, cet arrêt *Mine de potasse d'Alsace* représente « *les premières précisions de la matière délictuelle* »[355]. La cour reprend alors mot pour mot les dispositions reconnues au titre du droit français, par la réunion de trois conditions, la présence d'une faute, d'un dommage, et d'un lien causal. Chose étonnante pourtant, l'arrêt ne portait pas sur la définition de la matière délictuelle, mais sur la localisation du dommage. Sa position sur la définition de la matière délictuelle renvoie nécessairement au rôle prétorien de la Cour dans l'établissement de l'interprétation des normes européennes. De l'arrêt de principe, surgit à sa suite une série de *Précisions* par l'arrêt *DFDS Torline*[356] sur la qualification d'un préavis d'action collective, et l'arrêt *Austro-Mechana,*[357] sur l'action en revendication au titre du paiement de redevances de droit d'auteur.

La mise en œuvre d'une jurisprudence continue mais casuistique. La position de la Cour se voit ultérieurement confirmée par les arrêts *DFDS Torline*[358] et *Austro-Mechana*[359]. L'appréciation des trois conditions d'engagement de la responsabilité se précise au fil des jurisprudences et ceux de manière casuistique. Cette démarche se voit justifiée par la doctrine

[352] CJCE, 30 nov. 1976, Handelskwekerij Bier c. Mines de potasse d'Alsace, D. 1977. 614, note G. A. L. DROZ ; Rev. crit. DIP. 1977. 568, note P. BOUREL ; JDI 1977. 728, note A. HUET.

[353] L'arrêt était rendu au titre de la détermination du lieu de localisation du dommage, mais la Cour profita de cette occasion pour délimiter les conditions de constitution de la responsabilité délictuelle

[354] Les conclusions de l'avocat général Cosmas qui rappelle l'exigence d'un lien causal pour retenir la responsabilité délictuelle (conclusions sous arrêt préc., CJCE, 27 oct. 1998, n° C-51/97, La Réunion européenne SA, préc. pt. 48.

[355] M.MINOIS, Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, *op.cit.,*

[356] CJCE, 5 févr. 2004, n° C-18/02, DFDS Torline A/S c. SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation., pt. 32, Rev. crit. DIP. 2004. 791, note É. PATAUT.

[357] CJUE, 21 avr. 2016, n° C-572/14, Austro-Mechana, préc., pt. 41.

[358] CJCE, 5 févr. 2004, n° C-18/02, DFDS Torline, préc. pt. 32.

[359] CJUE, 21 avr. 2016, n° C-572/14, Austro-Mechana, préc. pt. 41, D. IP/IT 2016. 358, note T. AZZI

du fait de la nécessité de respecter « *la fonction universelle* »[360] de la réparation. Le maintien du triptyque dommage, fait générateur et élément de causalité, trouve son fondement dans la doctrine par la simplicité de l'approche. Retenir une approche de la responsabilité[361] autrement que fondée sur ces éléments apporte son lot de difficulté. De plus, du fait de leur généralité, aucun particularisme ne ressort dans la définition donnée à la notion de responsabilité délictuelle. La question de l'appréhension matérielle de la notion de responsabilité délictuelle et de matière délictuelle se trouve reléguée à l'analyse des trois éléments conditionnant l'engagement de la responsabilité. En effet, dans la démarche au cas par cas, seules les jurisprudences de la Cour de justice portant sur l'appréciation des notions, par exemple de faute ou de lien causal, renseignent sur le contenu de la définition exposée en amont.

B. Les conditions précisées

Condition au titre du fait générateur. La *condition* relative au fait générateur n'est pas venue circonscrire la responsabilité à la présence d'une faute. Certes les jurisprudences *Reichert II* [362]ou *Halphen*[363] ont exclu la qualification délictuelle en l'absence de faute, mais simplement dans des cas d'espèce particuliers, et réciproquement, dans le cadre des actions pauliennes et des actions en revendication d'un bien immobilier corporel. L'arrêt *Reichert II* reconnaissait en ce sens une qualification contractuelle empêchant l'appréciation plus en aval de la faute[364]. L'arrêt *Halphen* quant à lui refusait de retenir une qualification délictuelle, car l'action en présence n'était pas régulièrement fondée. Ainsi, la condition du fait générateur trouve éventuellement sa source dans des régimes pour faute, sans faute ou légaux, comme celui relatif aux produits défectueux[365]. L'intégration de la responsabilité du fait des produits défectueux au régime délictuel atteste d'un premier traitement du tourisme médical au titre des produits de santé. Et même, si la question de la responsabilité délictuelle des produits de santé ne relève

[360] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, *op.cit.*, p. 156

[361]M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, *ibid*

[362] CJCE, 26 mars 1992, n° C-261/90, Mario Reichert (Reichert II), préc. spéc. pt. 19.

[363] TGI Paris, 7 juin 1974, D. 1975. 639, 2e esp. note G. A. L. DROZ ; Rev. crit. DIP. 1974. 696, 1re esp., note P. LAGARDE ; JDI 1975. 82, 4e esp., note D. HOLLEAUX ; jugement confirmé en appel : CA Paris, 16 déc. 1974, JDI 1976. 146, obs. D. HOLLEAUX ; v. égal. H. GAUDEMET-TALLON, p. 273, no 211

[364] H. GAUDEMET-TALLON, Rev. crit. DIP 1999. 322, p. 336, note CJCE, n° C-51/97, 27 oct. 1998, La Réunion européenne SA, préc., « En réalité, elle [la Cour] a simplement décidé qu'en visant la matière délictuelle, l'article 5.3 n'y accueillait pas l'action paulienne dans la mesure où celle-ci ne suppose pas la faute »

[365] H. GAUDEMET-TALLON, note préc., n° 211, p. 272,

pas à proprement parler du tourisme médical, il convient de noter qu'elle constitue une première intrusion de la santé dans le règlement Bruxelles I. Toutefois, de manière générale, le fait générateur s'établit autour de la violation d'une obligation légale préexistante. Le terme légal renvoie à toute violation qui ne trouve pas son origine dans un contrat. Déterminer, le fait dommageable revient à déterminer la source de l'obligation. En ce sens, l'arrêt *Tacconi*[366] précise que le dommage trouve son origine « *dans la violation des règles de droit* » dans le cadre d'un contrat qui n'avait pas été conclu[367]. L'arrêt *Kolassa* marque également la mise en œuvre d'une responsabilité délictuelle dans le cadre d'un défaut d'information précontractuelle et non sur une obligation contractuelle. Le requérant sollicita alors « *l'intérêt à la non-conclusion du contrat* »*[368]*. Les jurisprudences de la Cour de justice l'attestent donc, les faits générateurs d'une responsabilité contractuelle restent indénombrables, et constituent la source d'une appréciation limitée de la « matière délictuelle ».

Condition au titre du fait générateur mentionné dans le règlement Rome II. Les éléments constitutifs d'une qualification délictuelle s'illustrent à la lecture des interprétations de la Cour de justice du règlement Bruxelles. Il convient de rappeler qu'au-delà d'une certaine conception moniste de la qualification[369] existant dans les règlements de Bruxelles et de Rome sur les obligations non contractuelles, le règlement Rome II prévoit également des éléments utiles à la définition du » *fait dommageable* ». Or, cette notion n'est pas mentionnée en tant que telle, mais la lecture des différents « considérants » du règlement permet d'en éclairer les contours. En ce sens, les considérants 11 et 12 du règlement précisent que le régime délictuel qu'il prévoit touche les régimes de responsabilité pour faute autant que celui relatif aux risques et à la prévention desdits risques[370]. En outre, le règlement Rome II intègre toutes les responsabilités non contractuelles, ce qui laisserait supposer que la responsabilité des produits défectueux s'envisagerait au titre de ce règlement.[371] La doctrine en déduit l'existence d'un parallélisme

[366] CJCE, 17 sept. 2002, n° C-334/00, Tacconi, préc
[367] CJCE, 17 sept. 2002, n° C-334/00, Tacconi, préc, pt. 25.
[368] CJUE, 28 janv. 2015, n° C-375/13, Harald Kolassa c. Barclays Bank plc, D. 2015. 770 ; note L. D'AVOUT ; D. 2015. 1056, obs. F. JAULT-SESEKE ; RDC 2015. 547, note B. HAFTEL ; Procédures 2015, comm. 76, obs. C. NOURISSAT ; Europe 2015, comm. 133, obs. L. Idot ; RTD eur. 2015. 234, note E. GUINCHARD.
[369] *supra* p. 47
[370] Règl. (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007, Consid. n°11-12; Règl. (CE) n° 864/2007, art. 2.3 a., b. ; O. BOSKOVIC, « Règlement Rome II (obligations non contractuelles) », *op. cit*., no 8.
[371] R. JAFFERALI, « Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (1re partie) », RGAR 2008. 386, no 14.

fort entre l'article 7.2 du règlement de Bruxelles qui présente la matière délictuelle, et le règlement Rome II qui s'attache à la notion de fait dommageable[372]. En visant les « *faits dommageables* », le règlement recouvre les cas de responsabilité civile établis au titre de la matière délictuelle [373]. Par conséquent, la qualification délictuelle de la relation de soin s'entend également dans le cadre de la résolution d'un conflit de lois, si, bien sûr, les autres éléments constituant la responsabilité délictuelle sont retenus.

Condition au titre du Dommage. La conception du dommage se conçoit de manière large. L'article 7.2 du règlement Bruxelles I bis prévoit qu'en matière délictuelle, le tribunal compétent est déterminé au lieu où le fait dommageable s'est produit « *ou risque de se produire* » sans distinction sur la nature du dommage, qu'il soit réalisé ou uniquement éventuel. Le législateur dans sa rédaction de l'article 7.2 répond directement à la jurisprudence *Henkel [374] et Torline*[375]. Le premier avait ouvert la porte vers une reconnaissance du dommage éventuel dans le cas d'une action préventive d'une association de consommateurs. L'arrêt reconnaissait la présence d'un dommage éventuel alors qu'il se fondait sur l'ancien règlement de Bruxelles qui lui, ne prévoyait pas la question du dommage éventuel, à l'ancien article 5.2. Dans l'arrêt *Torline*, la même logique était mise en place dans le cadre de la légalité d'un préavis de grève. La refonte qui inscrivait le dommage « qui risque de se produire » avait alors donné corps au revirement établi par la Cour de justice dans ses interprétations antérieures.

Condition au titre du lien de causalité. Concernant le lien de causalité, la doctrine regrette et souligne l'absence d'interprétation de la Cour de justice[376]. Toutefois, il reste possible au regard de l'arrêt *Mine de potasse d'Alsace* que cette dernière avait vraisemblablement les mêmes qualités que celles reconnues en droit interne et en droit international privé. Ces conditions une

---

[372] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, *op.cit.,* p. 274

[373] En ce sens, R. JAFFERALI, « Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (1re partie) », *op.cit.*, no 14 ; v. égal O. BOSKOVIC, « Règlement Rome II (obligations non contractuelles) », *op.cit.,* qui précise que le règlement « s'applique en réalité à ce que recouvre en France la responsabilité civile extracontractuelle et les quasi-contrats » (O. BOSKOVIC, *op. cit*., no 8 ; égal. É. LOQUIN qui énonce que « l'article 4 du règlement Rome II est applicable aux cas généraux de responsabilité » (É. LOQUIN, « La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juillet 2007 (Rome II), in S. Corneloup et N. Joubert (dir.), Le règlement communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Litec, 2008, p. 35.

[374] CJCE, 1er oct. 2002, n° C-167/00, Verein für Konsumenteninformation c. Karl Heinz Henkel, préc.

[375] CJCE, 5 févr. 2004, n° C-18/02, DFDS Torline, préc.

[376] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, *op.cit., p.* 160

fois établie, pour reconnaitre la qualification d'un acte à la matière délictuelle dans le cadre de la résolution de conflit de juridictions et de lois, il s'agit maintenant d'apprécier si les actions en responsabilité médicale du professionnel ou de l'établissement se recoupent avec ces conditions.

Paragraphe II : Les conditions réunies au titre de la relation de soin

La possible application à la relation de soin. Face aux conditions établies au titre de l'existence d'une responsabilité délictuelle, un certain parallélisme des formes s'envisage avec les conditions d'engagement de la responsabilité civile médicale. Au titre d'abord du fait dommageable, la relation de soin s'analyse au regard d'obligations légales préétablies. Les droits internes de tous les États membres prévoient des règles spécifiques à la réalisation de la pratique médicale. Par exemple, des lois diverses sont recensées en matière d'obligation d'informations[377] et au titre de certaines pratiques particulières, comme la chirurgie esthétique qui dispose fréquemment d'un régime de règles spécifiques[378]. Ces régimes de responsabilité se constituent autour de la notion de faute, mais d'autres dispositions légales concourent à une responsabilité sans faute. Par exemple, une telle situation se retrouve dans les dispositions particulières relatives à la responsabilité au titre des maladies nosocomiales[379]. Certains régimes trouvent également leur source en dehors du corpus juridique des États membres. Comme l'atteste le régime des responsabilités du fait des produits défectueux qui entrainent parfois des actions en responsabilité sans faute pour les établissements.[380] À la condition relative au » *dommage existant ou risquant de se produire* », la pratique médicale faisant courir un risque portant sur l'intégrité physique des individus, il convient, comme en droit interne, de voir reconnaitre un dommage. Enfin, le lien de causalité entre le fait dommageable et le préjudice constitue un élément central lors de l'établissement de la responsabilité médicale civile en droit interne des États membres. Toutefois, dans le cadre de la responsabilité des produits défectueux, et de la dispensation de prescription médicamenteuse, l'établissement d'un

[377] En ce sens. Voir les travaux du haut conseil de la santé publique, « Le droit à l'information des patients chez nos partenaires européens » actualité et dossier en santé publique, adsp, n° 36 septembre 2001

[378] CSP. Art. L. 6322-2 modifié par ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 ; JORF 6 septembre 2003.

[379] Cf CSP. Art. L. 1142-1 modifié par loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 112

[380] Cette action est pourtant limitée aux établissements considérés comme fabricant, l'exemple en est pour le scellement de prothèse par exemple.

lien de causalité s'avère parfois complexe. En effet, l'existence d'une causalité directe et certaine faisant intervenir un médicament pousse à la discussion. La question de la responsabilité vaccinale l'illustre également dans le cadre de la jurisprudence sur la vaccination contre l'hépatite B. la question de l'existence d'un lien de causalité s'invite fréquemment dans le débat[381]. Par conséquent, face à la multiplication des règles encadrant et concourant à la pratique médicale, l'établissement d'une responsabilité délictuelle s'avère concevable, mais soulève en fonction des cas d'espèce, certaines difficultés. Toutefois, le rôle de la qualification autonome ne s'étend pas à la résolution du litige au fond, mais la détermination au titre de quelle loi et devant quelle juridiction doit-elle être engagée. À cet effet, et au titre de la condition positive d'existence d'une responsabilité, un rapport de nature délictuel parait envisageable. La responsabilité médicale réunit suffisamment d'éléments pour se voir conférer une telle qualification. Dans l'hypothèse toutefois, qu'un rapport contractuel ne soit pas reconnu en amont.

Section II : Une qualification délictuelle inadéquate

Reconnaitre une correspondance entre la relation de soin et les critères de détermination d'une responsabilité » délictuelle s'envisage. Pourtant, une qualification délictuelle de la relation de soin n'entre pas en adéquation avec la position doctrinale et jurisprudentielle. D'une part, la Cour de justice de l'Union, à qui incombe la charge de qualifier les actes dans l'une des deux matières, expose dans sa méthodologie répartitrice le rôle central de la source de l'obligation. L'étude de la source des obligations au titre de la relation de soin conduit à reconnaitre leur nature contractuelle (Sous-section I). D'autre part, en l'absence de jurisprudence précise sur la relation de soin, et dans l'hypothèse même faible qu'une qualification délictuelle existe, ses conséquences ne bénéficieraient pas au patient (Sous-section II).

Sous-Section I : Une inadéquation de la qualification avec la méthodologie répartitrice de la Cour de Justice

Dans le cadre d'une interrogation sur l'intégration d'un acte dans les matières contractuelles et délictuelles, la Cour de justice, au fils de ses interprétations, créa un modèle de répartition entre

[381] Cass. Civ 1er,9 juillet 2009, n° 08-11073 ; CE, 24 juillet 2009, MA n° 304325, CE, 24 juillet 2009, n° 308876

les deux matières. Ce mécanisme conditionne la répartition à l'analyse de la source de l'obligation, si cette dernière possède sa source dans la loi ou davantage dans le contrat. Une telle détermination de la source de l'obligation engendre une difficulté tant des actes semblent trouver autant leur origine dans la « *lex contractus* » que dans la *lex* commune » (Paragraphe I). Néanmoins, par l'étude jurisprudentielle de cette répartition, il convient de retenir une répartition de la relation de soin dans la matière contractuelle (Paragraphe II).

Paragraphe I : Une répartition basée sur la source de l'obligation

Le rôle central de la qualification de l'obligation dans la détermination de la qualification. La répartition des actes entre les délictuelles et contractuelles, ne relève pas à première vue de l'évidence. Une analyse des éléments caractéristiques des deux matières suffirait en toute logique à délimiter la nature des actes. Or, certains aspects contractuels et délictuels se distinguent parfois difficilement au sein d'une même situation[382]. Ainsi, une logique fondant toutes les obligations prises entre deux contractants comme des obligations contractuelles trouverait rapidement une limite. Le Professeur HAFTEL, le démontrait en critiquant l'impossible existence d'une obligation de ne pas tuer. Dans le cas où un cocontractant décide d'assassiner son obligé[383] , il ne paraît pas possible de rattacher cette obligation au contrat. L'existence d'un contrat n'entraîne pas une mise en œuvre exclusive d'une obligation contractuelle. De ce constat, il convient donc de retenir qu'au titre d'une relation de soin, toutes les obligations à la charge des parties ne se rattachent pas toutes en théorie au contrat. Face à cela, il devient impérieux d'analyser la méthode d'appréciation de la Cour de justice pour déterminer si une obligation essentielle se rattache au contrat ou si cette dernière concorde avec une approche délictuelle. La méthode employée permet le cas échéant d'analyser les cas où les obligations inhérentes à la relation de soin se rattachent au contrat, des cas où elles disposent d'un caractère davantage délictuel. L'analyse revient ainsi à aborder la nature de la responsabilité entre cocontractants.

Un mode de répartition fondé sur l'acte source de la demande. Pour préciser la nature de la responsabilité médicale dans le cadre d'une relation de soin contractualisée comme celle inhérente au tourisme médical, il convient d'analyser préalablement la position de la Cour.

[382] S. BOLLEE, « A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », D. 2008. 2161, no 4.
[383] B. HAFTEL, « Entre "Rome II" et "Bruxelles I" : l'interprétation communautaire uniforme du règlement "Rome I", *op.cit.,* préc., no 24.

Comme il a pu déjà y être fait mention, la Cour de justice ne laissa pas une option dans l'action du requérant, en rendant ainsi la responsabilité délictuelle inopérante au profit de la « matière contractuelle ». L'engagement de la responsabilité contractuelle exclut toute revendication délictuelle. L'arrêt *Arcado*[384] illustre cette position dans le cadre des agences commerciales où les demandes furent qualifiées de contractuelles, car elles se fondaient sur la nature contractuelle de la relation. Néanmoins, dans le cadre de l'appréciation de la responsabilité, cette seule règle ne suffit pas toujours pour déterminer l'aspect contractuel d'une obligation[385], l'approche casuistique de la Cour ne fait pas émerger une attribution de principe. L'arrêt *Brogsitter* à la suite de l'arrêt *Arcado* aborde toutefois une manière d'effectuer la répartition. Ainsi, la Cour, sur la question des actions qualifiées de délictuelles en droit interne entre cocontractants, répond que pour déterminer la nature de l'action, l'acte incriminé doit trouver sa source dans le contrat. La relation contractuelle préexistante ne suffit pas pour effectuer la répartition entre matière délictuelle et contractuelle. L'arrêt *Brogsitte*r développe l'idée que pour qu'une action soit considérée comme contractuelle, il faut que le comportement reproché constitue un manquement contractuel, et que l'interprétation du contrat soit indispensable pour analyser le manquement. [386] La Cour emploie la théorie de l'acte source qui détermine la qualification d'un acte ou d'une action, en fonction d'un acte source appelé aussi le fondement de la demande. Dans l'arrêt *OFAB* [387] , cette position s'illustre clairement lors de la définition de la matière contractuelle appréciée à l'article 5.1. sous a) du règlement de Bruxelles I en exposant une répartition fondée sur « *une obligation juridique librement consentie par une personne à l'égard d'une autre et sur laquelle se fonde l'action du demandeur* »[388]. Par l'action qui fonde la demande, il s'avère ainsi notable que déterminer la nature de l'obligation litigieuse engendre une analyse du fondement de l'action. Cette formulation fut reprise dans de nombreux arrêts[389], preuve de sa solidité. Cependant, la place des obligations légales dans ce mode de répartition interroge. En effet, une obligation possédant sa source dans la loi se voit

[384] CJCE, 8 mars 1988, n° 9/87, Arcado c. SA Haviland, préc.
[385] CJCE, 8 mars 1988, n° 9/87, Arcado c. SA Haviland, préc. pt. 12 : « *Il ne fait aucun doute qu' une demande de paiement de commissions dues en vertu d' un contrat d' agence commerciale autonome a pour fondement même ce contrat et relève par conséquent de la matière contractuelle au sens de l' article 5, point 1, de la convention . »*
[386] M. LAAZOUZI, note préc. sous CJUE, 13 mars 2014, n° C-548/12, Brogsitter, p. 692
[387]CJUE, 18 juill. 2013, n° C-147/12, ÖFAB, préc.
[388]CJUE, 18 juill. 2013, n° C-147/12, ÖFAB, préc. pt. 33
[389] CJUE, 14 mar. 2013, n° C-419/11, Česká spořitelna, pts 46 et 47, CJUE, 18 juill. 2013, CJUE, 18 juill. 2013, n° C-147/12, ÖFAB, préc. pt. 33, CJUE, 28 janv. 2015, n° C-375/13, Harald Kolassa, préc., pt. 39., CJUE, 21 janv. 2016, n° C-359/14, n° C-475/14, ERGO Insurance et Gjensidige Baltic, préc., pt. 44.

potentiellement exclue du champ contractuel. Toutefois, l'interprétation de la Cour écarte cette éventualité. Une telle obligation se verra qualifiée de contractuelle quand cette dernière n'existe que grâce à la présence du contrat. Le professeur *HAFTEL,* avait exprimé cette possibilité en exposant qu'une obligation existant indépendamment du contrat trouvera un fondement délictuel, alors que celle dont l'existence ne serait pas envisagée en l'absence d'un contrat doit être considérée comme contractuelle[390], même dans le où elle se fonde sur une loi. Ainsi, la question de la répartition entre matière délictuelle et contractuelle se fonde sur l'interprétation de l'obligation litigieuse et de son lien avec la relation contractuelle établie. De ce fait, l'appréciation des obligations inhérentes à la relation de soin doit être étudiée pour déterminer si la voie délictuelle reste une éventualité dans les contentieux nés dans ce domaine. Trois obligations majeures nécessitent par conséquent une étude approfondie, l'obligation de sécurité, d'information, et de confidentialité.

Paragraphe II : Une répartition favorable à une qualification contractuelle

Application du critère à l'obligation de sécurité. Dans le cas où une requête se fonde sur un manquement à une obligation de sécurité. Il s'avère nécessaire, au titre de la méthode par acte-source, d'évaluer si l'obligation de sécurité trouve sa source dans le contrat. Or, de manière générale, la doctrine apprécie l'obligation de sécurité au regard des atteintes physiques comme délictuelles, les hypothèses contractuelles constituent alors des cas « *marginaux* ».[391] Retenir une approche délictuelle semble à première lecture envisageable dans le cas où un cocontractant se blesse lors de l'exécution d'un contrat. En effet, en l'absence de contrat, il subsisterait une obligation de sécurité, indépendante à la réalisation du contrat. Le dommage subit existe « *indépendamment de toute relation contractuelle* »[392]. Ainsi, dans les cas classiques, le cocontractant s'apparente en quelque sorte à un tiers à la relation contractuelle lors de la survenance du dommage. Toutefois, dans les cas « marginaux », il convient de retenir une qualification contractuelle, si l'acte source de l'action, ici le défaut de sécurité, trouve sa source

[390] B. HAFTEL, « Entre "Rome II" et "Bruxelles I" : l'interprétation communautaire du règlement "Rome I", *op.cit.*, préc., no 23.
[391] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, *op.cit.*, p. 304
[392] M. MINOIS, Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, *ibid.*, p. 404

dans le contrat, ou si le dommage est lié à l'inexécution d'un contrat[393]. De plus, un tel cas de figure peut paraitre certes exceptionnel dans le cadre des contrats classiques, celui-ci constitue une généralité dans la réalisation d'un contrat de soin. En effet, l'obligation particulière de sécurité qui pèse sur le médecin a sa source dans la réalisation du contrat, l'appréciation de ces éléments se fera au titre du contrat, par exemple au regard de l'acte consenti par le patient. Il convient donc de retenir que les actions ayant pour but l'engagement une action en réparation du fait d'un manquement aux obligations de sécurité disposent d'une nature contractuelle. La doctrine appréhenda cette qualification marginale de l'obligation de sécurité de manière fort originale en exposant l'exemple du contrat de garde du corps[394] dont l'objet du contrat porte sur la protection de l'intégrité physique de la personne. La relation de soin ayant un objet des plus voisin, sa mention aurait pu être faite, ce qui aurait certainement donné une portée moins marginale de la qualification contractuelle de l'obligation de sécurité.

Application du critère à l'obligation d'information. Parmi les manquements inhérents à la pratique médicale, l'analyse de l'obligation d'information nécessite des approfondissements. En effet, dans le cadre de la notion d'information en matière contractuelle, l'obligation s'entend généralement dans la phase précontractuelle qui en ferait *de facto* une obligation possédant sa source dans la matière délictuelle. Le défaut d'information constituant un élément qui touche à la concrétisation du contrat, l'obligation d'information existe en dehors de la notion de contrat. Au titre des règles spéciales en droit international privé, le professeur Haftel par la reprise des éléments de l'arrêt *Telassa*[395], précise les contours de l'obligation d'information trouvant sa source dans la loi. Certes, l'arrêt *Telassa* ne prévoit pas un tel contrat mais, l'auteur hypothétise sa présence pour analyser la nature de l'obligation légale d'information. Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'une information légale sur les titres bancaires à la charge de la Banque[396], une telle obligation fondée sur le droit de la consommation fait néanmoins un écho à l'obligation d'information à la charge du médecin. De son analyse, il convient de retenir deux éléments majeurs. D'une part que la détermination d'une voie délictuelle dans ce cas engendrerait une série de difficultés. La localisation du dommage par exemple, nécessaire pour déterminer la loi applicable, s'en verrait complexifiée par la nature même du dommage lié au défaut. D'autre

[393] En ce sens, en droit interne, Exemple de J.-S. BORGHETTI, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », D. 2016. 1386, no 39

[394] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, ibid.*, p. 404

[395] B. HAFTEL, note préc. sous CJUE, 28 janv. 2015, n° C-375/13, Harald Kolassa, préc., p. 451

[396] En faveur de la qualification délictuelle dans le domaine du conflit de lois : O. BOSKOVIC, « Règlement Rome II (obligations non contractuelles) , *op. cit*., p. 306-307, no 364.

part, en rapprochant l'arrêt *Telassa* avec l'arrêt *Kalfelis*, le litige risquerait de se subdiviser devant plusieurs tribunaux, [397]si les obligations litigieuses ont leurs origines dans des sources différentes. Ainsi, retenir une qualification délictuelle de l'obligation d'information revêt certaines difficultés. L'arrêt *Brogsitter*[398] résout cependant ces difficultés en dégageant une voie autorisant le rattachement d'une obligation légale d'information à une obligation contractuelle. Cette jurisprudence rend possible ce rattachement, si l'obligation d'information ne s'apprécie qu'avec une interprétation préalable du contrat. Ainsi, cette obligation perdrait en quelque sorte sa forme précontractuelle, donc délictuelle, pour revêtir une forme contractuelle. En l'espèce et au titre de la relation de soin, il parait toutefois insuffisant de reconnaitre l'existence d'une obligation d'information contractuelle, l'obligation d'information et sa portée étant peu abordée au titre du contrat, ou simplement dans le volet relatif au titre du consentement éclairé. Néanmoins, dans le cadre particulier du tourisme médical, la délivrance de l'information ne se trouve plus chronologiquement au départ de la relation contractuelle. En effet, si le patient a déjà effectué les premières étapes de son parcours lors de la dispensation de l'information, alors, sa situation s'apparente déjà celle d'un cocontractant. Il apparaît tout à fait possible de déterminer le commencement du contrat, dès la réalisation du contrat préalable au départ du patient à l'étranger.

Application du critère à l'obligation de confidentialité. L'obligation de confidentialité, intégrée dans la relation de soin, renvoie nécessairement à l'obligation légale relative au secret professionnel. L'emploi de l'arrêt *Brogsitter*, s'interprète à nouveau au titre de cette obligation qui a sa source dans la Loi. Toutefois, à la différence de l'obligation d'information qui se présente dès la phase précontractuelle, la confidentialité s'exprime autant dans le contrat qu'avant sa conclusion. Il convient alors de reconnaitre que l'obligation de ne pas divulguer d'information relative au patient peut être qualifiée de manière double en fonction de la survenance ou pas lors de la réalisation d'un acte. Dans le cadre, de la non-réalisation d'un acte, l'obligation de confidentialité revêtirait un caractère délictuel, et en cas de la réalisation d'un acte. L'obligation de confidentialité portée par le contractant cette obligation est contractuelle. Enfin, et dans le cas où la portée de l'obligation se trouverait à la lettre du contrat, l'obligation resterait contractuelle. Ainsi, même dans le cas où la relation de soin se fonde sur des obligations légales, il n'en reste pas moins qu'elle reste qualifiable de contractuelle. L'étude de la qualification délictuelle de la relation de soin s'écarte ainsi au profit d'une qualification

[397] CJCE, 27 sept. 1988, n°189/87, Kalfelis, préc.
[398] CJUE, 13 mars 2014, C-548/12, Brogsitter, préc.

contractuelle. Toutefois, il convient de respecter une certaine rigueur dans cette analyse et d'étudier cette qualification au titre de ses conséquences fonctionnelles. Certes, un raisonnement par analogie entre le régime actuel de qualification des actes autorise une analyse de la qualification de la relation de soin en droit international européen. Toutefois, Il n'en reste pas moins insuffisant. En effet, par l'interprétation casuistique de la Cour de justice, l'éventualité d'une approche différenciée de la relation de soin reste théoriquement possible. Mais celle-ci n'en reste pas moins inadéquate

Sous-Section II : Une Inadéquation fonctionnelle de la qualification

En l'absence d'interprétation jurisprudentielle claire du règlement Bruxelles I et des règlements de Rome, l'hypothèse que la relation de soin soit qualifiée de délictuelle nécessite une analyse approfondie. En effet, en l'absence d'une position jurisprudentielle claire de la Cour de justice, ou de l'émission de questions préjudicielles sur le sujet, il convient d'analyser le cas où la reconnaissance théorique de cette qualification engendre des conséquences fonctionnelles en adéquation avec la protection du patient (Paragraphe I). Néanmoins, plaider en faveur d'une qualification vis-à-vis des conséquences qui en découlent, engendrera nécessairement une critique qui limite la portée même de l'argumentaire, au profit d'une appréciation contractuelle de la relation de soin (paragraphe II).

Paragraphe I : Une pertinence limitée de l'action délictuelle

Il convient de noter au préalable de tout développement qu'une qualification délictuelle théorique de la relation de soin présente une série d'effets processuels indéniables (A.). Toutefois, les gains escomptés restent minimes face aux effets délétères qu'y ressortent de cette qualification (B.)

A. Des effets processuels indéniables

Les effets positifs à la qualification délictuelle de la relation de soin se cristallisent autour des effets prévus par les règlements au titre de la localisation du fait dommageable. Celle-ci accorde au patient plusieurs voies de recours devant les juridictions de son État d'affiliation et par

l'emploi du droit interne dudit État (1.). À cela s'ajoute, une seconde série de bénéfices par la négation des conséquences néfastes de l'approche contractuelle (2.).

1. Des effets au titre de la localisation du dommage

Des effets processuels bénéfiques. Quand bien même, l'établissement d'une qualification délictuelle de la relation de soin n'intervient qu'à la suite du rejet initial d'une qualification contractuelle. Dans l'hypothèse d'une qualification délictuelle retenue, cette dernière engendre des conséquences processuelles positives pour le patient. En effet, à l'inverse de l'article 7.1 du règlement Bruxelles I bis qui reconnait une compétence de principe, au lieu de résidence du demandeur, l'article 7.2 dispose d'une option de compétence pour le demandeur, entre l'État membre du lieu de résidence du défendeur, ou au « *lieu où le dommage s'est produit ou risque de se produire* »[399]. Cette seconde option s'avère en outre la solution de principe retenue dans l'article 4.1 du règlement Rome II[400] concernant la loi applicable aux obligations non contractuelles. Cette dernière option prend une tournure particulière dans une approche fonctionnelle de la qualification. Dans le cadre de la responsabilité médicale, le lieu de réalisation du dommage se détermine au regard de la nature de l'acte médical survenu dans l'État membre du patient, ceci lui permettant de saisir la juridiction, géographiquement la plus proche de la sienne. À ce bénéfice s'ajoute un second, puisque le contentieux se tiendrai dans la langue du requérant. Toutefois, le lieu de réalisation du dommage ne s'établirai pas de manière certaine au lieu de résidence du demandeur. Une instabilité dans l'application de la compétence existerait par conséquent. Par exemple, le patient qui subirait un préjudice du fait d'une intervention chirurgicale non conforme aux données médicales, verra le lieu de réalisation du préjudice appréciée au lieu de réalisation de l'acte fautif. Mais dans le cas d'un patient réalisant une téléconsultation[401] en ligne, le préjudice subi par une erreur de diagnostic

[399] L'article 5.3 de la convention de Bruxelles se contentait de se référer au tribunal du lieu où le « Dommage s'est produit ». Le règlement Bruxelles I modifie opportunément la formule en incluant les actions Préventives.

[400] Règl. (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007, Art. 7.2 « ***Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent. »***

[401] La haute autorité de santé entend par téléconsultation la pratique qui a « pour objet de permettre à un professionnel médical de donner une consultation à distance à un patient. Un professionnel de santé peut être présent auprès du patient et, le cas échéant, assister le professionnel médical au cours de la téléconsultation ; » in « guide de bonne pratique, téléconsultation et téléexpertise », mai 2019, HAS

se localiserait au lieu de résidence du patient. Une insécurité sur le sort de la compétence surviendrait. Ce qui deviendrait autant préjudiciable pour le patient que pour le médecin. L'option donnée intégrerait la relation de soin dans une forme de *forum shopping* désavantageuse pour les parties. Par ailleurs, certaines formes de dommages notamment liées à la violation d'une obligation relative au secret professionnel entraineraient une difficulté dans l'identification du lieu de survenance du dommage. La qualification délictuelle accorde certes une série d'options éventuelles en fonction de l'obligation litigieuse ou des modalités de prises en charge mais, elle n'en reste pas sans conséquence.

2. Des effets bénéfiques au rejet d'une approche contractuelle

Des effets processuels bénéfiques au titre de l'absence de clause attributive. En outre, la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle au titre de la relation de soin engendrerait une impossibilité de recours à des clauses d'attributives de juridiction, ou de loi. Du rapport déséquilibré existant lors de la rédaction de l'acte entre le professionnel ou l'établissement de santé et le patient, il apparaît envisageable que ces dites clauses s'opposent à l'intérêt du patient. Il semble incongru d'observer un contrat prévoyant la compétence juridictionnelle ou légale au lieu de résidence du demandeur patient, tant cette mesure constituerait un préjudice pour les professionnels de santé. De manière concomitante, des conséquences néfastes toucheraient le professionnel ou l'établissement. À titre d'exemple dans le cadre d'un défaut de paiement, l'absence de la clause attributive impacterait grandement le recouvrement de la créance au lieu de résidence du demandeur. Toutefois, et même si des avantages processuels peuvent être retenus dans le cadre d'une qualification délictuelle de la relation de soin, la contractualisation de la relation empêche de la retenir. En effet, il convient de rappeler qu'une telle qualification délictuelle ne s'envisage qu'en l'absence préalable d'un contrat.

Des effets processuels bénéfiques au titre des obligations légales. Rejeter l'approche contractuelle de la relation de soin, invite à exclure les potentielles atténuations que prévoit parfois le contrat dans l'interprétation d'obligations légales. Ainsi, comme le rappelle l'arrêt *Brogsitter*[402], délimiter la portée d'une obligation légale se réalise au regard des éléments établis dans le contrat. Il semble alors possible que des clauses ou des éléments relatifs à l'obligation légale soient minorés dans le contrat ou se retrouvent altérés. Ainsi, retenir une obligation

[402] CJUE, 13 mars 2014, C-548/12, Brogsitter, préc.

contractuelle d'information qui trouverait sa source dans la loi, mais son interprétation dans le contrat, aurait son contenu certainement atténué pour limiter la recherche de la responsabilité du professionnel débiteur de cette information. Au titre également de l'obligation de confidentialité, une telle limitation dans la portée du secret professionnel ferait écho avec la protection du patient, notamment à l'aune des nouvelles pratiques relatives à la collecte numérique des données médicales.

B. Des effets processuels délétères

Une position contraire au titre de l'administration de la preuve. D'un point de vue fonctionnel, même si, la qualification délictuelle accorde un recours partiel devant les juridictions au lieu de résidence du demandeur, la charge de la preuve incombe toujours à ce dernier. Or, dans le cadre de la relation de soin, la charge de la preuve engendre des difficultés[403]. Par exemple, la démonstration d'un fait négatif dans le cadre d'un défaut d'information de la part du professionnel relève parfois de l'impossible[404]. Le droit interne français pallie cette difficulté en établissant un renversement de la charge de la preuve[405]. Une obligation contractuelle de sécurité, par exemple, s'est vue reconnue par la jurisprudence au titre des contrats de transports maritimes de personne[406]. Le transporteur doit dans ce cadre répondre de « *l'obligation de conduire sain et sauf à destination* » le voyageur, qui n'a plus à en rapporter la preuve de la faute. La doctrine observe à la suite de cet arrêt, une multiplication des cas d'espèce où une obligation de sécurité se conçoit notamment dans le domaine hôtelier[407]. Même si elle considère qu'une telle obligation de sécurité reste en net recul et qu'un élargissement de la responsabilité délictuelle se développe[408]. Le domaine de la santé en droit interne des États membres ne suit pas cette logique d'élargissement. La jurisprudence française

[403] En ce sens ; D. DUVAL-ARNOULD Prise en charge des patients et réparation des dommages consécutifs aux soins, Dalloz, 2019 ; C. DEBOST « Étendue et charge de la preuve de l'obligation d'information », RDS, n° 41, 2011, p. 251-254. ; N. PETRONI-MAUDIÈRE, « L'institution d'une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque d'une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale », RGDM, n° 6, 2001, p. 175-196.
[404] En ce sens P.-L. VIDAL, « L'information du patient : le devoir devient un droit ! », RDS, n° 43, 2011, p. 529-533.
[405] F. TERRE, Y. LEQUETTE « Charge de la preuve. Medecin. Obligation D'information. Execution » Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2007, p. 123
[406] Civ., 21 nov. 1911, S. 1912. 1. 73, note LYON-CAEN ; D. 1913. I. 249, note SARRUT ; GAJ civ., t. 2, no 277.
[407] G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, Les conditions de la responsabilité. Traité de droit civil, *Ibid.*, p. 554, no 501-1
[408] F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, Dalloz, 12e éd., 2018, p. 505, no 454.

continue dans le cadre de l'engagement de la responsabilité de maintenir « une obligation de sécurité »[409]. D'autres obligations inhérentes à la relation de soin sont prescrites par le législateur de chaque État membre. La multitude d'obligations contractuelles établie au titre de la protection du patient dont la démonstration de l'exécution pèse sur le professionnel sont autant d'arguments en faveur d'une approche contractuelle. Il apparaît alors que reconnaitre la responsabilité légale comme constituant d'une qualification délictuelle, ne se recoupe pas avec ses obligations contractuelles et les effets processuels favorables qu'elle engendre. Quand bien même la relation de soin qualifiée dans le champ délictuel apporte une série d'avantages, l'existence établie d'obligations de nature contractuelle au titre de la responsabilité médicale empêche une telle qualification. En outre, reconnaitre une qualification en vue des effets escomptés en dépit des éléments processuels précités engendre des difficultés méthodologiques. En effet, retenir une hypothèse au détriment d'une autre et contrairement aux textes s'avère défavorable à l'établissement d'une qualification de la relation de soin.

Paragraphe II : Une approche fonctionnelle de la qualification défavorable

Apprécier la pertinence d'une qualification en fonction de sa finalité et de sa concordance avec les dispositions normatives qui l'entoure, apparait dans une approche fonctionnelle comme opportune (A.). Cependant une fois appréciées ces conséquences, elles démontrent qu'une approche délictuelle au vu des conséquences n'est pas favorable au patient ni à une cohésion avec les règles préétablies (B.)

A. L'opportunité de l'emploi de la méthode de rattachement

Un emploi possible de la technique du rattachement. Dans l'hypothèse d'une exclusion de la qualification dans la matière contractuelle, il s'avère possible de rattacher la relation de soin au cadre d'une relation délictuelle. Toutefois un argumentaire particulier, soutenu par Messieurs MAYER et HEUZE[410], justifie l'idée qu'une telle qualification ne semble pas souhaitable au regard de ses conséquences fonctionnelles. En effet, la doctrine retient qu'une

[409] Initialement exposé dans le contrat de transport maritime, Civ., 21 nov. 1911, S. 1912. 1. 73, préc. ; Pour l'extension à d'autre domaine voir G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, Les conditions de la responsabilité. Traité de droit civil, *ibid.*, p. 553, no 501-1.
[410] P. MAYER ET V. HEUZE, Droit international privé, LGDJ, 12e éd., 2019, p. 131 et s.

qualification doit correspondre à sa finalité, Messieurs MAYER et HEUZE soutiennent cette interprétation, quand ils exposent que le choix d'un présupposé (une qualification) s'analyse en fonction des effets juridiques qui en découlent. L'emploi de cette forme de conséquentialisme appliqué à l'analyse de la relation de soin entendue comme une qualification délictuelle [411] engendre une série de difficultés et de problématiques. Dans le cas d'une étude contractuelle, les difficultés constituées par ce régime se retrouvent plus rapidement écartées. Le caractère malléable du contrat, loi des parties, participe à cette facilité. En approfondissant cette logique au titre de la philosophie de BATIFFOL[412], qui retient que la qualification s'inscrit en adéquation avec le but escompté. Or ici, ce but poursuivi s'apprécie en fonction de ce que les législations nationales ont tenu à lui donner. Et il semble que l'objectif voulu par le législateur revient à établir pour le patient une protection contractuelle, appuyée par des obligations légales. La relation de soin semble poursuivre une logique contractuelle dans les droits internes des États. Les obligations légales qui concourent à l'encadrement de la pratique trouvent généralement écho dans le contrat. Ce constat s'affirme encore davantage dans le cadre du tourisme médical, où la contractualisation des échanges s'affirme ; notamment dans l'objectif d'éviter les conséquences désavantageuses de l'attribution réglementaire de la compétence judiciaire et légale. Ainsi retenir une qualification délictuelle, ne répond pas au but recherché par les États membres au sein de leur droit interne. Ainsi, les buts et finalités du régime délictuel n'entrent pas en adéquation avec ceux établis au titre de la relation de soin, l'objectif de la réparation attaché à la matière délictuelle ne s'affirme pas. En outre, la démarche fonctionnelle qui justifie davantage la qualification contractuelle et appuie les arguments précités ne saurait être retournée pour argumenter au profit d'une qualification délictuelle fondée sur le but. En effet, cette démarche arbore sa limite dans le caractère subsidiaire de la qualification délictuelle d'un acte au sens du règlement Bruxelles I et du règlement Rome I. et II. Un conflit catégoriel entre la catégorie délictuelle et contractuelle, comme exposée par Messieurs MAYER et HEUZE, ne s'envisage pas car, quand bien même les deux présupposés (qualifications) s'opposent l'un à l'autre. L'un reste subsidiaire, le délictuel, l'autre contractuel.

Une approche fonctionnelle limitée par l'absence d'un conflit catégoriel. L'approche fonctionnelle de la qualification en plus de ne pas être souhaitable semble également limitée. En effet, tenir un argumentaire au titre de la catégorie de rattachement catégoriel la plus

[411] P. MAYER ET V. HEUZE, Droit international privé, Montchrestien, *ibid* p.133
[412] H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, 2002, pp. 41-44, nos 18-19

adéquate avec les objectifs et effets reconnus par l'Union à cette qualification, nécessite l'existence préalable d'un conflit catégoriel. Or, dans le cadre de l'application des règlements Bruxelles I et Rome I, les deux catégories en présence contractuelles et délictuelles n'entrent pas en conflit. En effet, la jurisprudence *Kalfelis*[413] retient une hiérarchie entre ces deux catégories en exposant que la qualification délictuelle touche « *toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle au sens de l'article 5, paragraphe 1* »[414]. Ainsi, même si l'absence jurisprudentielle d'une qualification contractuelle n'a pas été établi, l'emploi de la méthode du rattachement catégoriel ne semble pas soutenu par des fonctions théoriques pérennes, l'absence actée d'un conflit catégoriel apparaît de nature à limiter son emploi. La relation de soin, s'envisage alors comme « *un acte hybride* »[415], au croisement de plusieurs catégories de rattachement, mais la catégorie délictuelle n'e convient pas au titre de ces injonctions. L'emploi d'une approche fonctionnelle reste pertinent dans le cadre d'autres catégories réellement en concurrence, comme la catégorie consumériste mais, retenir une approche fondée sur la finalité de la catégorie pour constater un rattachement de la relation de soin ne relève pas du possible. La doctrine tenait à souligner que l'approche par rattachement catégoriel ne s'accorde pas avec les objectifs poursuivis par le législateur européen, qui par l'établissement de qualification autonome recherche a harmonisé les qualifications en laissant à la jurisprudence, le soin de préciser ces catégories *per se* sans considération du but escompté[416] dans l'optique certaine d'éviter les décisions arbitraires et limiter l'imprévisibilité des avis et arrêts de la Cour de justice.

B. Les limites de l'approche par rattachement fonctionnelle

Une approche source d'arbitraire. Reconnaitre une qualification délictuelle, au détriment de la condition préalable retenue par l'arrêt *Kalfelis*, constitue une source d'un certain arbitraire. Les juges se trouveraient alors dans une position où la qualification se détermine uniquement vis-à-vis du but escompté. Or, ce but varie en fonction des faits d'espèce et entrainerait une imprévisibilité dans les décisions contraires à la volonté établies par le législateur européen.

[413] CJCE, 27 sept. 1988, n°189/87, Kalfelis, préc.
[414] CJCE, 27 sept. 1988, n°189/87, Kalfelis, préc. p.2
[415] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, *op.cit.*, p. 70
[416] P. LAGARDE, intervention à la suite de la communication de M. KERAMEUS : K. KERAMEUS, « La compétence internationale en matière délictuelle dans la convention de Bruxelles » TCFDIP 1993. 255, spéc. p. 277.

Une forme d'empirisme règnerait alors, contraire à la qualification contractuelle dominante,[417] où le juge hésitant sur la qualification à retenir ne se prononcera exclusivement vis-à-vis de la finalité qu'il lui semble la plus judicieuse en considération d'espèce. Une telle position n'assurerait pas la stabilité exigée dans l'application du règlement Bruxelles I et du règlement Rome I. L'appréciation de la qualification ne se réaliserait plus sur les appréciations antérieures posées par la Cour de justice. Celle-ci retient une qualification de manière incrémentale, c'est-à-dire par ses saisines successives. Se fonder sur le rattachement catégoriel constituerait alors une forme d'arbitraire, où les décisions seraient rendues en fonction simplement des finalités sans concertation avec les éléments d'espèce. Ainsi dans le cadre de la relation de soin, il émergerait au titre de cette catégorie, une volonté d'assurer la protection du patient ou du professionnel circonstancier. Des qualifications variables de la relation, parfois contractuelles parfois délictuelles et parfois une composition des deux au titre des obligations litigieuses se présenterait. Dans le cadre d'une catégorie à des niveaux différents, comme la catégorie délictuelle subsidiaire à la catégorie contractuelle, l'approche se limite et ne justifie pas un recours à une qualification délictuelle.

[417] B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », préc., p. 302-303.

Titre II : Les conséquences d'une approche contractuelle du tourisme médical

Après avoir étudié le rapprochement de la relation de soin avec la qualification contractuelle, il convient de poursuivre l'étude de la qualification afin de mettre à jour les conséquences qu'elle entraîne[418]. Ces dernières dans le cadre du droit international privé portent sur la détermination de la juridiction et de la loi applicable. L'étude de ces déterminants permet ainsi d'analyser la concordance entre la qualification contractuelle retenue et les invariants de la relation de soin. Car celle-ci présente des spécificités particulières qui nécessitent d'être préservées pour protéger ses parties prenantes.

À ce titre, la notion de relation de soin est généralement appréciée par la doctrine sous l'égide de la notion de « *colloque singulier* »[419], révélée sous la plume de M. DUHAMEL,[420] mais également de M. PORTES qui définit l'acte médical comme la rencontre « *d'une confiance et d'une conscience* » [421]. La relation de soin repose donc sur un équilibre dans les droits des parties et dans leurs capacités à préserver la nature de leur relation. Ainsi, le patient doit disposer de prérogatives lui permettant de préserver la confiance qu'il entretient avec le médecin puisqu'« *il n'y a pas de soins sans confidences, de confidences sans confiance, de confiance sans secret* ».[422] Parmi ces prérogatives, il convient d'inclure les voies de recours envers le médecin qui consolide la confiance dans la profession. Or, si les règles de droit international privé le défavorisent, alors, le patient prendra conscience que sa capacité à réparer son préjudice sera limitée. Cette limitation génère alors une méfiance envers le praticien. Les conséquences de la qualification ne s'accorderont plus avec la conduite d'une relation de soin équilibrée.

---

[418] P. MAYER et V. HEUZE, Droit international privé, *op.cit.*

[419] F. VIALLA, « Propos introductifs à une analyse juridique des recommandations de bonnes pratiques », RDS, n° 15, 2007, p. 9-16. ; P. VÉRON, « Relation de soin et non-droit : l'introuvable obligation de soigner », RDS, n° 39, 2011, p. 9-20.

[420] G. DUHAMEL, Vie des Martyrs, Petite biblio payot classiques, p. 13 : *« il s'établit entre eux de singuliers "colloques", gages de soulagement, sinon de rémission. Car la parole sincère assiste et apaise »)*

[421] L. PORTES, « Du consentement du malade à l'acte médical », cité, p. 167-168. : *« comme la rencontre d'une confiance et d'une conscience »*

[422] B. HOERNI, *Ethique et déontologie médicale,* 2ème éd.,Masson, 2000

Analyser les conséquences d'une qualification contractuelle de la relation de soin nécessite de s'interroger sur la source de l'action en justice fondée sur un manquement à une obligation contractuelle. Ainsi pour analyser la pertinence d'un régime au regard des parties prenantes au litige, il convient de déterminer les motivations des cocontractants quant à la tenue d'un procès. À ce titre, et au regard de la jurisprudence des États membres et notamment celle des juridictions françaises, l'engagement de la responsabilité contractuelle poursuit comme objectif la réparation d'un préjudice survenu au titre d'un manquement à une obligation inhérente à la relation de soin. La source principale de litige entre praticien et patient se réalise donc au titre de la réparation du préjudice subi. Or, l'action en réparation du fait d'un manquement contractuel entraîne nécessairement l'emploi de voies de recours particulières ; en effet, les États membres de l'Union ont prévu des recours alternatifs au titre de la réparation. Ces multiples voies de recours prévues par les États reposent sur des mécanismes propres, mais une constante semble immuable. Ces recours particuliers ont tous pour objectif de faciliter la réparation, par l'intégration des assureurs des parties dans l'action. Néanmoins, les mécanismes actuels de résolution des conflits de lois et de juridictions et les voies particulières d'indemnisation ne permettent pas de venir préserver les droits du patient, qui se retrouve dans des situations désavantageuses. Certes, les voies de recours lui garantissent une action, mais pas d'une manière rendant aisé l'exercice de ces droits. Étudier les conséquences de la qualification revient aussi à s'intéresser aux moyens éventuels mis en œuvre pour limiter le déséquilibre entre les parties. Ainsi, apprécier les conséquences sur l'exercice de la relation de soin revient à souligner l'importance des voies de recours aux voies d'indemnisations particulières.

Du fait de ces enjeux, il apparaît primordial d'étudier les conséquences de la qualification de la résolution du conflit de lois et de juridictions pour les actions intentées par les parties ou des tiers au contrat (Chapitre I) pour étudier la concordance avec les exigences inhérentes à la tenue d'une relation de soin et les voies susceptibles de l'améliorer (Chapitre II).

Chapitre I : Les conséquences de la qualification sur le régime applicable

L'application du régime prévu au titre des règlements européens Bruxelles I et Rome I entraine réciproquement des effets sur les règles de conflit en cas de contentieux au titre de la relation de soin. Ces dispositions produisent non seulement des effets sur la détermination des voies et fondements de l'action, mais se répercutent aussi sur les voies d'indemnisation ouvertes dans le cadre des actions en manquement à une obligation contractuelle. Il convient ainsi de s'intéresser aux conséquences de la qualification au titre de la détermination de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable (Section I) avant d'étendre l'analyse de ces conséquences au titre de l'indemnisation (Section II).

Section I : Les effets du régime sur les règles de conflit applicables

Retenir une qualification contractuelle de la relation de soin, entraîne l'application du régime associé. Or, le régime prévu aux règlements Bruxelles I bis et Rome I est décliné en fonction de la présence d'un conflit de lois et 'un conflit de juridictions. Préalablement à l'étude des effets de la qualification, il semble opportun de revenir sur la double qualification de la relation de soin et de son effet sur l'appréciation des conséquences. La relation de soin est en effet doublement qualifiée par les règlements précédemment cités. Ces derniers disposent d'une indépendance relative entre eux quant à l'interprétation des actes. Revenir sur cette spécificité devient majeure, car l'éventualité qu'un acte dispose d'une qualification différente en fonction du règlement interprétée expose aux risques que le régime de résolution du conflit de lois et de juridiction emprunte des voies différentes. Il pourrait par exemple entraîner l'emploi des règles contractuelles de résolution du conflit de juridictions tout en ayant recours aux règles délictuelles pour résoudre le conflit de lois. Néanmoins au regard de l'effort de la Cour de justice pour harmoniser les interprétations des règlements européens, il devient possible d'estimer que seules les règles contractuelles utiles à la résolution du conflit de lois et de juridiction s'appliquent. L'existence d'un régime de résolutions hybrides des conflits en droit international privé empruntant des règles délictuelles et contractuelles s'en trouve écartée.

Malgré tout, une déclinaison doit être maintenue quant à l'application des règles contractuelles de résolution du conflit de juridictions (Sous-Section I) avant d'étudier celles au titre du conflit de lois (Sous-Section II).

Sous-Section I : La résolution du conflit de juridictions

L'emploi du règlement de Bruxelles I quant à la résolution du conflit de juridictions nécessite de retenir la version la plus précise du rapport contractuel liant le patient et le praticien. Le règlement institue certes un régime général de résolutions, mais expose aussi des régimes spéciaux lorsque le contrat présente certaines spécificités. Or, la relation de soin échappe à une qualification contractuelle générale et s'illustre en un contrat de fourniture de services. Les dispositions relatives aux prestations de services, prévues dans le règlement de Bruxelles, entraînent une détermination de la compétence juridictionnelle particulière. En effet, le règlement prévoit une attribution de la compétence juridictionnelle au pays où se réalise la prestation de service. Par conséquent, le lieu d'exécution de l'obligation caractéristique du contrat détermine la compétence. Toutefois, la question de la compétence intéresse aussi les parties, qui pourront stipuler une clause prévoyant un régime différent que celui fondé sur le lieu d'exécution. Cette possibilité reste toutefois conditionnée à ce que la présence d'une telle clause soit licite au regard de la loi applicable. L'étude des conséquences de qualification sur la résolution du conflit de juridictions nécessite donc l'analyse de compétence fondée sur le lieu d'exécution de l'obligation caractéristique (Paragraphe I), mais également l'analyse de la licéité des clauses attributives de compétence (Paragraphe II).

Paragraphe I : Une compétence localisée au lieu de survenance de l'obligation caractéristique

La mise en œuvre d'une règle de conflit particulière au titre des prestations de service se fonde sur l'application de deux textes, le règlement de Bruxelles I bis et la directive relative aux soins transfrontaliers. La compétence des juges s'en trouve doublement établie (A.). La nature particulière des contrats de service permet alors de préciser les modalités d'application de la règle de conflit (B.)

A. Une compétence doublement établie au titre de l'obligation caractéristique

Le règlement de Bruxelles assure la qualification de la relation de soin au titre des règles de droit international privé, la détermination de la compétence juridictionnelle d'un État dépend aussi de directives. En effet, la directive sur les soins transfrontaliers joue un rôle indirect dans la détermination de la compétence. Toutefois, la directive et le règlement ne disposent pas d'une normativité équivalente ni d'une vision commune de la compétence à attribuer. Malgré des logiques inhérentes à chacun des textes, leur interprétation engendre les mêmes conséquences processuelles. La directive institue en effet l'obligation de l'établissement de voie recours pour le patient pour les états membres quand le règlement lui précise que cette obligation est respectée par l'attribution de la compétence au titre de la prestation de service.

La compétence établie au titre de la directive sur les soins transfrontaliers. Le règlement de Bruxelles prévoit les dispositions utiles à l'attribution de la compétence pour tous litiges en matières civiles et commerciales. La directive sur les soins transfrontaliers semble implicitement dégager une première voie générale de résolutions de ce type de conflit. Quand bien même la directive ne renvoie pas directement aux dispositions présentes dans les autres textes de l'Union, cette dernière ne saurait être interprétée à l'appui du règlement de Bruxelles. Les dispositions de la directive mentionnent à cet effet qu'elle est adoptée sans préjudice « *d'autre règle de droit international privé de l'union, notamment celles relatives à la compétence judiciaire et au droit applicable* »[423]. Cette disposition est vue par une partie de la doctrine comme « *une invitation* »[424] à se référer aux règlements de Bruxelles I bis et de Rome I et II. Toutefois, le renvoi de la directive sur l'attribution de la compétence se révèle partiel, la directive sur les soins transfrontaliers exposant un régime relatif au remboursement des prestations de soins réalisées dans l'espace de l'Union. Ce qui accorde une place centrale aux organismes de sécurité sociale. Or, ces mêmes organismes ne se voient pas appliqués dans leur relation avec le patient le règlement de Bruxelles. Par conséquent, la directive ne délimite pas le contour général de la compétence, alors qu'elle aborde les relations avec les organismes de sécurité sociale qui ne sont pas liées aux règles de Bruxelles I. Toutefois, la directive éclaire implicitement sur la compétence, en prévoyant une obligation de voie de recours pour les États membres au titre de ces pratiques. En effet, la directive dispose dans son considérant 23 qu'il

[423] A. DUBUIS, Les droits du patient en droit de l'Union européenne, Bruylant,2017, p. 441 ; Dir. 2011/24/UE, du 9 mars 2011, Art. 2 sous q.
[424] A. DUBUIS, Les droits du patient en droit de l'Union européenne, *ibid*,

relève des États d'établir les voies de réparation du préjudice[425]. Ces voies soulignent alors la compétence au lieu de réalisation de la prestation, par la lecture de l'article 4 sous c sur la responsabilité de « *l'état membre de traitement* »[426]. L'article impose aux États de prévoir un mécanisme de réparation des préjudices subis ; or, instituer un mécanisme de réparation sous-entend que ses propres organes procéduraux auront la charge de la procédure. Sans exposer explicitement une compétence au lieu de réalisation de la relation de soin, la lecture de la directive impose de la retenir, du fait que la réparation incombe à « l'État de traitement ». Néanmoins, celle-ci n'ayant pas pour objet de régir les questions du droit international privé, il convient d'analyser les précisions établies par le règlement de Bruxelles sur cette question de l'attribution de compétence.

Un principe général de compétence juridictionnelle de l'État de résidence du défendeur. La qualification contractuelle de la relation de soin permet de préciser la règle de conflit applicable à la compétence juridictionnelle. Il est rappelé qu'en l'absence de précision ; l'article 4-1[427] du règlement doit d'appliquer. Ce dernier dispose « *Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, indépendamment de leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre*. » Mme A. DUBUIS y voit la réponse explicite aux dispositions de la directive soins transfrontaliers[428]. Cependant, les différentes exceptions à ce principe notamment celles établies par la qualification de l'acte en contrat de prestations de services entrainent potentiellement une perte de cohérence entre les textes. Or, ces exceptions renforcent finalement la cohérence en exposant un régime identique de compétence au lieu de résidence du défendeur.

---

[425] Dir. 2011/24/UE, du 9 mars 2011, Consid. 23 *: « Il est primordial de prévoir des obligations communes précises en ce qui concerne la mise en place de mécanismes destinés à faire face à un préjudice causé par des soins de santé, pour éviter que le recours à des soins de santé transfrontaliers ne soit entravé faute de confiance dans ces mécanismes. Il y a lieu que les systèmes de prise en compte du préjudice dans l'État membre de traitement ne portent pas atteinte à la possibilité qu'ont les États membres d'étendre la couverture de leurs systèmes nationaux aux patients de leur pays cherchant à se faire soigner à l'étranger lorsque ces soins sont plus appropriés pour le patient. »*

[426] Dir. 2011/24/UE, du 9 mars 2011, Art.4 sous c) : « soient mis en place des procédures transparentes permettant aux patients de déposer plainte et des mécanismes pour qu'ils puissent demander réparation conformément à la législation de l'État membre de traitement, s'ils subissent un préjudice dans le cadre des soins de santé qu'ils reçoivent »

[427] Règl. (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000, Art. 4.1 . « *Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. »*

[428] A. DUBUIS, Les droits du patient en droit de l'Union européenne, *op.cit*., p. 441

B. Une règle de conflit particulière aux prestations de services

Un principe précisé au titre des prestations de services. En soutenant que la relation de soin constitue une prestation de services, les dispositions spéciales au titre de « la matière contractuelle » tendent à s'appliquer. Ces dernières permettent de contrevenir au principe établi dans l'article 4-1 du règlement de Bruxelles bis[429] et à l'article 4-c[430] de la directive. Les dispositions spéciales du règlement prévoient en ce sens « *qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atrée dans un autre état membre* »[431]. Toutefois, ce régime d'exception dans son application entraîne la même résolution du conflit que celle de principe. En effet, en présence d'un contrat, la juridiction compétente se détermine au « *lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande* »[432]. Lors de la survenance d'un acte de soin en matière de tourisme médical, il apparaît que l'obligation litigieuse qui suscite l'action du patient se trouve au lieu de résidence du médecin. Ce qui engendre une compétence devant la juridiction du lieu de résidence du défendeur. Cette solution se conforme dans le cas spécifique des prestations de services, dont le lieu d'exécution s'apprécie au lieu où elles « *ont été ou auraient dû être fournies* »[433]. Par conséquent retenir une qualification contractuelle de la relation de soin se conforme aux considérations de la directive[434]. La qualification contractuelle autorise une compétence juridictionnelle au lieu de résidence du défendeur, si l'acte de soin se réalise ou est supposé se réaliser en accord avec la position de la directive.

La primauté du principe sur la qualification délictuelle de l'acte. Ces développements confirment davantage l'incapacité de retenir une qualification délictuelle qui créerait une dissonance avec le régime général. En effet, la détermination de la juridiction compétente s'établit alors sur le lieu où le dommage se produit ou risque de se produire[435]. La doctrine souligne que dans le cadre de la relation de soin une telle disposition engendrerait une

[429] Règl. (CE) n° 1215/2012du 22 décembre 2012 , Art. 4.1. préc.
[430] Dir. 2011/24/UE, du 9 mars 2011, Art.4 sous c), préc.
[431] Règl. (CE) n° 1215/2012du 22 décembre 2012 , Art. 7.1.
[432] Règl. (CE) n° 1215/2012du 22 décembre 2012 , Art. 7.1. préc.
[433] Règl. (CE) n° 1215/2012du 22 décembre 2012 , Art. 7.1.3 al. 2
[434] A. DUBUIS, Les droits du patient en droit de l'Union européenne, *op.cit.*, op cit p. 442
[435] Règl. (CE) n° 1215/2012du 22 décembre 2012 , Art. 7.1.3 al. 2 préc. : *2) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire »*

multiplication des cas en fonction du lieu de survenance du dommage[436]. Le dommage en matière médicale ne se réalise pas nécessairement au moment de l'acte et se produit parfois ultérieurement. À ce titre, le droit des patients s'en trouverait impacté par une variation dangereuse de la compétence des juridictions en fonction des formes de dommage. Ce qui ne semble pas en accord avec la volonté du législateur européen, lors de la rédaction de la directive sur les soins transfrontaliers. Néanmoins, reconnaître une qualification contractuelle qui prévoit la compétence au lieu d'exécution de l'obligation entraine potentiellement des solutions casuistiques différentes. Même si la qualification contractuelle renvoie le litige devant la juridiction du pays du défendeur où ce dernier réalise l'acte, ces dispositions restent conditionnées à l'absence de volonté des parties différentes.

Paragraphe II : Une compétence établie par exception au titre de clause d'attribution de compétence

Le régime d'attribution de la qualification prévu en droit européen se fonde sur le lieu d'exécution de la prestation, mais les parties sont susceptibles de convenir de règles différentes. Toutefois dans le cas de l'appréciation des clauses attributives de compétence, il convient nécessairement d'apprécier la licéité de la clause au regard du droit applicable au contrat. (A.). Or, même en accordant ces clauses, elles apparaissent désavantageuses pour le patient (B.) ce qui ne contribue pas à l'exercice normal de la relation de soin.

A. La licéité reconnue aux clauses d'attribution de compétence

Les conditions de forme relatives à l'établissement d'une clause attributive de compétence. L'établissement de ces clauses attributives est rendu possible à la lecture de l'article 25. 1. du règlement Bruxelles 1 bis[437]. Par conséquent, les conditions formelles édictées

[436] A. DUBUIS, Les droits du patient en droit de l'Union européenne, *op.cit*., p. 441

[437] Règl. (CE) n° 1215/2012 du 22 décembre 2012, art. 25 .1 : « *1. si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. La convention attributive de juridiction est conclue :*
a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite ;
b) sous une forme qui est conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles ; où

par le règlement répondent à une logique de clarté et de prévisibilité. Concernant l'exigence de clarté, cette dernière se conçoit largement, la mise en œuvre de la clause n'est pas nécessairement liée au formalise du contrat qu'elle organise. Ainsi, l'article 24. 1. sous a et sous b[438] prévoit qu'une clause s'établit à l'écrit ou à l'oral avec confirmation écrite ou être conforme à l'habitude des parties. En ce sens, la jurisprudence prolifique[439] en la matière retient la validité formelle de la clause présente dans les conditions générales de vente, quand bien même cette dernière n'était pas transmise à chaque fois aux parties[440]. La Cour n'exclut que les clauses dont la forme ne permet de déterminer le consentement des parties[441]. La jurisprudence souligne ainsi la liberté formelle laissée aux parties, la convention existe dès qu'elle demande l'existence d'un consentement. Néanmoins, le contenu de la clause doit posséder une rédaction claire pour assurer la prévisibilité de l'action. Le contenu de la clause attributive délimite objectivement la juridiction désignée compétente. La jurisprudence *Refcomp SpA contre Axa Corporate Solutions Assurance SA e.a.*[442] souligne la nécessaire clarté formelle de la clause en rattachant sa rédaction au considérant 11 du règlement de Bruxelles qui relève l'importante prévisibilité utile à l'établissement des règles. L'arrêt de la Cour de justice transpose ces exigences aux clauses attributives et impose ici une obligation particulière pour les parties. Néanmoins, la jurisprudence des juridictions françaises est venue apporter une précision majeure. La Cour d'appel de Paris expose également que la clause qui ne délimite pas la juridiction compétente, mais qui prévoit des éléments objectifs répond à l'exigence de prévisibilité[443]. Ainsi le règlement laisse une grande liberté aux parties dans la rédaction des clauses attributives, à

c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties ont connaissance ou étaient censée avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée. »

[438] Règl. (CE) n° 1215/2012du 22 décembre 2000, Art. 24 1. Sous a), b).

[439] En ce sens, CJUE, ,8 mars 2018, n° C-64/17, Saey Home & Garden, ; Cass. Civ. 1e, 17 avril 2019, n° 18-14240 ; Cass. Civ. 1e, 20 nov. 2019, n° 18-21854 ; CCIP-CA, 3 juin 2020, n° 19/20734, RG

[440] Civ. 1e, 17 avril 2019, n° 18-14240, préc.

[441] CCIP-CA, 12 févr. 2019, n° 18/21818 préc. pt. 42 : *« Il est constant que la société Interbulk eût prévu d'associer la société Tercim au projet et que cette société soit mentionnée dans le contrat pour acter sa participation à certaines étapes du projet auquel elle a effectivement pris part dans l'acquisition du terrain et la constitution de la société d'exploitation de la cimenterie. »* « *Toutefois la société Tercim n'a pas signé le contrat écrit qui a été convenu entre la société Consar et la société Interbulk et aucune pièce ne révèle qu'elle a donné son consentement effectif à l'égard de cette clause dans les conditions formelles de l'article 25 du règlement n°1215/2012*. »

[442] CJUE, 7 févr. 2013, n° C-543/10, Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA et autre, préc.

[443] CA Paris, 22 févr. 2019, n° 17/14719

condition que ces dernières démontrent le consentement des parties et la prévisibilité de la compétence. Cependant, le législateur européen cherche à définir des conditions de fond quant à la validité des clauses.

Les conditions de fond. L'article 25, au-delà d'instituer des règles formelles, limite aussi la portée des clauses attributives de juridiction par des conditions de deux ordres. D'une part, la clause ne doit pas se trouver « *entachée de nullité selon le droit de l'état membre* »[444]. D'autre part, le quatrièmement de l'article[445] conditionne sa validité à la capacité des parties à convenir à de telles clauses. Concernant la question de la nullité, il semble nécessaire de préciser que la validité de la clause doit être appréciée en fonction de la loi applicable au litige. Or, dans le cadre d'un litige portant sur une convention soumise au Droit français l'existence d'une telle clause interroge. Car le droit français tend à limiter fortement leur rédaction en les réservant au commerçant[446]. Ceci ne signifie pourtant pas la nullité de la clause, réalisée par un patient et un professionnel étranger quand la convention est soumise au droit français. Toutefois la jurisprudence française s'est positionnée très tôt en faveur d'un régime d'exception à l'article 23 concernant les contrats internationaux en Europe. Par un arrêt du 11 février 1997, en application de l'article 17 de la convention de Bruxelles de 1968[447], la première chambre civile est venue reconnaître ce régime d'exception à l'article 43 du Code civil. Les raisons de la motivation de la chambre civile furent précisées par un second arrêt du 23 janvier 2008[448]. En effet, la primauté du droit européen et le caractère opposable de ce règlement créent un régime d'exception dans le cadre des contrats internationaux[449] en désignant comme juridiction

[444] Règl. (CE) n° 1215/2012du 22 décembre 2012, Art. 25.

[445] Règl. (CE) n° 1215/2012 du 22 décembre 2012, Art. 25. 4. : *« Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 15, 19 ou 23 ou si les juridictions à la compétence desquelles elles dérogent sont exclusivement compétentes en vertu de l'article 24. »*

[446] CPC. Art. 48 : *« Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçante et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée. »*

[447] Futur art. 23 du Règl. (CE) no 44/2001 du 22 décembres 2000 (Bruxelles I)

[448] Civ. 1re, 23 janv. 2008, no 06-21.898

[449] Civ. 1re, 23 janv. 2008, no 06-21.898, préc. *« En matière internationale, l'art. 23 du Règl. (CE) no 44/2001 du Conseil du 22 déc. 2000 reconnait la validité de la clause attributive de juridiction aux seules conditions que l'une des parties au moins soit domiciliée dans un État signataire, que la situation soit internationale et que la juridiction désignée soit celle d'un État contractant ; en conséquence, viole ce texte la cour d'appel qui pour déclarer compétente la juridiction française en ce qui concerne la*

celle d'un État membre de l'Union. Par conséquent, les clauses ne se trouvent pas entachées de nullité sur le fondement du Code de procédure civile. Toutefois, une telle réflexion ne se tient que si la loi française s'applique, ce qui n'apparaît que comme un cas d'espèce dans l'application du règlement Rome I[450]. Concernant la validité de la clause au titre de la capacité des parties, le règlement rejette son emploi dans le cadre de relations avec des parties considérées par le règlement de « *partie faible* »[451]. Par conséquent, les clauses attributives de compétence sont réputées non écrites, quand elles s'inscrivent dans un contrat de consommation, de travail ou dans un contrat d'assurance.[452] La jurisprudence française eut l'occasion par la suite d'invalider une clause par la requalification d'un contrat en contrat de consommation[453]. Par conséquent, l'emploi d'une clause attributive de compétence peut être prévu dans le cadre d'une relation de soin, dans l'hypothèse où le patient n'est pas qualifié de consommateur, mais simple bénéficiaire d'une prestation de service. Néanmoins, reconnaître la validité d'une telle clause ne saurait laisser supposer un meilleur équilibrage de la relation patient médecin par cette capacité à négocier l'attribution de compétence.

B. Une compétence désavantageuse pour le patient

L'équilibre initial lors de la rédaction des clauses. En considérant que les clauses d'attribution de compétence expriment la volonté des parties, leur rédaction reste néanmoins influencée par leur capacité de négociation respective. Il convient alors d'admettre que dans le cadre de conventions réalisées au titre de l'établissement d'une relation de soin, le patient cocontractant ne dispose pas d'une capacité de négocier la finalité de la clause égale à celle du

demande formée par une partie française contre une partie allemande, retient que le contrat est rédigé en anglais et qu'il n'est pas démontré que la partie française, non-commerçante, a apprécié la portée de la clause attributive de juridiction placée à la dernière ligne du contrat et non spécifiée de manière apparente, contrairement aux prescriptions de l'art. 48 NCPC [devenu C. pr. civ.]. »

[450] *infra* p. 111

[451] Règl. (CE) n° 1215/2012du 22 décembre 2012, Condid.18 *« S'agissant des contrats d'assurance, de consommation et de travail, il est opportun de protéger la partie la plus faible au moyen de règles de compétence plus favorables à ses intérêts que ne le sont les règles générales. »*

[452] U. MARTIN, J. LULF, « Droit Judiciaire : Les nouveautés du règlement « Bruxelles I bis » » URL : https://avocat.de/app/frankreichrecht/_media/09-08-15-les-nouveaux-rglements-bruxelles-i-bis.pdf?PHPSESSID=27e2f4da9aa8d1307fa0a12d312bb703 ; Chacune de ces exceptions est rappelée respectivement dans les 15, 19 et 23 du règlement

[453] CAA Paris, 12 février 2016 « Facebook » note *la clause attributive de compétence contenue dans les conditions d'utilisation du réseau social Facebook est une clause abusive réputée non écrite*

praticien. Et même si la doctrine souligne la faible prévalence de telles clauses[454], leur présence ne rend pas la situation plus avantageuse pour le patient. En outre du fait de son faible formalisme, la clarté de la disposition freine potentiellement la compréhension du patient quant à son contenu. En outre, les contrats réalisés au titre de la relation de soin ne font que participer faiblement le cocontractant patient. Ces éléments conduisent à une interprétation critique de la situation. Dans cette perspective, les clauses attributives de compétence auront pour simple objectif que de venir confirmer la compétence de la juridiction où l'acte se réalise. Les difficultés qu'engendrent les clauses attributives de compétence dans l'exercice de la relation de soin en sont davantage exacerbées en présence d'un intermédiaire.

L'unicité de l'action en présente de relation tripartite, le cas de l'intermédiaire partie au contrat. Les difficultés inhérentes à réaliser un soin à l'étranger contribuent à l'émergence d'intermédiaires professionnels ayant pour mission de venir organiser la réalisation de l'acte de soin. Ces derniers peuvent être partis au contrat établi avec le médecin et le patient, ou simplement un intermédiaire tiers à la convention de soin. Dans un cas comme dans l'autre l'existence de clauses de compétence ne facilite pas l'action intentée par un patient. Le cas particulier d'un intermédiaire partie au contrat et de nationalité différente en atteste. Prenons l'exemple d'un patient français, lié à un médecin allemand par l'intermédiaire d'une société espagnole voudrait se prémunir de l'article 8-1 du règlement Bruxelles I. Ce dernier prévoit un principe « d'unicité de l'action » autorisant la saisine d'une seule juridiction pour traiter de l'ensemble du litige [455]en cas de pluralité des défendeurs. Cette solution assurera dans l'exemple présenté, au patient de choisir entre la juridiction espagnole ou allemande, mais en aucun cas de saisir les deux juridictions simultanément. Or ce même cas démontre le caractère désavantageux du régime mis en place au titre des clauses attributives. Si une clause venait disposer d'un régime différent de celui de l'article 8-1, ce dernier primerait, comme atteste la jurisprudence de la première Chambre civile[456]. Par conséquent, la primauté des clauses

[454] A. DUBUIS, *Les droits du patient en droit de l'Union européenne, op.cit., p.442*

[455] Règl. (CE) n° 1215/2012du 22 décembre 2012, Art. 8. 1. : *« une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut aussi être attraite :*
1) s'il y a plusieurs défendeurs, devant la juridiction du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ; »

[456] Civ. 1re, 14 mars 2018, n° 16-28.302, commentaires : L. DAVOUT S. BOLLET, « droit du commerce international, D, 2018, 1934

attributives de la compétence en cas de pluralité de défendeurs prime sur toute volonté d'établir une connexité entre les demandes. Ce qui représentera nécessairement pour le patient un frein logistique majeur dans la tenue de ces revendications. Ce premier exemple d'une relation tripartie souligne les différentes variations qui existent parfois dans l'expression de la relation de soin. Connaître la juridiction compétente entraîne alors nécessairement une analyse parallèle de la résolution du conflit de lois.

Sous-Section II : La résolution du conflit de lois

Alors que l'existence d'une clause attributive de compétence relève de l'exception dans l'application du régime d'attribution de la compétence prévue au règlement Bruxelles I, les clauses de lois applicables sont érigées en principe dans le règlement Rome I. Malgré tout, en pratique, les conventions entre patient et médecin ne présentent que rarement de telles dispositions. Dans les deux cas, la détermination de la loi applicable entraîne des conséquences diverses sur l'exercice du tourisme médical et sur la relation de soin. Quand bien même la diversité des situations engendre la résolution des conflits de lois par le biais d'une clause de droit applicable (Paragraphe I), il convient de s'intéresser à la résolution desdits conflits en l'absence de clause (Paragraphe II).

Paragraphe I : Un régime de principe d'établissement de la loi applicable par voie de clause

Le régime établi par le règlement Rome I dispose d'une logique singulière pour venir éviter la survenance d'un conflit de lois. En effet, l'emploi de règle de conflit n'est nécessaire qu'en l'absence de disposition prévue par les parties. Cette position renvoie directement au principe d'autonomie des parties (A.) qui se trouvent néanmoins conditionné par certaines règles formelles (B.)

A. Le principe d'autonomie.

Un principe cardinal du règlement. Si le règlement Rome I prévoit et organise les questions relatives aux conflits de lois, le législateur européen affirme clairement au regard des

articles 2[457] et 3[458] que la « *lex contractus* » constitue le fondement initial du régime. Pour faire respecter cette domination de la loi du contrat, les auteurs de doctrine soulignent son aspect « *universel* »[459]. Cet aspect universel s'exprime par la liberté de choix laissée au cocontractant dans l'établissement de la loi applicable. Il autorise par conséquent l'application d'une loi étrangère au détriment de celle des États membres[460]. Cette liberté ouvre la possibilité aux parties de rendre applicable une loi auquel aucun n'est soumis initialement,[461] mais aussi de déterminer plusieurs lois applicables pour chacune des obligations insérées dans le contrat[462]. En ce sens, l'article 3 expose que le principe d'autonomie dans l'établissement de la loi applicable représente la « *pierre angulaire* »[463] du régime. Ceci en complet accord avec la jurisprudence séculaire établie en France[464]. Par conséquent, les parties d'un contrat de soin peuvent privilégier un jeu varié de dispositions en vue de faire appliquer une loi au détriment d'une autre. Or, quand bien même l'autonomie des parties prévaut dans une majorité de situations, des exceptions restent prévues au regard de la qualité des cocontractants et de la nature des lois applicables au contrat.

Les limites **au principe d'autonomie.** Le règlement Bruxelles I instaure des limites au principe d'autonomie d'une manière proche de celle reconnue par le règlement Rome I concernant les

[457] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art. 2
[458] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art. 3
[459]F-X TESTU, Contrats d'affaires, Dalloz référence, 2010. Pt. 122.03 : « La convention de Rome avait déjà une vocation affichée plus large que son origine européenne : : il s'agissait d'une convention à caractère universel »
[460] S. FRANCQ, « Règlement Rome I (obligations contractuelles) », *op.cit.,* p.15 ; Ils sont également universels par rapport à la situation juridique étudiée, car ils ne posent pas de critère spatial limitant leur champ d'application. Ils sont donc : "applicable[s] à toute situation, indépendamment de sa configuration géographique, présentée devant un juge européen"
[461] S. FRANCQ, « Règlement Rome I (obligations contractuelles) », *ibid.,*: la question d'un contrat sans loi apparaît aussi discutée par les doctrines anglo-saxonnes pour une étude complète, v. P.E. NYGH, *Autonomy in International Contracts,* Oxford, 1999, Chap. 8 : *The Contrat Sans Loi,* p. 172 s.
[462]P. LAGARDE, Le dépeçage dans le droit international privé des contrats, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 1975. 649. ; M. ECKELMANS, Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome, *in Mélanges Vander Elst*, 1986, Nemesis, 243-253. ;P. MANKOWSKI, Dépeçage unter der Rom I-VO, *in Festschrift für Ulrich Spelenberg*, 2010, Sellier, p. 261. ; C. NOURISSAT, « Le dépeçage », *in CORNELOUP et JOUBERT, Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux,* Litec, 2011, p. 205
[463] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Consid.11. : *« La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles. »*
[464]Cass. Civ. 5 déc. 1910, American Trading Co.

clauses attributives de compétence, mais aussi les lois de police. Au titre de la qualité des cocontractants pour déterminer la loi applicable, les règlements se fondent à nouveau sur le concept de « partie faible », les articles 6[465],7[466] et 8[467] du règlement prévoient respectivement pour le contrat de consommation, le contrat d'assurance et le contrat de travail une limitation écrite du principe d'autonomie. Concernant la primauté des lois de polices sur celles établies par les parties au contrat, l'article 9 du règlement[468] définit la loi de police comme : « *une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tel que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement.* ». La jurisprudence de l'Union avait déjà inspiré cette position ultérieurement[469]. Ces limitations ne semblent donc pas remettre en cause la liberté des cocontractants. Liberté des parties, qui semble d'ailleurs promue par le règlement du fait de l'établissement d'un formalise des plus légers.

B. Le formalisme exigé dans l'établissement du droit applicable.

Une détermination expresse. Le premièrement de l'article 3 du règlement Rome I, prévoit un choix de la loi applicable au formalisme des plus souples. En effet, la doctrine privilégie dans le cadre des contrats d'affaires la rédaction de clauses[470] mais, le texte ne la rend pas nécessaire. Les dispositions du règlement autorisent la détermination par les juges des éléments susceptibles de le conduire vers la reconnaissance d'un choix tacite, telles que la forme du contrat et l'attitude des parties. Parmi ces indices, le juge souligne parfois en présence d'une clause attributive de compétence que les parties exprimaient également leur volonté de prévoir la loi applicable à leur litige. M. TESTU le résume clairement « *si l'ordre juridictionnel d'un pays convient aux parties, on peut penser que son ordre juridique leur convient aussi.* »[471].

[465] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art. 6 : relatif au consommateur

[466] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 , Art 7 : relatif au contrat d'assurance Le contrat d'assurance : ou la loi choisie par les parties, application de la loi applicable au lieu de résidence de l'assureur

[467] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art. 8 relatif au contrat de travail

[468] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art. 9 : Lois de Police

[469] CJCE 23 nov. 1999, no 369/96, Arblade e.a., pt. 31

[470] F-X TESTU, Contrats d'affaires, *op.cit.,* Pt.124.01

[471] F-X TESTU, Contrats d'affaires, *ibid,* 2010. Pt. 122.03

Cette position renvoie alors à la version non retenue du projet Rome I, qui prévoyait d'insérer à l'article 3.1 « » *Si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître relatifs au contrat, il est présumé que les parties ont également entendu choisir la loi de cet État membre* ». Néanmoins, sur ce rapprochement entre juridictions compétentes et loi applicable, la jurisprudence présente peu de constance. Par conséquent, si le choix tacite existe, l'appréciation faite par la jurisprudence s'avère stricte. La nécessité de clarté prévue au même article 3, exprime qu'un rapprochement s'institue avec les clauses attributives de compétence, elles doivent nécessairement démontrer que « *Le choix est exprès, ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* ».

Une détermination *a posteriori* rendue possible. Si le choix de la loi applicable au contrat doit présenter un certain formalisme, la temporalité de son établissement reste libre. En effet, il s'avère tout à fait possible de déterminer la loi applicable ultérieurement à la survenance d'un litige, si les deux parties en conviennent librement. Toutefois et comme le relève M. BOLLEE, « *en matière de conflit de lois, les bonnes solutions ne sont pas nécessairement les plus sophistiquées ; ce sont, avant toutes, celles qui permettent aux intéressés de connaître par avance, avec une relative certitude, la substance de leurs droits et obligations* »[472]. Par conséquent, quand bien même ces déterminations *a posteriori* de la loi applicable apparaissent d'une relative souplesse, il convient de souligner que les largesses de ce principe constituent un déséquilibre majeur pour le patient. La position de ce dernier dans la négociation ne lui permet pas nécessairement d'évaluer l'attribution tacite de la loi applicable ni de comprendre l'établissement postérieur au litige. Cependant et même si les conséquences de ce régime seront analysées ultérieurement, il convient de souligner que dans la pratique médicale l'existence de telles clauses reste rare. Ce qui nécessite une analyse approfondie du régime particulier à défaut de clause de loi applicable.

Paragraphe II : Un régime particulier à défaut de clause de loi applicable

Dans le cadre où les parties n'ont su se mettre d'accord sur la loi applicable lors de la conclusion du contrat, ou plus généralement lorsqu'elles n'ont pas prévu de clauses, le régime de résolution

[472] S. BOLLEE, obs. sous Cass. com. 19 déc. 2006, D. 2007. 2562.

du conflit de lois se fonde le plus souvent sur le lieu de réalisation de la prestation (A.). Il se révèle alors désavantageux pour le patient à plusieurs titres (B.)

A. Le régime d'attribution pour les prestations de service.

Un régime fondé sur le contrat de prestation de services. L'article 4 du règlement Rome I prévoit[473] une série de règles de désignation de la loi applicable à défaut de choix. Ces-dites règles se présentent de manière hiérarchisée au sein de cet article, si la règle générale prévue au premier alinéa ne s'applique pas, la règle du second alinéa doit être analysée et ainsi de suite. Les auteurs interprètent cet article comme une règle d'attribution à plusieurs rangs. Dans le cadre d'une appréciation du contrat de soin comme une prestation de services les règles de rang un et de rang trois tendront à s'appliquer. La règle de premier rang prévu au premièrement de l'article 4 dispose au sein de son b, le régime applicable aux prestations de services[474] : » *b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services à sa résidence habituelle* ». À la différence du régime appliqué à la compétence juridictionnelle qui forme la compétence au lieu de réalisation de la prestation, les dispositions du règlement Rome I se fondent-elles sur le lieu de résidence du prestataire de services. Néanmoins, malgré cette différence, la règle de rang trois permet de venir déroger à ce principe initial par l'emploi du critère des liens étroits.

Un régime dérogatoire fondé sur la notion de « lien étroit ». Si la détermination de la loi applicable s'exprime au lieu de résidence du prestataire de services, le règlement dispose d'un régime particulier. En effet, le troisièmement de l'article 4 dispose que « *Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique*. ». La notion de lien étroit s'analyse donc au titre des circonstances de la cause. La jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendue sous l'égide de la convention de Rome prévoit une définition de ces liens étroits, et expose que les liens s'apprécient en fonction du lieu de réalisation de la prestation et de la nationalité des parties au contrat[475]**.** L'aspect dérogatoire de cette règle de rang trois interroge toutefois, notamment sur

[473] F-X TESTU, Contrats d'affaires, *op.cit.*, pt.122.12
[474] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art. 3. 1. sous a., b.
[475] Cass. Com. 19 déc. 2006, no 05-19.723, Bull. civ. IV, no 255. : *« le juge saisi doit procéder à une comparaison des liens existant entre le contrat et, d'une part, le pays où la partie qui doit fournir la*

le fait de savoir comment celle-ci peut déroger à la situation où la règle au premièrement serait amenée à primer sur les autres. Pour la doctrine cela démontre le caractère d'exception[476]. En ce sens, la jurisprudence eut l'occasion[477] d'exposer que le caractère manifeste de la présence de liens étroits commande son application au détriment des règles de premiers et de second rang. Une telle position jurisprudentielle s'explique au regard de la convention de Rome qui disposait antérieurement à la mise en œuvre du règlement dans son article 3, que le droit applicable devait présenter les liens les plus étroits avec le contrat. Au-delà de son statut de principe cardinal à cette époque, les autres régimes d'établissement ne constituaient alors que de simples présomptions à l'existence d'un lien étroit. En définitive, le passage d'un mécanisme d'attribution fondé sur le lien étroit avec un jeu de présomption, à un mécanisme de règles hiérarchisées, ne se réalise pas sans quelques concessions. Malgré tous les différents régimes discutés, ces derniers restent défavorables au patient.

B. Un régime désavantageux pour le patient

L'universalisme source d'un éclatement du régime applicable. Le principe d'établissement libre de la loi applicable est inscrit en principe au sein la convention de Rome. Cette liberté contractuelle engendre nécessairement une difficulté pour le patient qui se trouverait sûrement dépassé par le régime auquel il consent. En effet, le possible éclatement des lois applicables en fonction des obligations rendrait la lisibilité de son recours complexe. En outre, ce principe d'autonomie autorise l'intégration de clauses prévoyant l'application de la loi d'un pays non-membre de l'Union alors que l'acte se serait réalisé au sein d'un pays quant à lui membre. Une telle position a pu engendrés par exemple l'application de la loi algérienne dans un litige formé entre deux ressortissants de l'Union comme la jurisprudence la Cour de cassation l'a reconnue[478]. Ainsi, et de manière générale le patient ne dispose d'une capacité d'analyse suffisante pour négocier l'ensemble de ces dispositions. Convenir de la loi applicable sur la « *Lex contractus* » engendre nécessairement une position déséquilibrée pour le patient.

---

prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, et, d'autre part, l'autre pays en cause, et rechercher celui avec lequel il présente les liens les plus étroits »

[476] F-X TESTU, Contrats d'affaires, *op.cit.*, pt.122.12 : « moins d'une règle subsidiaire que d'une règle éminente, susceptible de l'emporter sur les solutions spéciales qui précèdent »

[477] Cass com. 19 dec. 2006, n°05-19.723 préc.

[478]: Civ. 1e, 25 janv. 2000, n° 98-17359 : *« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les contre-garanties émises par [le contre-garant] en faveur [du garant] prévoyaient que tout litige né de leur exécution serait soumis à la loi algérienne, la cour d'appel a violé le texte susvisé »*

Le défaut de choix constitutif d'un régime identiquement désavantageux. La liberté de choix laissée aux parties dans la détermination de la loi applicable constitue un avantage pour les professionnels de santé par leur position préférentielle dans la négociation du contrat. Or, il ne faut pas en déduire que l'absence de choix des parties rééquilibre la relation et constitue un avantage pour le patient. En effet, le règlement Rome I prévoit une attribution de la loi applicable au lieu de résidence du prestataire de services. Ceci engendre un renouvellement des critiques réalisées au titre des règles d'attribution de compétence[479], ainsi, les propos exprimés précédemment soulignent que la résolution des conflits de lois et de juridictions s'opposerait aux intérêts des patients qui réalisent ces actes. Néanmoins, ces difficultés s'estompent éventuellement par la participation ou la contribution des débiteurs des parties au contrat. En effet, s'il apparaît difficile pour un patient d'instruire une action contre un médecin du fait d'un manquement à une obligation contractuelle, son assureur quant à lui disposera d'une capacité d'instruction supérieure.

Section II : Les conséquences sur les actions en indemnisation

En cas de survenance d'un manquement à une obligation contractuelle constitutive d'un préjudice, la réparation de ce dernier ouvre plusieurs voies d'action. Quand bien même une action en réparation à l'égard du cocontractant apparaît comme un principe, c'est généralement les assureurs qui trouvent un intérêt dans l'action. Il leur incombe de réparer le préjudice couvert par eux au bénéfice des patients comme des professionnels. Cette obligation de garantir le professionnel en particulier trouve sa source de la directive 2011/24/UE dans son article 4 qui rend cette protection obligatoire en vue de protéger les droits des patients transfrontaliers. L'obligation de retenir une qualification engendre des conséquences quant à leur capacité à faire peser le poids de l'indemnisation sur l'une des parties prenantes. Il convient alors d'analyser l'action contre le débiteur du débiteur de l'obligation contractuelle, par action directe (Sous-Section I), et l'action de l'assureur de la victime à qui incombe la réparation du préjudice (Sous-Section II).

[479] *supra* p. 102

Sous-Section I : Le recours possible à l'action directe

L'indemnisation du préjudice lié à un manquement contractuel passe généralement par le recours contre l'assureur de l'auteur du manquement. Une telle action directe devient néanmoins possible en vertu de l'existence préalable et obligatoire en Europe d'une assurance professionnelle. Néanmoins, et bien que l'action directe soit rendue possible, il convient de remarquer que sauf régime particulier[480] elle n'existe que si elle est reconnue par le droit auquel elle se soumet. Par conséquent, son ouverture et notamment celle à l'encontre des assureurs se réalise à la discrétion des États. De ce fait, déterminer la possibilité d'y recourir, revient à déterminer si le droit applicable au fond du litige le prévoit. Or l'absence de précisions quant à la détermination de la loi applicable à ce régime, n'apparaît pas clairement établie au sein du règlement Rome I. Pour apprécier l'action directe en matière contractuelle, le juge des États membres et de la Cour de justice eut alors à s'inspirer du régime établi au titre des relations délictuelles (Paragraphe I) pour déterminer ce régime en matière contractuelle (Paragraphe II).

Paragraphe I : Un recours à l'action directe établi initialement en matière non contractuelle

Avant d'être pleinement apprécié au sein de l'Union, des recours à l'action directe étaient habituellement présents uniquement dans certains droits internes d'États membres, tels que la France (A.). Ils furent ensuite repris et précisés au sein du règlement Rome I (B).

A. Un recours à l'action directe initialement prévu en droit interne

Un recours étendu du fait de l'obligation d'assurance. S'intéresser à la capacité et au moyen de recourir à une action directe pour le patient sous-entend l'analyse avant même du régime, une détermination de la présence d'un assureur. En effet si l'obligation d'assurance ne relevait pas du champ des obligations professionnelles, la pertinence et la possibilité de l'action directe s'en trouveraient limitées. Les professionnels ou les compagnies d'assurance refuseraient certainement de consentir à de tels contrats dans le but de limiter la survenance de telles actions. Cependant, le droit européen dans l'objectif en outre de préserver la santé des

[480] Notamment au titre de la responsabilité du fait des produit défectueeux qui exprime directement une action au niveau européen dans la directive produit défectueux.

assurés européens, est venu rendre systématique la conclusion de police d'assurance. Malgré le fait que le droit européen soit venu intimer cette obligation aux professionnels, il avait initialement rejeté cette obligation. Au titre en effet de la directive 26/123/CE du 12 décembre 2006[481] les professionnels de santé et les pharmaciens se trouvaient à la lecture du considérant 22 exclus d'une obligation d'assurance dans le cadre de leur activité dans le marché intérieur[482], l'article 2. al.2 sous f.[483] rejetait en son temps les services de soin du champ d'application de la directive. Cependant, une telle position constituait un paradoxe à la lecture de l'article 23 de la directive qui invite les États à contraindre les prestataires de services à s'assurer quand leur pratique présente « un risque direct particulier pour la santé »[484]. Ces ambiguïtés relatives à l'obligation d'assurance des professionnels furent néanmoins levées par la directive relative aux soins transfrontaliers. L'article 4 de la directive expose alors l'obligation pour les États où le traitement médical se réalise, d'imposer aux professionnels la souscription d'une assurance[485]. Cette innovation prévue par la directive des soins transfrontaliers autorise l'appréciation pleine et entière du régime de l'action directe, du fait de l'existence systématique d'un assureur.

[481] Dir. (UE) n° 2006/123/CE du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *OJ L 376, 27.12.2006, p. 36–68*

[482]Dir. (UE) n° 2006/123/CE du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2006, Consid. 22 : « *L'exclusion des soins de santé du champ d'application de la présente directive devrait couvrir les services de soins de santé et pharmaceutiques fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé lorsque ces activités sont réservées à une profession de santé réglementée dans l'État membre dans lequel les services sont fournis.* »

[483]Dir. (UE) n° 2006/123/CE du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2006, Art. 2. 2. F. : *« les services de soins de santé, qu'ils soient ou non assurés dans le cadre d'établissements de soins et indépendamment de la manière dont ils sont organisés et financés au niveau national ou de leur nature publique ou privée »*

[484] Dir. (UE) n° 2006/123/CE du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2006, Art. 23. 1. : *« Les États membres peuvent prévoir que les prestataires dont les services présentent un risque direct et particulier pour la santé ou la sécurité du destinataire ou d'un tiers ou pour la sécurité financière du destinataire, souscrivent une assurance responsabilité professionnelle appropriée au regard de la nature et de l'étendue du risque, ou prévoient une garantie ou un arrangement similaire équivalent ou fondamentalement comparable pour ce qui est de sa finalité*. »

[485] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011, Art. 4 : *« Compte tenu des principes d'universalité, d'accès à des soins de bonne qualité, d'équité et de solidarité, les soins de santé transfrontaliers sont dispensés conformément :d)des systèmes d'assurance responsabilité professionnelle, ou une garantie ou une formule similaire qui est équivalente ou essentiellement comparable quant à son objet et qui est adaptée à la nature et à l'ampleur du risque, soient mis en place pour les traitements dispensés sur son territoire; »*

L'action directe antérieure au règlement Rome I. La doctrine française a donné une qualification de l'action directe relative [486]en exposant « *qu'elle prend naissance dans le droit à la réparation de la victime pour le préjudice dont l'assuré est reconnu responsable ; il s'agit d'une action distincte de l'action en responsabilité elle-même.* Dans un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation de 1939[487] une première détermination du régime fut établie. De cette jurisprudence ressort deux principes appliqués continuellement jusqu'à l'établissement des règlements européens Rome I et Rome II. Ils permettent d'appréhender le cas de l'action directe au regard d'un assureur ou d'un cocontractant étranger. Les jurisprudences initiales françaises délimitent « *les deux facettes de l'action directe* »[488]. Deux éléments se doivent alors être déterminés. D'une part, il convient d'analyser si la loi applicable au litige prévoit un droit à réparation de la victime par action directe. D'autre part, si un tel régime est prévu, il convient d'étudier les moyens de réparation au regard du contenu du contrat. Cette position en droit interne français est soulignée par la doctrine qui commente la position jurisprudentielle comme étant « *si constante et ferme qu'il devient rare de rencontrer des arrêts réitérant ce principe, connu de tous et critiqué par personne* »[489]. Néanmoins, bien que la jurisprudence engendre une application sans ambiguïté, quand la question de la nationalité des parties reste identique, la question de l'action directe en droit de l'Union garde sa part de complexité. La possibilité de recourir à l'action directe et la détermination du régime de réparation applicable soulèvent une complexité que la jurisprudence eut des difficultés à appréhender. Pour illustrer cette complexité, il convient de prendre l'exemple de la difficulté de détermination des voies de réparation pour l'assuré victime résidant habituellement en France, face à l'auteur du dommage résidant habituellement en Allemagne et qui a souscrit une assurance avec un assureur résidant habituellement en Hollande, pour un accident survenu en Espagne. La détermination de la loi applicable qui fonderait une action directe se complexifie, tout comme l'appréciation de la loi applicable pour déterminer les moyens de réparation du préjudice. Pour expurger ces difficultés,

[486] Arrêt de la chambre civile en date du 28 mars 1939. S. Abravanel-Jolly, Droit des assurances, 3e éd., Ellipses, 2020, n° 83 7; V. aussi, P.— G. Marly, Droit des assurances, Dalloz, 2013, n° 247, qui cite un arrêt plus ancien : Civ. 14 juin 1926, DP 1927. I. 57, note L. Josserand et rap. A. Collin ; S. 1927.1.25, note C. Esmein ; Lamy Assurances 2020, n° 1584 ; Adde Y. Avril, Chapitre II. Le recours contentieux ; Section 1. L'action directe de la victime contre l'assureur, *in R. Bigot et A. Cayol (dir.), Le droit des assurances en tableaux*, Ellipses, 2020, à paraître

[487] Cass. Civ, 28 mars 1939, publié au Bulletin 1939 N° 87

[488] R. BIGOT « la loi aplicable à l'action direct en matière non contractuelle contre l'assureur » Civ. 1re, 18 déc. 2018, FS-P+B+I, n° 18-14.827 et 18-18.709 ; dalloz actualité 30 janvier 2020

[489] B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, Droit des assurances, 3e éd., LGDJ, Lextenso éd., 2018, p. 749, n° 754, in fine : citant Civ. 1re, 22 juill. 1986, RGAT 1986. 595, note G. VINEY ; avant de reconnaitre que *« le droit québécois est moins hésitant : Le montant de l'assurance est affecté exclusivement au paiement des tiers lésés* »

la Cour de justice et les juridictions des États membres mirent en place un mécanisme de résolution particulier au titre des obligations non contractuelles avant de la retranscrire en matière contractuelle.

B. Un recours précisé par le règlement Rome II.

Le Principe de recevabilité de l'action directe. Le règlement Rome II dispose que « La personne lésée peut agir directement contre l'assureur de la personne devant réparation si la loi applicable à l'obligation non contractuelle ou la loi applicable au contrat d'assurance le prévoit. ». En conséquence, le règlement dispose que le recours à l'action directe dépend de la loi applicable au litige. La jurisprudence de la Cour de justice est venue préciser les contours de cet article dans l'arrêt Prüller-Frey[490]. En ce sens, le dispositif. 2 du motif 45[491] expose que la loi qui détermine la capacité de recours à l'action directe doit être celle applicable à l'obligation non contractuelle et non la loi applicable au contrat d'assurance[492]. Pour illustrer les conséquences de cette position, il convient de présenter un exemple. Dans le cadre d'un accident routier survenu en France entre un français et un conducteur allemand assuré par une société polonaise, la loi applicable s'apprécie au lieu où le manquement à une obligation non contractuelle se constitue, c'est-à-dire la France. Si l'action directe est permise par le droit français dans ce cas d'espèce, alors, le conducteur français pourra se retourner contre l'assureur polonais quand bien la loi applicable au contrat d'assurance ne prévoit pas une telle action. La jurisprudence française emboita le pas à cette jurisprudence Prüler-Frey dans un arrêt du 18 décembre 2019[493]. En l'espèce, il s'agissait de l'installation de panneaux photovoltaïques par une société hollandaise assurée par une société également hollandaise auprès d'un particulier

[490] CJUE 9 sept. 2015, n° C—240/14, eleonore prüller-frey c/norbert brodnig, axa versicherung ag, D. 2015. 1838 ; *Ibid.* 2016. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON ; F. JAULT-SESEKE ; RTD eur. 2016. 664, obs. L. GRARD

[491] CJUE,9 sept. 2015, n° C-240/14, Prüller-Frey ; préc. pt.45 : *« L'article 18 du règlement (CE) n° 864/2007 (…) ("Rome II"), doit être interprété en ce sens qu'il permet, dans une situation telle que celle au principal, l'exercice, par une personne lésée, d'une action directe contre l'assureur de la personne devant réparation, lorsqu'une telle action est prévue par la loi applicable à l'obligation non contractuelle, indépendamment de ce qui est prévu par la loi applicable au contrat d'assurance choisie par les parties à ce contrat » »*

[492]En ce sens H. SLIM, Responsabilité civile délictuelle en droit international privé, J.-Cl, Resp. civ. assur., fasc. 255, 2016, n° 1 ; P. PAILLER, Manuel de droit européen des assurances, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2019 ; J. KNETSCH, « La réparation du dommage extracontractuel en droit international privé *», in Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, in Mélanges en l'honneur du Professeur B. ANCEL*, LGDJ, Lextenso éd., 2018, p. 979 s.

[493] Civ. 1re, 18 déc. 2019, n° 18-14.827 et 18-18.709. com. R. BIGOT « la loi applicable à l'action direct en matière non contractuelle contre l'assureur », Dalloz actualité, 2020

résident en France. La haute juridiction avait alors repris le motif de l'arrêt Prüller-Frey, qui détermine la loi applicable au lieu de réalisation du dommage. Cette loi déterminée compétente, offrait une capacité d'engager une action directe. Le recours du particulier contre l'assureur de l'installeur s'en trouvait validé. Toutefois, les prétentions du demandeur qui tendait à faire peser sur le contrat d'assurance la loi française furent rejetées. La Cour de cassation eut à cœur de distinguer la loi applicable à l'action directe de celle applicable au contrat d'assurance. La position apparaissait alors peu favorable au particulier qui même s'il disposait d'une action directe au titre du droit français, voyait son régime d'indemnisation par l'assurance soumis au droit néerlandais moins réparateur. La doctrine souligna à plusieurs reprises[494] l'intérêt d'une telle pratique au titre de la prévisibilité de l'action, non pas pour le requérant, mais pour l'assureur de ce régime puisque celui-ci devient susceptible de prévoir l'application de l'action et de préserver le contenu du contrat d'assurance.[495]

Paragraphe II : Un recours à l'action directe reconnue en matière contractuelle

Des prescriptions prises en matière délictuelle, une version applicable en matière contractuelle fut instituée par la reconnaissance d'un lien contractuel entre les parties à l'action (A.). Cependant en fondant la recevabilité de l'action directe en vertu de la loi du défendeur à l'action le régime n'apparait pas avantageux pour le patient (B.)

A. La reconnaissance d'un lien contractuel

Une tentative initiale d'harmonisation jurisprudentielle de la recevabilité de l'action directe. Les conditions de recevabilité de l'action au regard de la loi applicable au lieu de survenance du dommage apparaissent comme constantes en matière délictuelle. La détermination de la loi applicable en matière contractuelle ne bénéficie pas d'une telle continuité. Les premières tentatives d'établir un régime à défaut de position de la Cour de justice furent intentées par la Cour de cassation. Un premier arrêt 2000 représentait le premier essai de transposition de la position jurisprudentielle. Cette volonté initiale d'harmonisation en matière

[494] B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, Droit des assurances, *op.cit., p. 749*
[495] B. BEIGNIER et J. ; M. DO CARMO SILVA (dir.), *Code des assurances 2019*, 13e éd., LexisNexis, 2019, sous art. L. 124-3, p. 347, n° 12). En définitive, le régime juridique de l'assurance, « notamment la détermination des exceptions que peut opposer l'assureur, est soumis à la loi du contrat » (Y. LAMBERT-FAIVRE ET L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 14e éd., 2017, n° 775).

de contrat conduisit à admettre que la recevabilité se fonde sur le lieu de survenance du dommage. La position de la Cour fut critiquée par la doctrine. Dans un sens, le régime établi engendrait pour la victime une potentielle perte de sa capacité à intenter une action directe si la loi applicable au lieu de survenance du dommage ne la prévoyait pas même, si le contrat d'assurance prévoyait cette action[496] . Une telle position fut réitérée en 2015 sous l'égide cette fois du règlement de Rome II nouvellement ratifié qui fut alors étendu aux obligations contractuelles. La jurisprudence de 2015 confirmait alors que la recevabilité de l'action directe était déterminée par le lieu de réalisation du dommage. Les critiques initialement émises pour l'arrêt de 2000[497] furent renouvelées[498]. Bien que certains auteurs justifiaient cette position par « *l'impasse* » [499]dans laquelle se trouvait la Cour de cassation. En effet, La question de l'action directe en matière de relation contractuelle se pose mais, les fondements juridiques européens restent inexistants. Cette dissymétrie des textes [500]force la Cour à établir une analogie avec les prescriptions prises en matière délictuelle. La critique notamment formulée par le professeur HEUZE[501] sur la mauvaise interprétation établie du rapport contractuel reconnu entre les parties sous les jurisprudences de la Cour de cassation en 2000 fut réitérée en 2005. Certes si les parties ne sont pas liées par un lien contractuel précis, des liens entre les causes des obligations des parties sont présents. En ce sens que si l'assureur s'oblige à garantir un professionnel du fait de son activité, il s'oblige indirectement à repérer le manquement aux obligations de ce dernier envers son cocontractant.

Le régime établi au titre de la jurisprudence du 18 décembre 2019. La jurisprudence de 2019 constitue un rappel de la jurisprudence constante.[502] Sa portée dépasse le champ de l'action directe en matière délictuelle. En effet en rappelant ce revirement, l'arrêt semble répondre à l'appel lancé par la doctrine sous l'arrêt de 2015. La Cour de cassation retenait que la loi applicable sur le contrat d'assurance et non sur le lieu de survenance du dommage. Le cocontractant victime se trouve alors face à un régime plus cohérent. Néanmoins dans le cadre

[496] V. HEUZE, Rev. crit. DIP 2001, p. 682
[497] Civ. 1re, 20 déc. 2000, n° 98-15.546 et n° 98-16.103, Rev. crit. DIP 2001. 682, note V. HEUZE ; RTD com. 2001. 504, obs. B. BOULOC ; ibid. 1057, obs. P. DELEBECQUE ; RCA 2001, n° 132 ; JCP 2001. I. 338, obs. G. VINEY ; RGDA 2001. 330, note J. LANDEL ; ibid. 1065, note V. HEUZE ; Droit et patr., juin 2001, p. 122, obs. J. MONEGER
[498] J. BIGOT (dir.), J. KULLMANN, L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances, t. 5, Les assurances de dommages,* préf. G. Durry, LGDJ, Lextenso éd., 2017, p. 708, n° 1721).
[499] J. BIGOT (dir.), J. KULLMANN, L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances*, *Ibid.*
[500] Civ. 1re, 9 sept. 2015, n° 14-22.794, JCP 2015. 991, note F. MAILHE ;B BIGGOT
[501] V. HEUZE, Rev. crit. DIP, ibid. p. 682.
[502] V. HEUZE, Rev. crit. DIP, ibid. p. 682

d'un patient victime, une telle position engendrerait un risque certain. Or, cette position doctrinale fut reprise par la jurisprudence du 18 décembre 2019.

B. Une appréciation de la recevabilité source d'une insécurité pour le patient.

Un patient cocontractant désavantagé. La précarité du patient interroge dans le cas de la recevabilité de l'action directe en matière contractuelle qui se fonde sur la loi applicable établie par le prestataire. En outre, quand bien même cette loi prévoit les mécanismes d'indemnisation en cas de dommage causé par l'assuré, deux éléments délétères ressortent quant à l'action directe du patient. D'une part, en retenant le régime d'indemnisation prévu par la loi applicable au contrat d'assurance, le patient qui intente une action directe se risque alors à soumettre son droit à réparation à un régime d'indemnisation moins avantageux[503]. D'autre part et au regard de la liberté des parties dans l'établissement du contrat d'assurance, l'éventualité se pose que l'assureur et l'assuré professionnel s'entendent sur une loi applicable à leur relation qui désavantagerait davantage le patient, voir le priver d'action. Malgré cette éventualité, il semble peu probable que l'assuré professionnel de santé consente à une assurance qui dans une tentative de se protéger contre l'action directe limiterait la protection assurantielle dont il dispose. Il n'en reste pas moins que le patient, n'apparaît pas comme un cocontractant habituel au regard des règlements européens, sa capacité de négocier ces garanties en réparation en cas de manquement le démontre. Toutefois, si l'action de la victime directe d'un manquement à une obligation comporte des éléments de complexité, l'emploi du recours subrogatoire permet d'en lever certains.

Sous-section II : Le recours limité à l'action subrogatoire

À la différence de la recevabilité d'une action directe, le régime de l'action subrogatoire ne se fonde pas sur une interprétation par analogie avec le régime prévu en matière délictuelle. À l'inverse, la subrogation en matière contractuelle a inspiré le régime délictuel. Les questionnements sur le recours à une telle action s'établissent d'une manière plus pérenne et moins sujette à l'interprétation. L'action subrogatoire se définit comme l'action dont un tiers

[503] Civ. 1re, 18 déc. 2019, n° 18-14.827 et 18-18.709. *« Où la loi néerlandaise permet la réparation dans a limite de la garantie souscrite par l'assurée » ; « la proratisation de l'indemnisation en cas de dépassement du plafond de garantie en présence de sinistres sériels, prévue à l'article 7:954, alinéa 5, du code civil néerlandais, en matière de dommages corporels, s'appliquait également aux dommages matériels »*

dispose quand une personne, un créancier possède des droits à l'égard d'une autre personne, le débiteur, et que ce tiers a l'obligation de couvrir lesdits droits du créancier en matière de responsabilité médicale et d'indemnisation du préjudice subi. L'action subrogatoire est celle dont dispose l'assureur sur le patient qu'il assure face au manquement contractuel du praticien. Une telle action reste cependant inconnue dans certains États membres, où la notion de subrogation n'existe pas[504]. Néanmoins une telle subrogation dans les droits de l'assuré se montre clairement établie dans le règlement Rome I. Or si une action subrogatoire conventionnelle de l'assureur demeure possible et souhaitable (paragraphe I) l'action de l'organisme de sécurité sociale qui dispose d'une obligation de couverture du créancier patient nécessite une approche plus prudente du fait du champ d'application des règlements Bruxelles I et Rome I, limité pour les organismes publics (paragraphe II).

Paragraphe I : L'action subrogatoire de l'assureur

Pour analyser la capacité dont dispose un patient à céder le droit à réparation lié à un manquement contractuel à son assureur, une analyse de la loi applicable à une telle subrogation s'avère nécessaire. Il convient donc d'apprécier la relation assureur et patient comme conventionnelle (A.) ce qui engendre des conséquences bénéfiques pour le patient (B.).

A. Une recevabilité de l'action subrogatoire conventionnelle.

Une action subrogatoire précisée par le règlement Rome I. La question de la capacité à recourir à une action subrogatoire fut très tôt résolue dans la convention de Rome[505] en ses

[504] P. LARGARDE : convention de Rome : obligation contractuelle, répertoire de droit européen, *op.cit.*
[505] Conv. (UE) n° C-027 du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit convention de Rome), Journal officiel p. 0034 - 0046

articles 12[506] et 13[507]. Toutefois, des auteurs ont remis en cause sa relative clarté[508]. La convention n'effectue pas une distinction claire entre les subrogations conventionnelles et celles prévues par la loi. D'une part, certains États instituent des régimes particuliers de subrogations si le droit subrogé est un droit réel ou personnel[509]. Face à ces difficultés d'interprétation relatives au champ d'application de la convention, le règlement de Rome qui lui succède clarifie la situation. D'autre part, les articles 14 et 15 déterminent chacun des régimes certes voisins, mais distincts entre les subrogations conventionnelles et légales[510]. Par ailleurs, le considérant 38 précise que les relations établies par les cocontractants portent autant sur les droits réels que personnels. En effet dans son ancienne rédaction, l'article 12 de la convention abordait la cession au titre d'un transfert d'obligation et non de cession de droit réel. L'article 14 substitua au terme « *obligation* » le terme « *relation* », dont le champ d'application se révèle plus étendu. La relation « subrogeant subrogée » demeure une relation contractuelle, celle-ci peut porter indifféremment sur le recouvrement de créance lié à un droit réel que sur une obligation de réparation du préjudice liée à un droit personnel. Ces précisions établies, il convient donc de revenir sur la nature de la subrogation pouvant s'appliquer entre l'assureur et l'assuré et sur sa recevabilité. Son traitement se voit à cet effet soumis à l'article 14 du règlement Rome I.

La recevabilité d'une subrogation conventionnelle. Le paragraphe premier de l'article 14 du règlement Rome 1 conditionne la recevabilité de l'action subrogatoire au regard de la Loi

[506] Conv. (UE) n° C-027 du 19 juin 1980, Art.12 *: « 1. Les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance sont régies par la loi qui, en vertu de la Présente convention, s'applique au contrat qui les lie.*
2. La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur. »
[507] Conv. (UE) n° C-027 du 19 juin 1980, Art. 13 : *« 1. Lorsque, en vertu d'un contrat, une personne, le créancier, a des droits à l'égard d'une autre personne, le*
Débiteur, et qu'un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier ou encore que le tiers a désintéressé le créancier en exécution de cette obligation, la loi applicable à cette obligation du tiers détermine si celui-ci peut exercer en tout ou en partie les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations. »
2. La même règle s'applique lorsque plusieurs personnes sont tenues de la même obligation contractuelle et que le créancier a été désintéressé par l'une d'elles.
[508] S. FRANCQ, loi applicable aux obligation contractuelles matière civile et commerciale, *op.cit. p.13*
[509] GARCIMARTÍN ALFÉREZ, European Legal Forum 2008, I-78 ; sur la part des aspects contractuels et de droit réel de la cession de créance : M. BRIDGE, Law Quaterly Review 2009, 671-698
[510] S. FRANCQ Loi applicable aux obligations contractuelles : matière civile et commerciale, *op.cit.* p. 14

applicable à la convention[511]. Par conséquent, une action subrogatoire contre le débiteur établie en faveur du bénéficiaire de la cession, le subrogé, apparait possible si la loi applicable à la convention le prévoit[512]. Néanmoins, il convient de préciser qu'au regard des articles 3 et 4 du règlement, les parties disposent d'une liberté de choix de la loi applicable[513] et ce n'est qu'à défaut de ces prévisions qu'un régime de détermination de la loi applicable est prévu[514]. Or, en matière de contrat d'assurance, l'article 7 prévoit à défaut de choix, l'application de la loi du lieu de résidence habituelle de l'assureur. La jurisprudence de la Cour de justice sur ces questions apporte certains enseignements. L'arrêt *BGL BNP*[515] précise le régime de l'action subrogatoire conventionnelle. Cet arrêt porte sur les cessions de créances, et fonde son raisonnement sur la loi applicable aux subrogations. Les juges rappellent dans les motifs 24, 25 et 26, les principes généraux établis à l'article 14 du règlement et en apprécient la portée. À ce titre, l'arrêt étend même les dispositions réglementaires en prévoyant que la loi applicable à la subrogation détermine aussi son opposabilité aux tiers à la subrogation. L'interprétation de la Cour apparaît donc constante comme son application par les juridictions françaises[516] appliquées au cadre d'une relation entre l'assureur et l'assuré-patient. Ce régime de recevabilité entraîne des conséquences particulières au titre des moyens d'indemnisation, mais constitue aussi une voie alternative pour assurer la réparation.

B. Les conséquences du régime de recevabilité de l'action subrogatoire dans un rapport subrogé, subrogeant, patient.

Une subrogation conventionnelle en réparation favorable pour les parties. Le régime établi semble avantageux pour le patient, s'il se trouve couvert par une assurance prévoyant ce type de risque corporel. En effet, si le régime subrogatoire avantage l'assureur en lui permettant de compenser l'indemnisation qu'il doit à la victime patiente, il faut néanmoins que le risque

[511] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art. 14 : *« 1. Les relations entre le cédant et le cessionnaire ou entre le subrogeant et le subrogé se rapportant à une créance détenue envers un tiers ("le débiteur") sont régies par la loi qui, en vertu du présent règlement, s'applique au contrat qui les lie. »*
[512] S. FRANCQ, « Règlement Rome I (obligations contractuelles) », *op.cit.* p.86 s.
[513] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 Art. 3. 1°. « *1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. »*
[514] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 ; Art. 4
[515] CJUE, 9 octobre 2019 ; n° C-548/18., BGL BNP Paribas SA contre TeamBank AG Nürnberg.
[516] Civ. 1e, 23 janv. 2007, n° 04-16018 note RTD Com. 2007 p.625, obs. Ph. DELEBECQUE, Gaz. Pal. 13 avr. 2007, p. 20, obs. Fr. MELIN ; Civ. 2e, 16 mai 2012, n° 11-30027, ; Gaz. Pal. 2012, n° 265-266, p. 44, obs. J. MOREL-MAROGER ;Dr. et patr. 2013, n° 221, p. 67, note M.-E. ANCEL

couvert soit prévu par la police d'assurance. En outre, en étant le subrogé du patient, l'assureur se retrouve dans la même situation que lui et est donc soumis à la loi et la compétence applicables au litige, qui se révèlent tout aussi désavantageuses pour lui. Dans l'hypothèse où il dispose de moyens plus conséquents pour porter l'action au lieu de réalisation de l'acte ou au lieu prévu par les parties, la situation procédurale se complexifie. La présence d'une clause de loi applicable révèle aussi certains désavantages pour le patient, dans l'éventualité où l'étranger dispose dans le contrat d'assurance d'une loi plus désavantageuse au titre de la subrogation. Toutefois, si le régime de l'action subrogatoire représente un avantage pour le patient, en le délivrant de la tenue de l'action, les contraintes du litige pèsent encore sur son assureur. Néanmoins la liberté contractuelle laissée dans l'établissement du contrat d'assurance rend possible une réflexion sur des formes plus adaptées de contrat d'assurance.

L'opportunité de contrats d'assurance tripartites. L'assureur subrogeant se trouve en difficulté dans la teneur de l'action contre le cocontractant auteur du manquement contractuel. Un mécanisme au titre de la cession subrogatoire faciliterait la tenue de l'action dans l'éventualité où l'assureur s'implante dans plusieurs États. Ainsi par la liberté laissée dans l'établissement du contrat d'assurance, les précisions dans les modalités de subrogation incomberaient aux parties. Ils conviendraient éventuellement que l'assureur du patient ne se constituerait pas subrogé, au profit d'un assureur exerçant au lieu de tenue du litige. Par exemple dans le cadre d'un groupe international d'assurance, il pourrait être prévu dans les contrats d'assurance voyage, une disposition prévoyant que l'assureur du pays du dommage appartenant au même groupe se détermine comme subrogé. À titre d'exemple, un assureur A résidant en France et un assureur B résidant en Allemagne et tous deux faisant partie du même groupe AB élaboreraient une disposition au contrat permettant que l'action du patient assuré de A serait cédée à l'assureur B. L'intérêt étant présent si le juge détermine la loi et la juridiction allemande comme compétente, l'assureur B ne subira pas les mêmes contraintes.

Paragraphe II : L'action subrogatoire de l'organisme de sécurité sociale

Quand bien même l'assureur prend généralement en charge l'indemnisation de la victime d'un accident médical survenu à l'étranger, il revient parfois aux organismes publics d'assurance maladie d'en organiser la réparation. Pour apprécier cette possibilité, il convient de s'intéresser à la capacité d'établir une subrogation légale au profit de l'assurance maladie (A.). Cette

possibilité relève certes du possible, mais son application pratique se relève désavantageuse pour le patient (B.).

A. La recevabilité d'une action subrogatoire par un organisme de sécurité sociale

La recevabilité d'une subrogation légale. L'article 14 prévoit la subrogation conventionnelle et l'article 15 du règlement prévoit la subrogation légale. Dans un parallélisme des formes louable, la recevabilité de la subrogation se détermine en fonction de la loi du tiers subrogé. En l'absence de convention ne prévoyant pas ce mécanisme, la loi du subrogé détermine l'existence d'une action subrogatoire. Si la loi applicable à leur relation autorise une telle action, cette dernière s'en trouvera validée. En ce sens, la jurisprudence du 11 mars 2009[517], de la première chambre civile éclaire sur ces modalités et poursuit une jurisprudence constante[518]. En l'espèce, la Cour soulevant l'application de l'article 14 casse et annule la décision de la cour d'appel qui avait rejeté la recevabilité de l'action subrogatoire en appliquant la loi du lieu de réalisation du dommage et non de la loi applicable au lieu de résidence du subrogé. L'absence de jurisprudence interprétative émise par la Cour de justice n'apparaît néanmoins pas comme une source d'ambigüité quant à l'application faite par les juridictions françaises. Le professeur DELEBECQUE l'atteste en commentaire de l'arrêt de 2019, « *Ces solutions ne sont que la mise en musique des dispositions de la Convention de Rome (art. 13) et aujourd'hui du règlement Rome I (art. 15 subrogations légale, l'art. 14 étant consacré à la subrogation conventionnelle).* »[519]. Toutefois si la « *mise en musique* » du règlement à l'action subrogatoire légale apparaît évident, déterminer l'application du règlement aux subrogations faite au bénéfice d'un organisme d'assurance maladie relève d'une tout autre partition.

La recevabilité de l'action de l'organisme d'assurance maladie. Les organismes d'assurance maladie disposent parfois dans les droits nationaux des États membres de la capacité d'établir une action récursoire contre l'auteur d'un fait dommageable ou d'un manquement contractuel. La France a de son côté accordé ce recours subrogatoire au profit de l'assurance maladie. Toutefois, pour que ce recours soit opposable à l'auteur, l'organisme public doit appliquer le

[517] Civ. 1e, 11 mars 2009, n° 07-21639 ; RTD com. 2010. 459, obs. Ph. DELEBECQUE, Gaz. Pal. 03 févr. 2010, p. 17 ; obs. R. CARAYOL, Rev. crit DIP 2009. 518, note O. BOSKOVIC ; Gaz. Pal. 26 juin 2009, p. 31, obs. C. GORY

[518] Com. 29 janv. 2010, RTD transports, 2010, n° 89, obs. M. NDENDÉ

[519] PH. DELEBECQUE, Assurances. Subrogation légale. Loi applicable. Loi applicable aux rapports tiers solvens/créancier, RTD com. 2010, p. 459

règlement de Rome I. Or, le règlement dans son article premier exclut de son champ d'application les contentieux liés aux « *aux matières fiscales, douanières et administratives.* ». Ceci fait directement écho au champ d'application du règlement Bruxelles I qui exclut de son champ les organismes d'assurance maladie. La jurisprudence de l'Union a néanmoins contextualisé cette application pour autoriser certains recours d'organismes publics au titre notamment du règlement de Bruxelles I. L'arrêt *Steenbergen*[520], portant sur la procédure d'*exequatur* précise dans son motif 48 « *l'exclusion de la sécurité sociale du champ d'application de la Convention de Bruxelles ne concerne que le contentieux de cette matière, à savoir les différends issus des rapports entre l'administration et les employeurs ou employés* ». Ce motif pousse alors la Cour à reconnaître l'action récursoire de l'organisme d'assurance maladie pour un contentieux qui ne relève pas du droit public. À l'inverse, mais sous la même logique, l'arrêt *Freistaat Bayern*[521]rejette l'application du règlement pour un contentieux qui relève du droit public. La cour de justice établissait alors un principe d'appréciation du champ d'exclusion de la matière administrative, en fonction de la nature du litige. Si le litige en présence relève de la matière civile ou commerciale, l'action récursoire d'un établissement public subrogé dans les droits de la victime s'envisage. Du fait d'une telle jurisprudence constante au visa du règlement de Bruxelles I, le règlement Rome I qui poursuit une logique similaire tend donc à reconnaître la subrogation légale d'un organisme d'assurance maladie et donc l'action récursoire pour les contentieux relevant des obligations contractuelles. Toutefois, et bien que cette possibilité favorise la réparation, sa mise en œuvre pratique est limitée.

B. Un système existant de subrogation légale inappliqué aux organes publics de l'indemnisation.

Un système appliqué par certains organes publics. Les organismes publics peuvent, se subroger au droit, mais les cas de mise en œuvre d'une action récursoire en vue de la réparation du dommage subit par les personnes qu'elle garantit apparaissent parcellaires. Les arrêts *Steenbergen* et *Freistaat Bayern* marquent en ce sens les maigres tentatives d'organisme public de se prévaloir des règles prévues aux règlements de Bruxelles I et Rome I. Il s'agissait respectivement en l'espèce de l'État libre de Bayern et d'une collectivité locale néerlandaise. Nos voisins germaniques et hollandais tendent à recourir au moyen prévu par les règlements

[520] CJCE 14novembre 2002, n° C-271/00, Steenbergen ; RTD eur. 2003. 529, note P. RODIERE RJS 2003. 102, obs. J.-P. LHERNOULD

[521] CJUE, 15 janv. 2004, n° C433/01, Freistaat Bayern, JDI 2004. 635, obs. A. HUET ; Rev. crit. DIP 2004. 465, note E. PATAUT

européens, pour faire falloir le droit à la réparation de leurs administrés. Cependant, les organismes publics en charge de l'indemnisation des accidents médicaux semblent ignorer un tel procédé.

Un système ignoré par l'office d'indemnisation des accidents médicaux. Nul besoin de rechercher une tentative d'engagement d'action intenté par l'ONIAM au titre d'un accident médical, même non fautif, dans la jurisprudence des juridictions françaises. Aucune action n'a en effet été intentée par l'office d'indemnisation. Or une telle position suscite une double critique. D'une part, car derrière cette absence de contentieux, se trouve le fait que les patients victimes peinent à se retourner vers cet organisme qui ne fait en aucun cas la promotion de la couverture qu'il déploie dans ce cas de figure. D'autre part, l'indemnisation des quelques accidents qui lui sont remontés ne fait l'objet d'un recours contre les auteurs fautifs de ces faits. Une telle position présente le tourisme médical, tel un passif comptable qui pèse sur les finances publiques, alors que la promotion d'une telle pratique et la sanction des acteurs négligents étrangers limiterait ce passif et engendrerait des bénéfices financiers, et humains. Face à un engagement de la responsabilité civile qui semble malgré les leviers présents reposer exclusivement sur les patients, il convient d'apprécier les conséquences d'une qualification contractuelle pour déterminer les voies d'amélioration à emprunter pour assurer la sécurité des patients qui font appel aux pratiques du tourisme médical.

CHAPITRE II : Les conséquences du régime sur l'exercice de la relation de soin

Les conditions d'existence réunies d'une appréciation contractuelle de la relation de soin, l'emploi d'une approche fonctionnelle de la qualification de cet acte constitue l'étape finale pour apprécier le devenir de cette conception au niveau européen. En l'absence d'interprétation de la Cour de justice, pronostiquer une approche contractuelle de la relation de soin dans le cadre du tourisme médical nécessite d'apprécier les conséquences d'un tel régime contractuel et leur conséquence sur l'ordonnancement des normes relatives au patient. Cet exercice révèle alors que les conséquences de ce régime rentrent en contradiction avec la conception d'un patient qui se trouve dans une situation de faiblesse par rapport au professionnel de santé. Ce rapport déséquilibré trouve notamment sa source dans la difficulté d'exercer pour le patient un recours en justice (Section I). Face à ce constat, l'approche contractuelle de la relation de soin dans la détermination des règles de conflit nécessitera une série d'évolution pour assurer une protection effective du patient (Section II).

Section I : Les effets du régime sur les recours du fait du tourisme médical

Les développements précédents portent à déterminer la compétence au lieu d'exécution de la prestation, la simple édiction de la règle n'entraine pas la déduction de tous ses effets. Ceci s'explique par la pluralité des situations d'espèces qui influencent la détermination de la compétence. En effet, même si le cas le plus courant restera celui du patient réalisant un acte dans un pays étranger par un praticien de nationalité différente, d'autres situations se trouvent aussi présentes. Il sera fait mention par exemple d'un acte, ou un diagnostic serait soigné par un médecin espagnol sur un plateau technique localisé en Allemagne. Cet exemple soulignera donc la pluralité des situations et la difficile attribution de la compétence malgré une règle qui présente une certaine clarté. Pour déterminer les conséquences d'une qualification de la relation de soin sur la détermination de la compétence et de la loi applicable, ces différentes situations qui composent le tourisme médical doivent être clarifiées. Pour se faire une première distinction

s'avère nécessaire, entre les actes qui se réalisent sans l'intervention d'intermédiaire (Sous-Section I) ou avec (Sous-Section II).

Sous-section I : Les effets de la résolution dans les relations de soin bipartites

Revenir sur la détermination de la compétence dans les relations bipartites, patient médecin, permet avant tout la résolution du conflit de juridictions. Car la règle de conflit se fonde non pas par principe sur le lieu de résidence de l'une des deux parties, mais au lieu de réalisation de l'obligation caractéristique. Cette particularité et son lien avec la résolution du conflit de lois qui ne se fondent pas uniquement sur cette même règle entrainent une distinction au titre du lieu de localisation du plateau technique. En effet, la relation de soin dans le cadre du tourisme médical se localise au lieu où se réalise la rencontre du patient et du médecin pour l'exécution d'un acte. Ce dernier le plateau technique varie en fonction de la nature de l'acte. Sa localisation engendre des interrogations qui doivent être résolues. Le plateau technique est ainsi un déterminant du régime (Paragraphe I) s'il n'est pas exclu dans des cas particuliers (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le plateau technique comme déterminant du régime de droit international privé

Le lieu de réalisation de l'acte se détermine en fonction de la localisation du plateau technique. Néanmoins, la résolution des conflits de juridictions et de loi engendre de distinguer le cas où la résidence habituelle du praticien concorde avec le lieu de réalisation de l'acte (B.) du cas où elle ne concorde pas (A.). Il convient alors de donner pour chaque cas un exemple spécifique.

A. Le cas du praticien étranger usant le plateau technique de son État d'exercice

La détermination de la juridiction au lieu de réalisation de l'acte. Dans le cas du praticien qui emploie un plateau technique de son État d'exercice. La compétence reviendra, à défaut de stipulation contraire établie par les parties, à la juridiction du lieu de réalisation de la prestation caractéristique. Cette solution s'appliquera dans une grande majorité des actes qui constituent le tourisme médical. Néanmoins, il ne représente pas toutes les situations. Le tourisme médical se présente sous plusieurs formes et engendre l'application de lois différentes plus ou moins

avantageuses pour les parties. Dans ce cas de figure où le lieu de réalisation de l'acte se situe au lieu de réalisation de la prestation, les avantages de ce régime pour le patient restent minimes du fait que toute action en réparation devra être portée dans l'état membre étranger où se réalise l'acte.

La détermination de la loi applicable. Concernant la détermination de la loi applicable, le principe prévu au règlement Rome I prévoit que la loi applicable en matière de prestation de service soit celle du lieu de résidence habituelle du prestataire de service. Dans ce cas le patient se retrouve démuni dans l'expression de ses droits établis dans son État. Il doit alors revendiquer la réparation de son préjudicie au titre de la loi du pays où se réalise la prestation. La relation de soin perd à cette occasion l'un de ces invariants, la « confiance », élément cardinal du « colloque singulier » précisé par DUHAMEL[522]. L'approche contractuelle de la relation de soin n'appréhende pas ces exigences propices à l'émergence d'une relation contractuelle équilibrée. En outre, cette situation doit toutefois être déclinée pour le cas du médecin polonais prestataire, mais dont sa société trouverait sa résidence dans un autre pays. Pour résoudre cette situation, il apparait alors nécessaire de s'intéresser au cas du praticien qui emploie un plateau technique étranger.

Le recours à l'action directe et à l'action subrogatoire. Quand se forme un contentieux entre le patient et le praticien, au désavantage du patient, il convient d'apprécier les actions intégrants les assureurs au contentieux. D'une part l'assureur du patient s'invite à l'action par la mise en œuvre d'une action subrogatoire,[523] d'autre part l'assureur du professionnel par l'emploi d'une action directe[524]. Concernant la subrogation, sa recevabilité s'analyse au regard de la loi du pays où s'est formée la relation assurantielle, qu'elle soit réalisée par un contrat ou via la relation d'un organisme public. La subrogation, dans les droits à réparation des organismes publics d'assurance, accorde au patient une certaine protection qui lui octroie une voie d'indemnisation instiguée par des acteurs de même nationalité. Néanmoins la tenue du procès en vue d'assurer la réparation porte alors sur les assureurs et les organismes publics d'indemnisation et non sur le patient. Or, si ces premiers, privés, s'intéressent à l'action en justice dans un état étranger, les seconds, publics, semblent eux ignorer cette voie qui pourtant constituerait un avantage

[522] G. CERIANI, P. DUHAMEL, R. KNAFOU, M. STOCK, "Le tourisme et la rencontre de l'autre, voyage au pays des idées reçues", L'autre, 2005, p.71 à 82
[523] *supra* p. 118
[524] *supra* p.124

financier. Concernant l'action directe du patient ou de son assureur contre l'assureur du médecin, la loi applicable à la police d'assurance conditionne la recevabilité de l'action, et les modes d'indemnisation. Cette position apparait alors désavantageuse pour les parties demanderesses tant une telle situation ouvre la porte à un certain opportunisme juridique de la part des défendeurs. Ces derniers, conscients de la tenue possible d'une action directe, pourraient, dans la police d'assurance, prévoir des mécanismes engendrant un régime d'indemnisation moins favorable que le régime légal prévu au lieu où la prestation de service est effectuée. Par conséquent, si les actions existent elles ne relèvent pas toujours du souhaitable, et un rééquilibrage de la relation de soin devra nécessairement porter sur le régime de ces actions.

Illustration de la situation. De manière liminaire, et pour établir une application du régime la plus précise, le régime analysé sera illustré par une mise en situation particulière. Dans le cas du praticien étranger employant un plateau technique de son État d'exercice, il consistera à la réalisation de la relation de soin entre, un patient résidant habituellement en France et un médecin vivant habituellement en Pologne. Dans ces circonstances, le plateau technique où se réalise l'acte se trouve lui aussi en Pologne. Dans ce cas, la compétence juridictionnelle reviendrait à l'État polonais. La loi applicable sera celle de Pologne, car elle se détermine au lieu où le prestataire de service, le médecin, réside. L'action subrogatoire comme l'action directe verront leurs recevabilités appréciées conformément au droit français, ce qui laissera aux assureurs, aux complémentaires et à l'ONIAM la liberté d'intenter une action.

B. Le cas du praticien étranger utilisant un plateau technique étranger

La détermination de la juridiction au lieu de réalisation de l'acte. Ici peu importe que le praticien réside dans un autre État. L'exécution de la prestation caractéristique rend compétente la juridiction du lieu où se trouve le plateau technique. Une telle solution engendre une difficulté également pour le professionnel de santé. Ce dernier pourrait vouloir préférer l'application de la loi de son pays. Une telle situation, pour instaurer un équilibre entre les parties, nécessite de favoriser ici la rédaction de clause attributive de compétence dérogeant à ce régime qui apparait défavorable en pratique au patient tout comme au praticien. Ceci ne constituerait pas une amélioration de l'équilibre des parties dans la tenue du procès, mais éviterait toutefois de l'aggraver au détriment du médecin.

La détermination de la Loi compétente. En se fondant sur le principe général de détermination de la loi applicable, celle-ci devrait être celle du praticien sans considération de la localisation à l'étranger du plateau technique. Pour rappel, la règle de conflit applicable au contrat reste par principe celle déterminée par les parties et, à défaut d'accord, celle du lieu de réalisation habituelle de la prestation[525]. Toutefois ce régime doit être confronté avec le principe dérogatoire prévoyant la détermination de la loi présentant le lien le plus étroit avec le contrat[526]. Dans ce cas particulier, le lien étroit[527] s'apprécie en fonction de la volonté des parties et des éléments constitutifs du contrat, l'appréciation d'espèce de la notion apparaissant très casuistique en l'absence de clause. Toutefois, bien que reconnaitre la loi du lieu de réalisation comme celle présentant le lien le plus étroit avec le contrat semblait envisageable, néanmoins de par sa nature, il semblerait plus pertinent d'estimer ce lien étroit au regard de la nationalité du praticien. Les juges du fond pourront éventuellement se fonder sur la nature *intuitu personae* du contrat. En outre, la jurisprudence[528] tend à reconnaitre l'existence de lien en présence de clauses attributives de compétence qui constituent un indice sur la volonté des parties de lier leur litige à la compétence et à la loi d'un seul état membre.

Illustration de la situation. Dans le cas du praticien étranger employant un plateau technique, l'illustration suivante sera employée pour préciser le régime appliqué. Il s'agit de la relation entre un patient résidant habituellement en France, et un médecin résidant en Allemagne dont sa société est enregistrée en Allemagne. Le plateau technique ne localisera non pas en Allemagne, mais en Pologne. Dans ces circonstances, sur la question de la juridiction compétente, à défaut de clause, elle sera donnée au juge polonais quand bien même les parties ne résident aucunement dans cet État. En l'espèce, seule une clause attributive de compétence donnant compétence aux juridictions allemandes permettrait de revenir dans le giron de la première illustration. Concernant la loi applicable, bien que l'acte se réalise en Pologne, il

[525] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art. 4-1-b :« le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle; »

[526] *Supra* p. 115

[527] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 ; Art. 3 : « 4. Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. »

[528] Com. 19 déc. 2006, no 05-19.723, Bull. civ. IV, no 255. « le juge saisi doit procéder à une comparaison des liens existant entre le contrat et, d'une part, le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, et, d'autre part, l'autre pays en cause, et rechercher celui avec lequel il présente les liens les plus étroits

apparait envisageable de reconnaitre la loi allemande applicable du fait du lieu de résidence habituelle du médecin et du lien étroit que présente la relation de soin avec ce pays.

Paragraphe II : L'exclusion du plateau technique comme déterminant des règles de droit international privé

S'il revient communément d'admettre que le lieu de réalisation du service et la résidence habituelle du prestataire constituent les éléments déterminants de la loi applicable et de la juridiction compétente, alors, un tel régime peut se voir limiter au profit du patient en fonction de certains éléments d'espèce. D'une part, quand le patricien dispose de la même nationalité que le patient (A.), d'autre part quand une partie des actes inhérents à la réalisation de l'acte de soin s'établit au lieu de résidence du patient (B.).

A. Le cas du praticien et du patient de même nationalité employant un plateau technique étranger

Loi applicable. La pratique du tourisme médical est justifiée par sa mise en œuvre généralement pour des considérations économiques. Dans une majorité de cas, ces considérations économiques entrainent la réalisation de la pratique dans un lieu où le coût de l'acte de soin se présente comme plus avantageux. Ces motivations trouvent alors leur origine d'une part dans le plus faible coût du plateau technique et d'autre part, dans la rémunération moindre du praticien. Toutefois, dans certains cas, les patients décident de recourir à un praticien ressortissant de leur pays qui emploiera un plateau technique étranger dans une recherche d'économie[529]. Cette variation dans la pratique courante du tourisme médical engendre alors une résolution des conflits de juridictions et de loi des plus singuliers. Au préalable de toute détermination de la loi, il convient de préciser que même si les parties présentent une nationalité identique, le contrat établi entre elles reste un contrat international sujet à l'application du règlement Rome I et Bruxelles I. En effet, la justification de l'emploi d'un plateau technique étranger résulte potentiellement de la volonté de soumettre leur relation à un régime juridique plus favorable. En réalisant l'acte à l'étranger, les parties tendent à se soumettre à ce droit. Au titre de la loi applicable, il revient à considérer qu'au regard de

[529] Cas présenté par d'A DUBUIS in A. DUBUIS, Les droits du patient en droit de l'Union européenne, op.cit., p. 441

l'article 4. 1. Sous b), elle sera celle où le prestataire de soin réside ce qui constitue indéniablement un avantage pour le patient en l'absence de clause contraire, si le praticien argue que les parties cherchaient à bénéficier d'un cadre juridique plus favorable pour la réalisation de l'acte. Cette résolution du conflit de lois pousse alors l'argumentation au titre des actes interdits du fait de la loi. En effet, il apparait peu probable que pour la réalisation, à titre d'exemple, d'un acte reconnu comme interdit en France, il puisse être considéré que la loi française sera applicable. Par conséquent, les parties justifieront leur position par la présence d'un « lien plus étroit » avec la loi du pays de réalisation de l'acte. Quand les parties disposent d'une nationalité identique, il semble que l'application de la loi française apparait la plus judicieuse pour eux, tant que l'acte réalisé n'est pas interdit dans ce dernier.

Juridiction compétente. Si la loi applicable à cette situation constitue un avantage pour le patient et le praticien, le régime de résolution du conflit de juridictions tend, quant à lui, à constituer un désavantage pour les parties en établissant la compétence juridictionnelle au lieu de réalisation de la prestation[530]. L'application du régime entrainerait la tenue du procès à l'étranger. Une telle solution n'apparaitrait en aucun cas avantageuse pour aucune des parties. Ce régime entraine alors, sans cette situation, la nécessaire établissement de clause attributive de compétence. Cette dernière présenterait des avantages pour les parties, sauf si, le praticien cherche à maintenir la compétence juridictionnelle étrangère, en vue de rendre davantage complexe le recours du patient à l'action.

Illustration de la situation. Il sera alors pris en exemple, le cas du patient français et du praticien français qui réalise l'acte médical en Pologne pour bénéficier d'un plateau technique à bas coût. Dans ce cas, le médecin résidant en France, la loi française s'applique. Une exception à cette solution existe par contre dans le cas où l'acte serait reconnu comme interdit en France. La relation sera alors soumise à la loi polonaise avec qui elle présente un « lien plus étroit ». Concernant la compétence juridictionnelle, elle sera attribuée au juge polonais qui devra alors appliquer la loi française pour résoudre un litige pourtant initié en Pologne. La rédaction de clause attributive de compétence apparait alors des plus judicieuses pour les ressortissants français afin éviter cet écueil.

[530]Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art. 4. 1. b.

B. Le cas particulier du praticien et du patient de nationalité différente soumis à la loi du lieu de résidence du patient.

Juridiction compétente. La réalisation d'actes de diagnostic préalable au lieu de résidence du patient engendre aussi une argumentation sur le régime juridique applicable à la détermination de la loi applicable et à la compétence judiciaire[531]. Il arrive généralement que les actes de soins réalisés à l'étranger par un médecin étranger soient précédés par des actes de téléconsultation. Il convient par conséquent d'étudier l'apport de ces actes de téléconsultation sur le régime applicable. En présence d'actes de téléconsultation, une interrogation demeure quant aux liens juridiques entre ces actes et l'acte terminal. En effet, au titre de la résolution du conflit de juridictions, ce dernier est appliqué par le règlement de Rome au lieu de réalisation de la prestation de service. La localisation de l'acte litigieux assure la détermination de la juridiction compétente. Dans la situation exposée, plusieurs actes sont présentés, et il convient donc de déterminer lesquelles de ces prestations constituent manquement contractuel. Par contre, si le manquement à l'obligation a sa source dans un acte de téléconsultation par exemple, un défaut d'information ou une erreur de diagnostic, il s'agira alors de déterminer la loi applicable aux téléconsultations. Le règlement de Bruxelles I ne précise en aucun cas le régime applicable aux prestations de service en ligne. Dans ce cadre, les travaux de la commission éclairent sur le sujet[532], en disposant que c'est l'endroit où le service se destine qui détermine la juridiction applicable. Si plusieurs manquements se réalisent autant durant la téléconsultation que dans l'acte terminal, la connexité des actions permettra de déterminer la juridiction compétente. Ce régime autorise donc, à défaut toujours de clause contraire, d'engager la compétence de la juridiction de son lieu de résidence si le patient fonde son action sur un manquement contractuel trouvant sa source dans la prestation réalisée dans son état de résidence.

[531] Cette pratique est généralement utilisée par les cliniques dentaires avant le départ du patient, notamment pour réaliser le devis avant la prestation. Par exemple, la Société Jildent, réalise une consultation à Paris avant toutes prestations réalisées en Hongrie. URL : https://www.jildent.fr/consultation-en-france

[532] Action Plan 2012-2020 – innovative healthcare for the 21st century {COM (2012) 736 final} {SWD (2012) 413 final} p. 23 , *« Commission staff working document on the applicability of the existing eu legal framework to telemedicine services accompanying the document communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions ehealth »* traduction libre « Plan d'action, pour les innovation en santé pour le 21ième siècles, Document de travail des services de la Commission sur l'applicabilité du cadre juridique européen existant aux services de télémédecine accompagnant la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions eSanté »

Loi applicable. Même s'il semble avéré qu'en matière de compétence juridictionnelle, le patient dispose d'une action devant la juridiction de son lieu de résidence, une telle position ne saurait être retenue en matière de loi applicable. Car la loi applicable, à défaut de clause contraire, reste celle du lieu de résidence habituelle du prestataire. L'existence d'une prestation de service en ligne ne constitue pas une dérogation à cette règle. En outre, la volonté d'évincer cette règle au profit de la règle fondée sur les « liens étroits » entretenus par le contrat et la loi d'un État membre ne se justifie pas. En effet, la téléconsultation avec un médecin étranger semble présenter un lien plus étroit avec le lieu où il réalise sa consultation qu'avec le pays à laquelle il la destine, bien que le médecin réalise une partie de ses prestations dans le pays de résidence du patient. Alors le seul bénéfice qu'en tirerait le patient se trouve dans la compétence juridictionnelle attribuée à son juge national, la loi applicable restant celle du lieu de résidence du prestataire.

Illustration. Il convient, pour le cas du praticien et du patient de nationalité différente soumis à la loi du lieu de résidence du patient, de prendre comme illustration le patient résidant en France et réalisant un acte avec un praticien allemand au lieu de résidence de ce dernier, mais où la réalisation de cet acte est liée à des actes de diagnostics réalisés en France.[533] Cette illustration s'inscrit dans la réalisation de tel acte par voie de téléconsultation. En l'espèce, les actes de téléconsultation sont destinés à se réaliser en France. Les manquements aux obligations contractuelles, issues de ces actes entraineront l'emploi de la compétence française. En présence de manquements également dans la réalisation de l'acte en Pologne, la connexité des actions entrainera certainement la compétence du juge polonais. La loi applicable sera néanmoins celle de Pologne, le médecin se destinant à réaliser l'acte dans cet État.

Sous-section II : Les effets de la résolution dans les relations multipartites.

Les modalités procédurales de l'indemnisation d'un patient victime semblent dans une majorité des cas constituer des freins à la réparation. L'existence de relations de soin intégrant la participation d'un tiers dans la mise en œuvre des prestations prévues par le contrat engendre une réflexion sur la résolution du conflit de juridictions et de loi d'un autre ordre. Dans le cas

[533] Les cliniques qui organisent via internet des consultations en vue de réalisé des devis existent Tels la société Jildent URL : https://www.jildent.fr/consultation-en-france. Entre la France et la hongrie

du régime de droit international privé applicable à la relation de soin qualifiée comme un contrat, une distinction apparait nécessaire au titre des intermédiaires à la relation patient médecin. Il s'agira de distinguer les cas du régime de droit international privé applicable à l'intermédiaire partie au contrat (Paragraphe I), de l'intermédiaire tiers à ce dernier (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le créancier de l'obligation litigieuse déterminant du régime applicable

En présence d'une relation tripartite, la détermination des règles applicables au droit international privé et vise toujours le titulaire de l'obligation litigieuse. Or, les stipulations d'un contrat ou de la loi, prévoient parfois que plusieurs créanciers sont tenus de la même obligation (A.), mais à l'inverse elles peuvent également prévoir un éclatement des obligations des parties (B.)

A. Le cas de plusieurs créanciers d'une même obligation.

La loi applicable. Dans le cadre de la réalisation d'une relation de soin à l'étranger, le rapport avec le patient s'établit éventuellement en présence d'un intermédiaire à la relation à qui incombera la charge d'assurer la promotion de la pratique et d'apporter aux parties les moyens techniques d'y parvenir. Généralement, se présentent donc des établissements de santé qui assurent la promotion de la pratique et la mise à disposition du plateau technique et du personnel. La liberté contractuelle laissée aux parties dans la détermination de la loi applicable s'inscrit comme un principe[534] au titre du règlement Rome I. Il apparait notable de souligner que la loi des parties peut prévoir que leurs différentes obligations puissent être soumises à des lois différentes. Dans ce cadre, les cocontractants ne sont plus alors créanciers d'obligations communes au titre de la loi applicable. En présence de telles dispositions, la clause de droit applicable, exposant que les obligations de l'établissement de santé et du professionnel relèvent de droits différents, resterait valide. Néanmoins, si l'obligation est commune aux deux lois, alors le patient dispose d'un droit à la réparation intégrale devant l'une des parties. Le règlement Rome I prévoit expressément ce cas en exposant en son article 16, la possibilité de l'action

[534]Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art.3-1

récursoire entre les contractants liés à la même obligation[535]. La loi déterminant la recevabilité de l'action récursoire dépend alors de la loi applicable à l'obligation litigieuse. En l'espèce, si la loi déterminée comme applicable à la relation ne permet pas un tel recours, la réparation du préjudice établi pour le patient mettant en cause l'établissement de santé bloquera toute action en réparation d'une des parties au titre d'une responsabilité partagée. En l'absence de telles clauses et en vertu de l'article 4 du règlement Rome I, il convient d'appliquer la loi du lieu de résidence du prestataire. La difficulté revient alors au fait que deux prestataires de nationalité différente interviennent. Le fait que deux lois étrangères puissent s'appliquer à la même obligation pousse alors à employer la règle du « *lien étroit* ». Ce cas de figure entrainera certainement la loi applicable du lieu de résidence du praticien, la réalisation de l'acte jouant comme élément probant du « *lien étroit* ».

La juridiction compétente. En l'absence de clause particulière, le régime de résolution du conflit de juridictions prévu par l'article 7 du règlement Bruxelles tend à ne pas prendre en considération la question de la pluralité des débiteurs d'une obligation particulière. En effet, en retenant la compétence au lieu de réalisation de l'acte, la qualité de débiteur n'importe pas, seul le lieu de réalisation compte. Il convient néanmoins de porter notre attention sur l'applicabilité du régime de Bruxelles I bis pour les établissements de santé publics qui contribueraient à la pratique. À ce titre et en vertu des développements précédents, il apparait que si l'acte litigieux relève du contrat, la présence d'un établissement public ne remet pas en cause l'application du règlement. Ce régime s'emploiera aussi dans le cadre où plusieurs créanciers disposent d'obligations distinctes.

Illustration de la situation. Pour contextualiser le cas de plusieurs créanciers d'une même obligation sera pris l'exemple d'un patient français réalisant un acte auprès d'un praticien allemand associé à une clinique polonaise. Concernant la loi applicable, l'action en réparation de la victime s'appréciera au regard du manquement contractuel soulevé. Si l'obligation litigieuse, source du préjudice, incombe au praticien allemand alors, la loi allemande s'appliquera. Inversement, la loi polonaise trouvera à s'appliquer si l'obligation source du

[535] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art. 16. *: « lorsqu'un créancier a des droits à l'égard de plusieurs débiteurs qui sont tenus à la même obligation et que l'un d'entre eux l'a déjà désintéressé en totalité ou en partie, la loi applicable à l'obligation de ce débiteur envers le créancier régit également le droit du débiteur d'exercer une action récursoire contre les autres débiteurs. Les autres débiteurs peuvent faire valoir les droits dont ils disposaient à l'égard du créancier dans la mesure prévue par la loi régissant leurs obligations envers le créancier. »*

préjudice était à la charge seule de la clinique. En cas d'obligation commune des parties, le « lien étroit » entre la loi d'une des deux parties sera étudiée par les juges du fonds. En l'espèce, le praticien allemand étant l'acteur central de la réalisation de la prestation et la clinique seulement support à cette réalisation, il conviendra de retenir la loi allemande comme applicable. Au titre de la compétence juridictionnelle, en se fondant sur le lieu de réalisation de l'acte, le juge polonais sera compétent pour trancher le litige, mais devra distinguer les cas où la loi polonaise et la loi allemande tendraient à s'appliquer.

B. Le cas de plusieurs obligations tenu par plusieurs créanciers.

La loi applicable et la juridiction compétente. Comme vu précédemment, un établissement dispose parfois d'obligations légales et contractuelles communes avec un praticien. D'autres formes d'accords tripartites déclinent les obligations de chaque partie. L'établissement de santé par exemple pourra simplement mettre à disposition un local technique, mais ne participera en aucun cas à la réalisation de l'acte de soin en lui-même. Dans le cadre où le contrat prévoit une répartition des obligations distinctes et plusieurs parties ne disposent pas d'obligations communes, les difficultés relevées par l'illustration précédente ne se réalisent plus. En effet, au titre du régime établi par le règlement Rome I, chaque obligation sera soumise à la loi du lieu de résidence du prestataire. Si plusieurs professionnels de nationalité différente interviennent dans la réalisation de l'acte, alors plusieurs lois étrangères s'avèreront applicables. En l'espèce, les prestations à la charge de l'établissement polonais se feront appliquer la loi polonaise, et les prestations du médecin, la loi allemande. Concernant la détermination de la juridiction applicable, qui se fonde sur le lieu d'exécution des prestations, la pluralité de nationalité des prestataires n'aura pas d'incidence. En effet, les actes sont réalisés en Pologne, la juridiction polonaise sera alors compétente. En définitive, Il apparaîtra judicieux pour le patient de faire peser son préjudice sur le manquement éventuel de la clinique polonaise, la juridiction polonaise appliquant sa propre loi. Il convient toutefois de souligner que les illustrations présentées au titre des relations tripartites ne s'avèrent guère avantageuses pour le patient, *a contrario* où des intermédiaires ne sont pas liés par un contrat.

Paragraphe II : L'attribution de la compétence en présence d'un tiers intermédiaire

L'expansion du tourisme médical européen s'illustre par la multiplication des « agences de voyages »[536] proposant des services incluant la réalisation d'actes médicaux auprès de professionnels ou d'établissements de santé. Ces parties s'instituent alors comme des tiers à la relation contractuelle établie entre les patients et praticiens. Ces agences se présentent comme des intermédiaires dans la relation de soin. La présence ponctuelle de ces tiers à la relation apparait néanmoins centrale pour le régime de responsabilité qui est prévu pour le patient voyageur. Leur présence engendre la possibilité d'un régime spécial de responsabilité applicable aux agences européennes (A.) qui autorise une mise en œuvre non conditionnée par la nationalité des prestataires (B.)

A. La mise en œuvre d'un régime spécial au titre des agences de voyages

Une qualification de l'agence de voyages en intermédiaire à la relation de soin. La directive de 2015 [537] relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées a instauré un régime de responsabilité des agences de voyages au sein de l'Union. Un tel régime intéresse fortement quant à son application au voyageur patient. En effet, en n'excluant pas expressément le patient de son champ d'application, la directive a permis la constitution d'un régime de réparation indirect des accidents médicaux. En s'intéressant à la transposition qui en a été faite dans le droit interne français,[538] le patient pourrait se voir reconnaitre, dans les formules de soins qui lui sont proposées, un voyage à forfait. Les agences de voyages sanitaires se verraient alors appliquer ce régime. En droit français, au titre de l'article L.211-1 du Code du tourisme[539] et de la jurisprudence qui le décline, les agences de voyages se définissent avant tout par la nature des prestations qu'elles proposent d'une part,[540] et de la nécessaire contrepartie financière qu'elles en tirent[541] d'autre part. La rédaction ouverte des conditions laisse ainsi supposer l'application de cette qualification à l'agence vendant ou proposant à la vente des prestations en santé, notamment à la lecture de l'article L.211-2 du Code du tourisme portant sur la nature

[536] J. KERVASDOUE Valoriser les atouts de la France pour l'accueil des patients étrangers, *op cit.*, p.16
[537] Dir (UE) 2015/2302 du parlement européen et du conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) no 2006/2004 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil, JOUE L326/1, 11.02.2015, p1-33.
[538] Ord. n° 2017-1717 du 20 déc. 2017, JO du 21.12.2017
[539] C. Tour. Art. L. 211-1, Modifié par Ord. n° 2017-1717 du 20 décembre 2017, préc., art. 1.
[540] C Tour. Art. L. 211-1, 2° : « *Des services de voyage portant sur le transport, le logement, la location d'un véhicule ou d'autres services de voyage qu'elles ne produisent pas elles-mêmes.* »
[541] C. Tour. Art. L. 211-1, 2. : *« Le présent Chapitre s'applique aux personnes physiques ou morales qui élaborent et vendent ou offrent à la vente dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »*

des services de voyages[542]. Sans validation jurisprudentielle de ce raisonnement, il est notable de voir que les agences réalisant ce genre de pratiques sont enregistrées généralement en cette qualité au registre du commerce et des sociétés[543] et aux registres des opérateurs de voyages et séjours. [544] La présence d'une agence de voyages, au sens de l'ordonnance de 2017, engendre par conséquent un régime de responsabilité particulier[545]. Les agences de voyages françaises se verraient alors responsables pour les dommages survenus à l'occasion des prestations de soins qu'elles offrent. Le même mécanisme de responsabilité se retrouvera aussi pour les autres opérateurs européens. Du fait qu'elles trouvent leur fondement dans une directive, des transpositions analogues sont établies dans les autres états membres. Néanmoins, l'articulation, dans le cas d'agences étrangères réalisant des prestations à l'égard de ressortissants européens, nécessite d'étudier le rapport contractuel liant les parties aux titres des règles de droit international privé.

Une application possible des régimes spéciaux des règlements européens. Dans le cadre de la résolution des conflits de juridictions de loi dans les relations, entre une agence de voyages et un ressortissant d'un état membre, les règles de conflit du droit de la consommation s'appliquent nécessairement. En effet, l'approche générale contractuelle de la relation de soin ne saurait s'appliquer à ce type de relation. La présence de ces agences, et les actions intentées envers elles par le patient, restent sujettes aux règles spéciales d'attribution au titre des contrats de consommation. Le règlement de Bruxelles prévoit un régime spécial d'attribution de la

[542] C. Tour. Art. L211-2. *« Constitue un service de voyage :*
1° le transport de passagers ;
2° l'hébergement qui ne fait pas partie intégrante du transport de passagers et qui n'a pas un objectif résidentiel ;
3° la location de voitures particulières, d'autres véhicules de catégorie M au sens de l'article R. 311-1 du Code de la route ayant une vitesse maximale par construction supérieure à 25 km/ h ou de motocyclettes au sens de l'article R. 311-1 du Code de la route dont la conduite nécessite la possession d'un permis de conduire de catégorie A conformément aux dispositions de l'article R. 221-4 de ce même code ;
4° Tout autre service touristique qui ne fait pas partie intégrante d'un service de voyage au sens des 1°, 2° ou 3°. »
[543] Par exemple, la société « désir 2 rêves » qui propose via son site voyagemedicalsanté.com, des formules à forfait incluant des prestations de santé est enregistré au registre du commerce et des sociétés sous le Code NAF : 7911Z décrivant l'activités de la société en agence de voyage.
[544] La même société « désirs 2 rêves » est aussi enregistré sous le numéro d'immatriculation IM033100003 aux registres des opérateurs de voyages et séjours
[545] Ce régime étant associé à une appréciation consumériste de la relation de soin sera précisé en partie II.

compétence au titre de ces contrats à l'article 17[546]. Le troisièmement de cet article ne laisse guère de doute sur la qualification de contrat de consommation du contrat d'agence de voyages. L'article dispose en sens que « *la présente section ne s'applique pas aux contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement.* »[547]. Par conséquent, le contrat liant le voyageur et l'agence de tourisme proposant des services de santé est soumis au droit de la consommation. Les conséquences d'une telle qualification engendrent l'application de l'article 18 du règlement qui prévoit la juridiction du domicile du consommateur comme compétente[548]. En matière de loi applicable, une logique identique

[546]Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, Art. 17 : *« En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice de l'article 6 et de l'article 7, point 5) : »*
a) lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels ;
b) lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets ; ou
c) lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.
2. Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État membre.
3. La présente section ne s'applique pas aux contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement.
[547] Pour définition exhaustive de la qualification autonome de consommateurs *infra* p. 180
[548] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, préc. Art.18 : *« 1. L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit, quel que soit le domicile de l'autre partie, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié.*
2. L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.
3. Le présent article ne porte pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant la juridiction saisie de la demande originaire conformément à la présente section. »

anima le législateur européen. L'article 6. 1er [549]1r[550] quatrièmement sous c[551] du même article reprend une conception identique du consommateur. Par conséquent, la loi du pays où le consommateur réside s'applique. Au regard de ces dispositions, il apparaît que la loi applicable et la juridiction compétente sont analogues à celles prévues dans le régime français dans l'ordonnance de 2017. L'existence de ces intermédiaires dans la relation accorde donc une action non conditionnée par la nationalité, ce qui facilite nécessairement l'indemnisation.

B. Une mise en œuvre non conditionnée par la nationalité de l'agence

Le recours contre l'agence de voyages. Dans une situation telle que celle de l'agence de voyages française ou allemande proposant des prestations de santé, ces dernières peuvent voir engagées leur responsabilité à la suite d'un accident médical survenu lors du voyage. Les conditions et les modalités d'engagement en droit international privé européen accordent, dans ce cas de figure, au ressortissant d'un état membre de l'Union, de voir la loi et la juridiction de son lieu de résidence applicables. Une telle perspective illustre néanmoins les imperfections d'un tel régime, la capacité et les modalités de l'action en réparation d'un patient se voient donc fortement conditionnées. Le régime le plus favorable pour le patient dépendra des modalités dans lesquelles il choisit de réaliser l'acte de soin directement auprès du praticien ou par l'intermédiaire d'une agence. En présence de cette dernière, l'action en réparation s'en trouve facilitée. Or, il apparait peu probable que le patient prenne conscience de ces variations dans sa capacité à instruire une action en réparation. La présence potentielle d'une action en responsabilité contre les agences de voyages rassure quant à l'expression effective des droits des patients, mais soulève nécessairement une discussion sur l'approche simplement

[549] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, préc., Art 6. : *« 1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après « le professionnel »), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle. »*

[550] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, préc., Art 6. : *« 1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après « le professionnel »), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle. »*

[551] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, préc., Art 6. 4°. c) : *« 4. Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas: b) au contrat de transport autre qu'un contrat portant sur un voyage à forfait au sens de la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait »*

contractuelle de la relation de soin. En l'absence d'intermédiaires, l'expression des droits des patients se réduit drastiquement. Néanmoins la réparation de préjudices liés à l'activité médicale par des intermédiaires n'apparait néanmoins pas comme un régime providentiel. Les agences de voyages ne représentent pas les seuls intermédiaires tiers à la relation de soin.

La possible extension du régime aux mutuelles et aux complémentaires santé. Si les agences de voyages proposent des offres de voyage portant sur la réalisation d'acte de soin, certaines mutuelles proposent ce genre de prestations. L'intérêt pour elles étant substantiel, faire bénéficier ses adhérents d'une prestation à faible coût, réduit drastiquement sa propre participation. Néanmoins, une telle extension des mutuelles au régime de responsabilité des agences touristiques apparait relativement théorique. En effet, parmi les conditions de qualification de l'agence de voyages ressort l'obligation de rapporter l'existence d'une rémunération. La jurisprudence de la Cour de cassation du 9 avril 2015[552] dans l'application de l'ordonnance de transposition de la directive dispose d'une vision relativement restrictive de cette notion. En l'espèce, n'est pas reconnue comme agence de voyages, les caisses mutuelles d'actions sociales qui participent à l'organisation d'un voyage. Néanmoins, si dans le cas d'une mutuelle d'action sociale il apparait que les prestations de voyage s'établissent à titre gratuit, l'inverse n'est pas vrai pour les mutuelles santé. Les mutuelles en effet, par la pratique du tourisme médical, ne proposent pas ces prestations à titre payant mais réalisent des économies substantielles sur les soins qu'elles couvrent. En l'absence de développement jurisprudentiel, il apparait essentiel d'établir une reconnaissance de cette pratique comme source de rémunération.

Le risque d'une restriction du régime par une ubérisation des intermédiaires. L'application du droit international privé européen permet l'expression la plus facilitée des droits du patient en présence d'intermédiaires. Une telle avancée doit être mise en perspective avec les évolutions au titre des intermédiaires de service et du phénomène d'ubérisation[553]. Même si les contentieux contre les agences de voyages au titre d'actes de soin n'émergent pas actuellement, le risque d'une évolution future des statuts d'intermédiaire pourrait entrainer un développement de la saisine de leur responsabilité. En effet, le régime actuel, même partiellement protecteur, pourrait être mis à mal par de nouveaux acteurs. L'uberisation, qui consiste à la mise en relation directe de personnes sans intermédiaire autre qu'une plateforme

[552] Cass, 1re civ., 09 mar. 2015, n° 14-15.720, n° 374 FS-P+B

[553] Pour une définition de l'ubérisation en santé : C. LEQUILLERIER, L'ubérisation de la santé, Dalloz ÏP/IT, 2017, p. 155

dématérialisée, engendrerait un net recul dans la capacité d'expression du droit des patients. Dans le cadre de telle plateforme mettant directement en relation professionnel de santé, patient et prestataire de voyage, l'action en responsabilité contre les agences de voyages ne s'en trouverait pas applicable. Face à toutes ces mises en situation, il apparait donc opportun d'apprécier les moyens d'amélioration de l'expression des droits des patients en droit international privé européen.

Section II : Une approche contractuelle de la relation de soin, source d'une nécessaire réforme du régime

L'appréciation des dispositions du droit international privé européen, applicable à une qualification contractuelle de la relation de soin à des cas spécifiques, pousse à porter cette analyse sur le champ des réformes envisageables. Le régime actuel, source de grande disparité, instaure pour le patient, des modalités de recours disparates quant à l'indemnisation du préjudice subi à l'occasion d'un acte de soin. Sauf exception, le contentieux et la loi applicable sont avantageux pour le praticien. Sans être privés de voie de recours, le patient et les acteurs de son indemnisation se retrouvent dans une situation profondément inégalitaire face au praticien. La mise en œuvre plénière d'une protection du patient à ce titre, ne passera, par conséquent, que par une réforme du régime actuel. Les éléments à réformer sont multiples, mais les dispositions européennes permettent d'en dégager deux majeurs. D'une part, la réforme peut être instruite par le législateur européen dans une volonté d'assurer une meilleure articulation des règles relatives aux droits du patient (Sous-Section I). D'autre part, les législateurs nationaux des états membres qui éprouveraient la nécessité d'adapter le régime européen auquel ils consentent, aux exigences de leur propre système d'indemnisation (Sous-Section II).

Sous-Section I : Une réforme européenne des règles de conflit au profit du patient

Dans une volonté des garantir les droits du patient et notamment quant aux voies de recours dont il dispose, le législateur a instauré un régime particulier de protection, régime qui s'articule autour de la directive soins transfrontaliers et des règlements Bruxelles I et Rome I. Toutefois cette articulation apparait imparfaite, les principes qu'insuffle la directive n'étant transposés

que partiellement dans les règles générales de droit international privé[554] . Une modification de l'articulation des textes apparaît malgré tout essentielle au regard notamment des efforts établis pour articuler le droit des patients dans d'autres domaines que le Droit international privé. Ces démarches préexistantes, quoique parcellaires, tendant à harmoniser les droits des patients illustre l'intérêt d'une poursuite de cette démarche au titre de la responsabilité médicale. (Paragraphe I). L'orientation de ces efforts permet alors de s'essayer à leur transposition aux normes européennes (Paragraphe II).

Paragraphe I : Une réforme nécessaire au titre du droit des patients

Plusieurs travaux européens donnent lieu à la mise en place de directives et de règlements qui participèrent à une harmonisation entre les états membres des droits des patients (A.). Toutefois cette démarche semble limitée quand ces droits portent sur les voies d'action en indemnisation (B.).

A. Une harmonisation approfondie de l'action en responsabilité

Une démarche existant au titre d'autres matières. L'éventualité d'une harmonisation du régime de la responsabilité médicale en matière de l'Union peut se voir légitimée par l'établissement antérieur de régimes spéciaux. Parmi ces régimes, le régime relatif à responsabilité des produits défectueux intéresse particulièrement le droit de la santé. En effet, les dispositions de la directive de 1985[555] prévoient un régime spécial de responsabilité pour le producteur d'un produit applicable au droit pharmaceutique. Il en va de même pour un régime spécial précédemment cité, la responsabilité des agences touristiques[556] qui tend également à harmoniser la responsabilité et les conditions d'engagement de cette dernière.[557] Cette entreprise d'harmonisation ne doit néanmoins pas masquer la difficile mise en œuvre et transposition de ces régimes. En ce sens il est notable que ces directives mettent un temps variable à être transposées, quelques années pour les agences touristiques,[558] mais treize années

[554] En ce sens, A. DUBUIS, Les droits du patient en droit de l'Union européenne, préc. p. 441
[555] Dir. (UE) 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JOCE, L 210 du 8 août 1985, p. 29.
[556] Dir (UE) 2015/2302 du parlement européen et du conseil du 25 novembre 2015, préc.
[557] *Supra* p. 144
[558] Ord. n° 2017-1717 du 20 déc. 2017, préc.

pour les produits défectueux[559]. L'enjeu que présentent pour certains états membres ces régimes, explique les retards dans leur transposition. Cette frilosité s'illustre par les propos du conseil de l'Europe au titre de l'uniformisation des préjudices. Il existe en effet des différences notables entre les systèmes juridiques des pays membres de la communauté européenne, notamment quant à la définition des postes de préjudice indemnisable, rendant illusoire en l'état une véritable « *harmonisation* ». Quand bien même l'harmonisation relève de l'utopie, il peut être convenu d'établir des rapprochements au cas par cas. Si l'établissement de dénominateurs communs a vu le jour au titre des produits défectueux, alors il apparait fort possible qu'ils émergent aussi au titre du tourisme médical. Le régime en place ne garantissant par l'accès égal à la réparation, l'harmonisation devient nécessaire.

Une démarche nécessaire en vue du respect du principe de non-discrimination. Pour apprécier l'intérêt d'une réforme des règles de résolutions du conflit de juridictions et de loi, il convient de reconnaitre que le régime actuel présente un déséquilibre. Les différents objectifs que poursuivent les différents textes européens n'apparaissent pas en concordance, même si chacun s'établit par renvoi à l'autre.[560] Par conséquent, l'objectif d'harmonisation des règles de résolutions des conflits de juridictions et de loi qui est présent au sein des règlements Bruxelles I et Rome I doivent concorder avec le droit à l'accès à la réparation, prévu dans la directive sur les soins transfrontaliers[561]. Or, bien que les règlements accordent cet accès aux recours, ils créent une situation où la capacité d'action varie en fonction de la nationalité des parties ou des contrats qu'ils concluent. Cette « hétérogénéité »[562] entre ces textes pourtant liés engendre une insécurité juridique en rendant peu effectif le droit d'accès à la réparation. Comme la doctrine le développe « *cette disparité peut devenir un facteur d'inégalité non négligeable, sachant le régime de responsabilité sera plus ou moins favorable au patient* »[563]. L'inégalité entre les patients dans leur capacité de recours renvoie alors l'application de l'article 21 de la charte des droits fondamentaux[564] qui dispose d'un principe d'égalité [565]des citoyens. Or il apparait peu

[559] Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, JORF n°117 du 21 mai 1998

[560] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011, préc., Art.2.

[561] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011, préc., Art.4.

[562] A. DUBUIS, *Les droits du patient en droit de l'Union européenne*, *op.cit.*, p.443

[563] A. LAUDE, « Vers un code européen de la santé ? », *in* Le Code de la santé publique, un demi-siècle après sa légalisation, Éditions de santé/Presses de Sciences Po, 2008.

[564] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, JOCE, C 364 du 18 décembre
2000

[565] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, préc., Art. 20.

probable que la charte exclut implicitement l'égalité dans les voies de recours. En retenant donc une qualification contractuelle de la relation de soin, et face aux inégalités qu'elle entraine entre les patients, il apparait qu'une réforme devient nécessaire pour concilier ce régime avec le principe d'égalité prévu dans la charte des droits fondamentaux.[566]

B. Une harmonisation de la responsabilité incomplète

Une démarche existante au titre du préjudice. Si les modalités d'engagement de la responsabilité en droit international apparaissent comme minimales, une uniformisation des éléments qui la composent est entreprise. Parmi eux, l'évaluation du préjudice fut l'objet de développements au niveau européen. La résolution du conseil de l'Europe de 1975 relative à la réparation du dommage en cas de lésions corporelles et de décès appelait de ses vœux l'établissement d'une réparation intégrale et une nomenclature commune des postes de préjudices[567]. À défaut de portée contraignante héritée de son statut de résolution[568], certains États membres maintiennent des régimes d'indemnisation moins avantageux[569]. D'autres normes non contraignantes furent établies à sa suite avec des applications parfois heureuses. Il en est ainsi du « guide barème européen pour l'évaluation médicale des atteintes à l'intégrité physique »[570], rendu contraignant pour la détermination du préjudice des personnels de l'Union. Mais aussi de la nomenclature de Dintilhac[571] qui dans la pratique est soulignée «comme un mouvement de réflexion aussi bien national qu'européen »[572]. Toutefois sans aboutir, ces

---

[566] A. DUBUIS, *Les droits du patient en droit de l'Union européenne, ibid*, p.443 : *« Lorsque le patient se fait soigner dans un État offrant un mécanisme d'indemnisation moins satisfaisant, il sera finalement moins bien indemnisé que s'il avait reçu des soins sur son territoire national. ».*

[567] Conseil de l'Europe, Résolution (75) 7 du Comité des Ministres relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès, adoptée le 14 mars 1975, lors de la 243e réunion des Délégués des Ministres. «

[568] . « L'influence de la résolution du Conseil de l'Europe de 1975 sur la pratique européenne », Gaz. Pal., 9 et 10 avril 2010, n° 99/100, Dossier spécial « États généraux du dommage corporel. Réparation intégrale : mythe ou réalité ? », p. 13.

[569] A. DUBUIS, *Les droits du patient en droit de l'Union européenne, op.cit.*, p.443

[570] Confédération européenne d'experts en évaluation et réparation du dommage corporel, P. LUCAS (dir.), Guide barème européen pour l'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique, Louvain-la-Neuve, LGDJ,janvier 2006, 100 p.

[571] Groupe de travail chargé de d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, J.-P. DINTILHAC (dir.), Rapport Dintilhac, Bulletin d'information de la Cour de cassation, n° 633, 1er février 2006.

[572] M. ROBINEAU, « Le statut juridique de la « nomenclature Dintilhac », in A. LECA (dir.), G. LEONETTI et G. REBECQ (dir.), L'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels, Actes du Ixe colloque du CDSA, Aix-en-Provence, LEH, 2009, p. 165.

dispositions révèlent une volonté d'uniformisation de certains aspects de la responsabilité freinée par la réticence des États membres à tout changement de leur propre système de responsabilité. Cette opposition des états à une harmonisation transparait aussi dans les échecs relatifs de certains régimes.

Une tentative d'intégration initialement avortée. La directive sur la responsabilité des prestataires de services de 1991[573] représente la première tentative d'harmonisation sectorielle de la responsabilité. Les dispositions qu'elle prévoyait auraient pu disposer d'une application bénéfique en matière de tourisme médical face au régime actuel où la responsabilité se fonde sur la détermination de la loi compétente applicable. La directive prévoyait pour les prestataires de service une responsabilité pour faute. Ce mécanisme présente un avantage certain en santé. D'une part, car au regard des règlements européens, le praticien s'identifie éventuellement comme un prestataire de service. D'autre part, car la directive prévoyait que le régime couvrait les dommages causés notamment à la santé et à l'intégrité physique.[574] La proposition présentait aussi l'avantage de fonder la responsabilité sur la faute constituée par un manquement à « la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre »[575]. Malgré l'échec que constitue le rejet de cette directive dans l'expression d'un droit en réparation des patients face à un régime actuel très hétérogène, la doctrine récente a souligné « qu'une telle proposition puisse aboutir de nos jours ».[576] Une telle position s'avère louable mais la mise en œuvre d'une directive aussi large reste soumise aux mêmes difficultés que lors de sa première itération en 1991. Toutefois, une directive à la sectorisation limitée aux prestataires de service de santé aurait certainement plus de chance d'être élaborée. Espérer la mise en œuvre future d'un régime de responsabilité autonome, qui mettrait fin aux effets délétères d'une responsabilité fondée sur le droit des états membres, présente par conséquent certains avantages. Il convient donc d'étudier les voies de réformes éventuelles qui, sans avoir la prétention de changer le régime de responsabilité, amélioreraient les voies de recours pour le patient.

Paragraphe II : Les voies de réformation européenne

[573] Proposition de directive du Conseil du 18 janvier 1991, sur la responsabilité du prestataire de services, COM(90) 482 final, JOCE, n° C 12, p. 8.
[574] Proposition de directive du Conseil du 18 janvier 1991, préc., Art. 1.
[575] Proposition de directive du Conseil du 18 janvier 1991, préc., Art. 1. pt. 3
[576] A. DUBUIS, Les droits du patient en droit de l'Union européenne, *op.cit.*, p.444

Limiter les inégalités entre les patients dans l'expression de leurs droits dans le cadre du tourisme médical ne passera que par une réforme des règles européennes qui ont laissé perdurer de telles inégalités. Les voies de réformation devront porter sur les textes qui instaurent ces inégalités. D'une part, la directive sur les soins transfrontaliers qui semble se désintéresser des questions de droit international privé (A.). D'autre part, les règlements Rome I et Rome II qui pour leur part ne prennent pas en considération les droits des patients (B.)

A. La mise en œuvre des règles d'engagement de la responsabilité au titre de la directive.

L'exclusion des dispositions règlementaires au profit de la directive sur les soins transfrontaliers. La lecture commune de la directive sur les soins transfrontaliers et les règlements de Bruxelles I et Rome I font ressortir les règles de résolution des conflits de juridictions et de loi en matière de tourisme médical. Il n'en reste pas moins que la seule lecture de la directive permet d'établir un régime de résolutions de ces conflits. La directive dispose dans son article 4[577] d'un principe de l'application du droit de l'état de traitement. Cette disposition à elle seule contribue à la résolution des conflits de lois. Concernant, les conflits de juridictions, la directive n'aborde pas une solution aussi claire, renvoyant au fait qu'elle s'exécute sans préjudice des règlements européens[578]. Améliorer les conséquences d'une approche contractuelle de la relation légitimerait la création d'un régime particulier au sein de la directive. En effet, il peut être envisagé que les prochaines itérations de la directive sur les soins transfrontaliers ne s'exécutent pas « sans préjudice des règles générales du droit international privé ». Une directive qui exclurait les règlements de Bruxelles et de Rome créerait par conséquent un régime spécial de résolution. En se fondant sur la volonté du législateur dans la directive de 2001, la loi applicable pourrait être celle du lieu de l'état de traitement. Il ne resterait alors qu'à reconnaitre une compétence analogue au lieu de traitement. Le régime échapperait aussi aux règles spéciales en matière contractuelle des règlements, et assurerait une meilleure prévisibilité des voies d'action. L'évolution tendrait vers une inversion de la résolution des conflits aux bénéfices du patient. Une telle évolution nécessiterait néanmoins l'intégration, dans les développements sur la nature juridique de la relation et sur la portée, d'un éventuel principe d'autonomie des parties. Toutefois, porter l'effort de réforme sur la refonte

[577] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droitsdes patients en matière de soins de santé transfrontaliers, JOUE, L 88 du 4 avril 2011, p.45.
[578] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011. Art. 2. Sous q.

de la directive des soins transfrontaliers permettrait probablement d'assurer un meilleur exercice des droits des patients.

Les limitations au titre de la transposition de la directive. L'établissement autonome de la résolution des conflits de juridictions et de loi dans la directive sur les soins transfrontaliers s'engage non sans certaines réserves. Pour garantir, une telle réforme, la différence existante entre un règlement de l'Union et une directive s'étudie nécessairement. Les règlements disposent d'une force obligatoire sans être interprétés par les législateurs des États membres.[579] A contrario, les directives nécessitent une transposition dans le droit interne de ces États. La transposition se réalise par l'interprétation des éléments de la directive par chaque État membre. Si la directive dispose d'un régime particulier, alors les États transposent ce régime dans le cadre de la marge interprétative. Or, une telle marge d'interprétation résulterait certainement en des applications atypiques des dispositions du règlement. Les modalités transposées dans chaque état membre peuvent s'en trouver altérées. La Cour de justice de l'Union cantonne néanmoins les interprétations trop éloignées de la volonté du législateur. La mise en œuvre de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux l'illustre. La cour invalida par deux fois des dispositions transposées [580]de la directive par l'état français du fait qu'elle disposait d'un régime trop ouvert aux victimes[581]. Cette position stricte de la Cour de justice dans le cadre de la transposition des directives protègerait le texte d'interprétations nationales hétérogènes. Cependant, un régime spécial en santé au sein du règlement européen, à la force obligatoire immédiate, limiterait forcément les variations des dispositions au sein de l'Union, quitte à intégrer de manière littérale la notion de patient et de prestataire en santé dans la matière contractuelle.

B. La prise en compte de la notion de patient au sein des règlements Bruxelles I bis et Rome I.

[579] Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du 3 mai 2008, JOUE C115/47, 9.5.2008 ; En ce sens M. DONY, Droit de l'Union européenne, vol. 2, Université de Bruxelles, coll. « UB lire », 2014 ; M. BLANQUET, Droit général de l'Union Européenne, 11° édition, Sirey, Dalloz, 2018.

[580] CJUE, 25 avril 2002, n° C-52/00, commission contre France ; CJUE, 14 mars 2006, n° C-177/04, Commission c/ France.

[581]CJUE, 25 avril 2002, n° C-52/00, préc., pt. 31 : *« Dans ces conditions, la franchise prévue à l'article 9, premier alinéa, sous b), de la directive ne saurait être considérée comme portant atteinte au droit d'accès au juge des victimes. »*

Une prise en compte à minima possible. Adapter les règlements Bruxelles I et Rome I, pour assurer une meilleure expression du droit à réparation de patients victimes, porte la réflexion sur les dispositions à adapter et à créer pour y parvenir. Des modifications *à* minima accorderaient une meilleure prise en charge pour réorienter l'application de la directive pour les patients et les médecins. À titre d'exemple, en exposant que les obligations portant sur la réalisation d'acte constitutif d'atteinte à l'intégrité physique des cocontractants seraient soumises à un régime d'exception, ceci favoriserait l'harmonisation du régime sans impacter les autres règles de conflit du droit international privé applicable aux relations contractuelles. De telles modifications ménageraient les différents intérêts en présence dans les directives et règlements Bruxelles I et Rome I. La refonte minimale de ces dispositions constitue néanmoins un risque pour les règles générales applicables sans affecter les contentieux qui ne se réaliseront que sur des atteintes aux biens ou aux capitaux. Un régime spécial sur le cas des atteintes à l'intégrité physique impacterait certainement d'autres régimes, par exemple les contrats de transport ou de prestations de service. La prise en compte littérale de relation de soin paraît donc dans le contrat et dans l'attitude des parties, envisageable voir bienvenue.

Une mise en œuvre d'un régime spécial en matière contractuelle ou délictuelle. Les règlements de Bruxelles I et de Rome I prévoient dans leur disposition des régimes spéciaux pour certains actes. Les contrats de consommation, de travail, d'assurance et de transport disposent de règles spéciales d'attribution de compétence et détermination de la loi applicable. Créer une nouvelle disposition relative à la relation de soin permettrait d'instituer un régime plus protecteur sans affecter les autres règles déjà instaurées. Cependant, une telle entreprise certes louable induirait éventuellement des conséquences délétères. Le régime actuel ne se rapproche aucunement de la perfection, mais certaines dispositions spéciales, notamment au titre des agences de voyages[582] , accordent une protection avantageuse au voyageur patient. La mise en œuvre d'un régime autonome pourrait aussi contribuer à établir un rapprochement avec ses dispositions spéciales aux voyageurs pour les relations de soins. Néanmoins, si l'établissement d'un régime spécial accorderait une série de bénéfices, la réussite d'une telle refonte s'avère hypothétique. Les grandes disparités entre les états membres dans leur régime de protection de la santé, et aussi la participation au tourisme médical, constituent des freins majeurs à de tels régimes. Actuellement en effet, le tourisme médical s'oriente de l'Europe occidentale vers les états membres de l'est de l'Union. Il apparait fort probable que les États

[582] Dir (UE) 2015/2302 du parlement européen et du conseil du 25 novembre 2015, préc.

membres de l'Est soient défavorables à un régime qui réduirait leur attractivité. Ces éléments laissent à penser que les futures refontes commenceront au sein du droit interne des États membres.

Sous-Section II : Une réformation possible du droit interne des États

La mise en œuvre d'une réforme européenne portant sur une meilleure expression des droits du patient dans le droit international privé apparait comme louable. Mais la construction européenne fait reposer son application sur les états membres. Ces derniers disposent à cet égard d'une certaine marge d'appréciation. Toutefois, dans la marge interprétative dont ils disposent, les états membres peuvent aussi contribuer à une meilleure expression des droits du patient en matière d'action en réparation. Sans se confronter à la difficile refonte d'une norme de l'Union, la mise en œuvre d'un régime d'exception au titre des lois de police apparaît possible (Paragraphe I). À défaut de telles dispositions, il reste la possibilité d'établir une interprétation des normes européennes plus en accord avec celle du patient (Paragraphe II).

Paragraphe I : l'établissement d'un régime d'exception par la reconnaissance d'une loi de police

Les règlements Bruxelles I et Rome I, dans une volonté d'assurer une conciliation avec les intérêts des états membres et ceux établis dans leur corps de textes, ont mis en œuvre des régimes dérogatoires. Parmi ces régimes, la présence d'une loi de police permet de se soustraire aux règles de Droit international privé qu'elles instituent (A.). L'établissement de ces lois de police reste néanmoins conditionné pour éviter cet écueil (B.).

A. Une exclusion possible des dispositions de l'Union par la présence d'une loi de police

La mise en œuvre de la loi de police dérogatoire. Le paragraphe premier de l'article 9 du règlement Rome I[583] accorde une dérogation aux mécanismes de résolution des conflits de

[583] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art. 9. 1. *: « 1. Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la*

lois au profit de la loi de police. Cette exception intéresse nécessairement la question de l'expression du droit des patients. Si les mécanismes prévus de résolution constituent un frein à la capacité des actions en opération des patients, exclure ce régime en présence d'une loi de police apparait envisageable. Plus qu'une simple déclaration de principe, la Cour de justice est venue valider son évocation par deux arrêts majeurs au titre des agents commerciaux. Les arrêts *Ingmar*[584] *Unamar* [585] *exposent* en ce sens les éléments caractéristiques de la loi de police qui permettent d'exclure les dispositions du règlement Rome I. L'espèce de cet arrêt porte sur l'existence d'une loi de police en matière d'agent commercial qui exclurait l'application d'une clause de loi applicable prévue par les parties. Pour arriver à une telle conclusion, les deux arrêts se fondent sur le caractère impératif donné à la loi par l'État membre. Cette possibilité d'exclure les dispositions réglementaires intéresse nécessairement la relation de soin. Les éléments caractéristiques de la loi de police permettent d'exclure les dispositions du règlement Rome I. L'espèce de cet arrêt porte sur l'existence d'une loi de police en matière d'agent commercial qui exclurait l'application d'une clause de loi applicable prévue par les parties. Pour arriver à une telle conclusion, les deux arrêts se fondent sur le caractère impératif donné à la loi par l'État membre. Cette possibilité d'exclure les dispositions réglementaires intéresse nécessairement la relation de soin.

La détermination de la loi de police en matière de relation de soin. En matière de santé, reconnaitre l'existence d'une loi de police dans les dispositions relatives à la détermination de la loi applicable engendrerait une protection améliorée pour les patients. Le droit interne d'un état membre pourrait disposer d'un régime particulier de détermination de la loi applicable au patient. De telles dispositions s'appuieraient éventuellement sur des principes européens

sauvegarde de ses intérêts publics, tel que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. »

[585] CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/12, Unamar, préc. ; D. 2014. 60, note L. d'AVOUT ; RDC 2014. 80, obs. P. DEUMIER ; JDI 2014. 625, note J.-M. JACQUET ; DMF 2014. 299, note O. CACHARD ; Europe 2013, comm. 12, obs. L. IDOT ; JCP 2013. 2222, note C. NOURISSAT ; RLDA 2014. n°92, p56, note P. DALMAZIr ; Journ. Tribunaux 2014. 297, note P. HOLLANDER

comme celui de non-discrimination[586],qui possède une place particulière [587] et de droit d'accès à la réparation prévue dans la directive sur les soins transfrontaliers[588]. Il suffirait alors que le législateur d'un état membre institue une protection particulière pour le patient au titre de cette pratique. Une telle disposition résoudrait le problème de l'établissement d'un régime au niveau européen. Ici, seuls les états membres qui ne participent que passivement, par l'itinérance de leurs ressortissants au tourisme médical, seront maîtres du régime. L'opposition au parlement des pays prestataires de ces soins perdrait en force, le régime s'établissant au niveau du droit interne des États. À titre d'exemple, si l'état français mettait en œuvre par modification des textes existants ou par création d'un texte particulier, un régime de détermination de la loi applicable mieux adaptée au patient dans le cadre du tourisme médical, en exprimant qu'une telle position relève des lois de police, il échapperait aux règles de conflit instituées par les règlements. Toutefois, si une telle initiative apparait louable, ces chances de réussite restent minimes.

B. Une appréciation des lois de polices conditionnées

L'exigence d'un intérêt impérieux. L'arrêt *Unamar* conditionne la qualification d'une loi de police à plusieurs éléments. Si une volonté d'instituer une loi de police en faveur du patient peut apparaitre intéressante, elle s'avère néanmoins conditionnée. L'arrêt *Unamar* précise que la possible application d'une loi de police s'interprète strictement. La cour semble suivre le pas de la doctrine[589] qui en vertu du principe de libre choix du droit applicable aux contrats internationaux, tend à limiter la qualification « systématique »[590] de loi de police. Le conditionnement strict de ce régime d'exception reflète la volonté de la cour d'effectuer une

[586] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, JOCE, préc., art.21 ; Dir. (UE) 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinctions de race ou d'origine ethnique, JOCE, L 180 du 19 juillet 2000, p. 22. ; notamment en son Art. 3, 1er qui prévoit que ce principe s'applique au patient.

[587] L. DUBOUIS, « Santé et discrimination dans le droit de l'Union européenne », A. LECA et D. VIRIOT-BARRIAL (dir.), Santé et discriminations, Actes du IXe colloque du CDSA (Aix-en-Provence, 27 novembre 2009), Les Cahiers de droit dela santé du Sud-Est, n° 11, Bordeaux, LEH, 2010, p.37. ; A. DUBUIS, Les droits du patient en droit de l'Union européenne, *op.cit.*, p. 143

[588] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011. Préc. Art. 5, b)

[589] S. FRANCQ ET F. JAULT-SESEKE, Les lois de police, une approche de droit comparé, in Le règlement Rome I., colloque Credimi, dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Litec, 2011, p. 357 s

[590] L. D'AVOUT, Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux. Recueil Dalloz, Dalloz, 2014, p.60

médiation entre « la marge d'interprétation des États »[591] et la volonté des parties[592], en limitant le risque d'insécurité juridique qu'il génère potentiellement. Pour arriver à cet équilibre, la loi de police doit présenter un aspect crucial pour l'état membre en tant qu'elle tend à sauvegarder l'organisation politique et sociale de l'État concerné[593] en conformité avec les dispositions établies par le législateur européen. Une marge d'interprétation existe, mais elle ne signifie pas que le résultat de cette interprétation doit se réaliser au détriment du régime général. Cette condition transparait particulièrement dans les conclusions de l'avocat général sous l'arrêt Unamar qui valide son interprétation en écrivant « *il peut être tenu compte de la vocation protectrice d'une règle donnée au regard non seulement d'intérêts strictement publics, mais également de la (...) situation particulière d'un groupe de personnes* ». Dans le cadre de la relation de soin, il apparait au regard de cette condition stricte établie par la cour que le patient nécessite une protection au titre de sa situation pour permettre une sauvegarde de l'organisation sociale d'un État. Toutefois, et bien que la position de la Cour de justice sur les agents commerciaux éclaire sur la possible qualification de loi de police, il convient de souligner que l'interprétation faite par la cour se limite au cadre des lois de police de transposition dont l'extension aux lois nationales apparait bien plus difficile.

-Une possible limitation du régime d'exception aux lois de police de transposition. La doctrine française, sur la question de la transposition de la solution de l'arrêt *Unamar*, apparait réticente à l'idée d'étendre davantage la qualification de loi de police[594]. En effet, en exposant que la qualification de loi de police dérogatoire au droit de l'Union ne doit pas remettre en cause les dispositions européennes établies, un paradoxe émerge. Il apparait difficile qu'une loi de police d'un état membre puisse s'opposer à une disposition européenne sans risquer de se voir appliquer le principe de conformité du droit interne au droit de l'Union. Pour expliquer la position de la cour, le professeur LOUIS D'AVOUT interprète les solutions de la cour de justice comme limitée au cadre des lois de transposition[595]. Une loi de transposition, quand la directive est « d'harmonisation minimale », sera la seule à pouvoir être qualifiée de loi de police si cette dernière fait primer les intérêts européens inscrits dans le texte et préserve des intérêts publics

[591] CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/12, préc. ; concl. N. WAHL, 15 mai 2013, pts 41 et 60

[592] L. D'AVOUT, Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux, *ibid*

[593] CJCE, 23 nov. 1999, no 369/96, Arblade e.a., préc. pt.31

[594] L. D'AVOUT, Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux, *ibid*

[595] L. D'AVOUT, Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux, *ibid*, p.2

particuliers.[596] Ce raisonnement rend également compte de la position française qui tend rarement à qualifier de loi de police les lois de transposition des directives. Sa position apparait même plus sévère que celle de la Cour de justice dans l'arrêt *Unamar,* en ne retenant pas, du moins pour le moment, par de loi de police de transposition de directive disposant d'une marge interprétative[597]. Malgré tout, ces limitations de l'emploi de l'exception au titre des lois de polices, permettent une application au titre de la loi de transposition de la directive sur les soins transfrontaliers.

Une application limitée à la directive soins transfrontaliers. La qualification d'une loi de transposition d'une directive en loi de police est possible,mais elle n'en reste pas moins conditionnée à la marge d'interprétation laissée aux États membres. Concernant l'interprétation de la directive sur les soins transfrontaliers quant à la juridiction applicable, la norme européenne laisse aussi une certaine marge. La transposition se trouvera validée si elle prévoit simplement une voie de recours avantageuse ou pas pour le patient. En effet l'article 4 ne dispose, pour l'état de traitement, que d'une obligation d'accorder un recours pour le patient[598]. Si la doctrine a pu établir qu'il s'agissait pour l'état de traitement d'être lui-même compétent, une interprétation plus ouverte de la disposition reste possible. En effet, sans mentionner expressément que la juridiction de l'état membre du patient est compétente pour réaliser un recours. Il ne peut être supposé que la directive prévoit la détermination d'une règle de conflit. La directive souhaitant sanctionner l'absence de recours, les organisations de ce dernier au titre de la compétence et de la loi applicable semblent faire partie de la marge d'interprétation des États. Au regard de la marge d'interprétation que la directive accorde au titre de la détermination de la loi applicable, la qualification de la loi de transposition en loi de police constituerait un

[596] L. D'AVOUT, Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux, *ibid, « il s'agit d'une directive impérative comme d'autres et non d'une directive particulièrement impérative, dont le non-respect dans les relations internationales remettrait en cause le marché commun et les collectivités étatiques »*

[597] V. Civ. 1re, 8 juill. 2010, n° 09-67.013, Doga ; D. 2010. 1797, obs. X. DELPECH, 2884, note M. AUDIT et O. CUPERLIER, 2540, obs. N. DORANDEU, et 2933, obs. T. CLAY ; Rev. crit. DIP 2010. 743, note D. BUREAU et H. MUIR WATT ; RTD com. 2011. 667, obs. P. DELEBECQUE, et 2012. 525, obs. E. LOQUIN ; Rev. arb. 2010. 513, note R. DUPEYRE ; comp. Civ. 1re, 22 oct. 2008, n° 07-15.823, Monster Cable, D. 2008. 2790, obs. I. GALLMEISTER, 2009. 200, note F. JAULT-SESEKE, 684, chron. A. HUET, 1557, obs. F. JAULT-SESEKE, et 2384, obs. S. BOLLEE ; Rev. crit. DIP 2009. 1, étude D. BUREAU ET H. MUIR WATT ; RTD com. 2009. 646, obs. P. DELEBECQUE ; JDI 2009. 599, note M.-N. BACHELLIER et F.-X. TRAIN ; RDC 2009. 691, note E. TreppOZ ; JCP 2008. II. 10187, et la note)

[598] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011, art. 4

avantage majeur pour les juridictions des États membres qui souhaiteraient déroger aux règles spéciales prévues dans les règlements européens. À titre d'exemple, si la loi de transposition prévoyait un régime d'interdiction des clauses attributives de juridiction et de loi applicable ou exposait un régime fondé sur la résidence du patient, de telles dispositions pourraient être considérées comme des lois de police, si le régime se justifie par un intérêt public particulier. La viabilité d'une telle position nécessiterait un débat approfondi par les instances européennes. En effet, la directive prévoit aussi que les dispositions transposées s'établissent sans préjudice des règlements de Bruxelles I et Rome I et II. Or le régime ici proposé constituerait une forme de préjudice pour les cocontractants qui se verraient opposer au régime général celui d'une loi de police. Sans précision jurisprudentielle claire sur la transposition d'une directive et sans préjudice pour d'autres dispositions, la proposition énoncée ici semble être sujette à réserve. La réforme *a minima* de l'interprétation des directives européennes semble avoir davantage de chance de se réaliser.

Paragraphe II : La refonte *a minima* de l'interprétation des directives européennes

La reconnaissance de lois de police engendrant une résolution particulière des conflits de juridictions et de lois au bénéfice du patient est louable mais d'une mise en œuvre complexe. À défaut de ce régime protecteur, il peut néanmoins être envisagé *a minima* d'interpréter les directives européennes pour étendre la responsabilité des agences de voyages aux mutuelles (A.). Mais une telle interprétation pousserait davantage le tourisme médical dans une approche consumériste (B.).

A. L'extension du statut d'agence de voyages aux mutuelles et aux complémentaires

Une interprétation étendue du caractère onéreux des prestations. Si la marge d'interprétation donnée au titre de la directive sur les soins transfrontaliers est discutable[599] , l'interprétation de la directive du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées devient plus accessible. En effet, du fait de son statut, une marge d'interprétation est laissée aux états quant à l'appréciation du caractère onéreux. La loi de

[599] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011

transposition renvoie à la nécessité que le statut d'agence de voyages soit conditionné à la rémunération de ces services[600]. Et il semble que la transposition du législateur français soit lacunaire. L'absence de précisions sur ce qu'il est entendu par rémunération peut étendre théoriquement le régime aux mutuelles. Or étendre le régime de responsabilité de cette directive aux mutuelles améliorait la capacité de réparation de certains voyageurs[601]. Pour arriver à une telle solution, il revient aux juridictions françaises d'apprécier la rémunération en ce sens pour améliorer la prise en charge des patients. Néanmoins, retenir une telle extension de la notion revient moins à intégrer la relation de soin dans la matière contractuelle, que d'inviter à un glissement vers une conception consumériste de la relation de soin.

B. Une réformation tendant à une extension de la conception consumériste du patient.

Une amélioration de l'efficacité des voies de recours. Au regard des solutions apportées pour faciliter l'accès à la justice pour le patient, il apparait que le système le plus avantageux pour assurer sa protection soit celui du droit la consommation. En effet, ce n'est qu'au titre des relations avec une agence de voyage touristique, et avec une éventuelle extension aux mutuelles contribuant au tourisme médical, que les solutions paraissent les plus avantageuses pour le patient. Par conséquent, si des solutions existent pour améliorer le recours du patient établi dans le cadre d'une relation contractuelle, elle n'en reste pas moins difficilement mise en place. Ces difficultés apparaissent moins importantes en matière de droit de la consommation. Il revient alors de s'interroger. Si la qualification contractuelle nécessite des adaptations du fait de son manque de cohérence avec les règles de résolution de juridiction et de loi, il s'avèrerait éventuellement plus judicieux d'analyser une autre qualification de la relation source d'une meilleure cohérence. En s'essayant à l'amélioration du recours pour le patient au titre des dispositions contractuelles du règlement, il apparait que qualifier de contrat de consommation présente certains avantages.

[600] Ord. n° 2017-1717 du 20 déc. 2017, JO du 21.12.2017
[601] *Supra* p. 144

Conclusion intermédiaire

Le tourisme médical, abordé dans le cadre des règles européennes du droit international privé, s'illustre par une hétérogénéité des régimes. La qualification de la relation de soin, acte caractéristique du tourisme médical, suscite un intérêt particulier. D'une part, la qualification autonome de la relation de soin s'avère complexe puisqu'à défaut de position jurisprudentielle claire, la question de l'intégration de l'acte dans la matière contractuelle et délictuelle nécessite une attention particulière, tout comme l'articulation des règlements relatifs aux conflits de juridictions avec ceux relatifs aux conflits de lois. D'autre part, les conséquences tirées de ces qualifications engendrent des effets délétères dans l'articulation de la relation de soin et du droit du patient.

Concernant la qualification de la notion, il convient de reconnaitre à la relation de soin la qualité de contrat. Les interprétations de la Cour de justice sur les éléments constitutifs de la « matière contractuelle » permettent d'y englober la relation de soin. Les précisions apportées par la jurisprudence amènent à définir l'acte de soin et de diagnostic comme une prestation de service. Cette approche contractuelle se voit aussi harmonisée entre les différents règlements européens qui pourtant possèdent des conceptions certes voisines, mais différentes du contrat. Cette position engendre le rejet logique d'une qualification délictuelle qui pourtant révèle son utilité en matière d'action en réparation engagée par un patient.

Au titre des conséquences de cette qualification contractuelle de la relation de soin, il apparait que l'expression des droits aux recours du patient soit largement limitée. L'autonomie des parties dans la rédaction des contrats instaurée comme centrale dans les règlements européens engendre un déséquilibre dans une relation où le patient ne dispose pas d'une réelle marge de négociation des éléments constitutifs du contrat. Et même en l'absence desdites règles, le régime de résolution de conflits de juridictions et de loi constitue généralement un désavantage en termes d'action pour le patient. Son action doit être portée, sauf rares exceptions, devant les juridictions étrangères. Les actions directes et subrogatoires se trouvent aussi limitées dans leur exécution. La situation apparait alors déséquilibrée entre les différents ressortissants des États membres qui pratiquent le tourisme médical, chaque contentieux entrainant potentiellement une application imprévisible du droit international privé. Le régime rentre alors en friction avec d'autres dispositions de l'Union. L'accès au contentieux et à la réparation consacrés dans la directive sur les soins transfrontaliers s'avère effectif, mais inégal.

Pour résoudre, ces difficultés engendrées par l'application du régime de droit international privé, des mesures s'avèrent nécessaires.

Or la refonte du système pour assurer un accès effectif et harmonisé au contentieux, en vue de la réparation d'un préjudice, n'est pas chose aisée. D'une part, la refonte des textes européens, par la mise en œuvre d'un régime spécial de responsabilité, ou par l'intégration des actes de soin dans le corpus règlementaire, apparait difficilement conciliable avec les intérêts particuliers des états et des acteurs économiques du secteur. D'autre part, au niveau des législations des états membres, la primauté du droit européen limite les ingérences qui pourraient remettre en cause les principes généraux du droit international privé européen. Retenir une approche contractuelle revient donc à instaurer un régime qui cause davantage de problèmes qu'il n'en résout en cas de contentieux en matière de santé.

Seuls les cas particuliers d'engagement de la responsabilité illustrent au final le possible équilibre entre intérêt du patient et recours effectif. Dans le cadre des agences de voyages, et de la directive qui prévoit leur responsabilité, il est ainsi possible d'établir une responsabilité et un régime de Droit international privé favorable au patient et homogène en Europe. Néanmoins, ici la protection ne se réalise pas par la présence d'un patient contractant, mais d'un patient qualifié de voyageur. Ce voyageur est quant à lui protégé par les dispositions du droit de la consommation. Si la meilleure voie, dans une approche contractuelle pour assurer un égal accès au recours de manière effective, revient à intégrer le patient en tant que voyageur consommateur alors l'analyse de la qualification générale de la relation de soin dans le droit de la consommation se justifie ; à la condition que les conséquences d'une telle qualification constituent une issue favorable pour l'établissement du tourisme médical de façon équilibrée et sécurisée.

Partie II : L'incursion du droit de la consommation dans le tourisme médical

Une influence reconnue du droit de la consommation. La Doctrine établit que le droit de la consommation a des répercussions sur l'ensemble du système juridique. Par conséquent,[602] cette situation pourrait être appuyée au titre des normes européennes qui abordent un traitement juridique commun du conflit de juridictions. La position doctrinale qui entérine cette influence peut impacter le système juridique européen.

Un régime de protection justifié au titre de la protection du consommateur. La mise en œuvre d'un régime protecteur du consommateur dans les règles de droit international privé européen fait écho aux principes cardinaux du droit de la consommation. De manière générale, les États membres ont disposé d'un régime spécial de protection en dehors de la sphère générale des contrats. L'objectif affirmé par les législations en droit de la consommation revient à rétablir un équilibre entre les parties. Le déséquilibre initial que les législations des États membres tentent de limiter, se constitue autour de la notion de partie faible[603]. Celle-ci est généralement privée d'un pouvoir de négociation des dispositions contractuelles et se trouve confrontée à un professionnel « présumé plus habile »[604]. Les règlements de Bruxelles et de Rome contribuent à l'élaboration d'un régime de protection du consommateur étendu au droit international privé. La Doctrine a pu en ce sens exposer que si la relation de consommation devait être protégée contre les déséquilibres contractuels qu'elle engendre en droit interne, l'intérêt des dispositions règlementaires revient dans son objectif d'étendre cette protection au « *déséquilibre*

[602] N. SAUPHAN, « l'influence du droit de la consommation sur le système juridique », LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 2000, p. 425. ; E. POILLOT, droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats, LGDJ, cool bibl de droit privé, 2006, p. 589. ; J. CALAIS_AULOY, "L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats" RTD com, 1998 p. 95. ;C. THIBIERGE_GUELFUCCI, Libres pros sur la transformation du droit des contrats, RTD civ, 1997, p. 357. ; B. DUMOLLARD, Les effets de 'intégration des directives consuméristes sur certains aspects du droit des contrats français et allemand, ss la dir de F. FERRAND, Univ, Lyon 3, 2001, p. 509

[603] V. PINGEL, La protection de la partie faible en droit international privé : Dr. soc. 1986, 133. ; F. POCAR, La protection de la partie faible en droit international privé, RCADI, 1984, t. V, p. 339. ; F. LECLERC, La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : LGDJ, 1996, p. 776 ; G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé » *op.cit.*

[604] C. LATIL, « Règles de compétence protectrices des parties faibles - Contrats de consommation », *JCl, Droit international*, Date de la dernière mise à jour : 1er Janvier 2020, Paris, Lexisnexis,, fasc. 584-150. p. 2

procédural »[605]. En effet, si en matière de litige au titre d'un contrat de consommation classique, le consommateur se trouve déjà dans une situation complexe du fait d'une incompréhension de ces voies de recours et sur les *a priori* qu'il possède sur l'aspect financier d'une telle procédure. En matière de contrat présentant un élément d'extranéité, sa situation s'aggrave du fait qu'à l'incompréhension initiale s'ajoutent des aspects procéduraux.

C'est pour cela qu'il apparaît opportun de protéger le consommateur contre les règles le poussant à porter son contentieux devant une juridiction qui lui est étrangère[606] , la sécurité juridique promise au consommateur s'en trouve étendue dans le cadre d'un contrat de consommation international.

Une protection casuistique effective. L'effort d'étendre la protection du consommateur dans les contrats internationaux est louable. La doctrine soulève pourtant que ces contrats restent des actes minoritaires, dont la manifestation pratique est limitée[607]. Néanmoins, une telle réserve ne saurait être soutenue au regard du développement des actes transfrontaliers. Le contexte économique tend à la multiplication des échanges internationaux, au titre notamment du développement des techniques de communication et du tourisme international[608]. Ces secteurs en développement justifient donc la mise en œuvre des dispositifs protecteurs des règlements européens. Par ailleurs, si ces contrats ne font pas aujourd'hui l'objet d'un contentieux vif, ce n'est pas à cause d'un intérêt limité, mais d'une mauvaise compréhension du recours par les consommateurs. Porter devant une juridiction étrangère, les manquements à une loi étrangère génèrent une crainte financière. Cette réticence n'apparaît pourtant en pratique que peu justifiée[609]. En outre, la Doctrine[610] justifie la limitation de la portée pratique des dispositions par le fait que les contentieux en consommation portent sur des sommes modiques. Toutefois, si une réflexion financière sur le rapport entre coût de l'action et bénéfice escompté peut être prise en compte, le développement d'un tourisme européen et notamment en matière médicale tendrait à étendre le contentieux de la consommation sur des demandes en réparation de préjudice conséquent.

---

[605] C. LATIL, « Règles de compétence protectrices des parties faibles - Contrats de consommation », *ibid*

[606] CJCE, 19 janv. 1993, n° C-89/91, Shearson Lehmann Hutton c/TVB : Rev. crit. DIP 1993, p. 320, note H. GAUDEMET-TALLON; JDI 1993, p. 466, obs. A. HUET ; D. 1993, sommes.
p. 214, obs. J. KULLMANN

[607] D. BUREAU et H. MUIR WATT, Droit international privé : PUF, 4e éd., 2017, n° 924, p. 430

[608] C. LATIL, « Règles de compétence protectrices des parties faibles - Contrats de consommation », *ibid.*

[609] M.-É.ANCEL, P. DEUMIER et M. LAAZOUZI, Droit des contrats internationaux : Sirey, 2ième, 2019, n° 1028, p. 645

[610] *M.-É.ANCEL, P. DEUMIER et M. LAAZOUZI, Droit des contrats internationaux, ibid.*

L'extension justifiée du régime de protection au patient. La protection du consommateur établie pour réduire le déséquilibre dans la négociation contractuelle et les conséquences procédurales qui en découlent pourrait être étendue au patient. L'intérêt de la mise en œuvre d'un tel système se justifie par la faible capacité du patient à négocier les dispositions contractuelles face à un contractant professionnel. Dans le cadre d'une approche contractuelle de la relation, l'existence d'une faiblesse du patient dans la négociation des clauses et face aux techniques mises à disposition du professionnel pour limiter sa propre responsabilité[611] rappelle fortement le déséquilibre dont le droit cherche à remédier. Les règlements Rome I et Bruxelles I doivent alors être respectivement analysés pour déterminer si cette relation de soin pratiquée dans le cadre du tourisme médical entre dans le champ du droit de la consommation. Et si une qualification de la relation de soin en contrat de consommation s'avère possible (Titre I), l'articulation des actions inhérentes à la matière en est même souhaitable (Titre II).

[611] *Supra* p. 127

TITRE I : Une qualification possible en contrat de consommation

Pour qu'une qualification de la relation de soin soit considérée comme un contrat de consommation la seule démonstration de la réunion des éléments qualificatifs de ce contrat ne suffit pas pour valider cette hypothèse. Il convient d'étudier si l'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé permet ce rapprochement au sein du Droit de l'Union. Par conséquent si la qualification en contrat de consommation de la relation de soin s'envisage (Chapitre I), c'est également car le droit de la consommation influence suffisamment le droit de l'Union pour initier un tel rapprochement. (Chapitre II).

Chapitre I : La réunion des éléments constitutifs du contrat de consommation

Les règlements Bruxelles I bis et l Rome I prévoient respectivement une section[612] au titre du contrat conclu par les consommateurs et disposent de règles de conflit particulières à cet égard. Les auteurs justifient la création de ce régime spécial par « *l'inégalité des contractants* »[613], le consommateur se trouvant en « *Situation de faiblesse* »[614]. Néanmoins, le régime instaure des conditions tant objectives que subjectives. D'une part, les règlements spéciaux relatifs au contrat de consommation s'établissent au regard de la qualité des cocontractants comme professionnels et consommateurs. D'autre part, les dispositions ne sont applicables qu'en présence de contrats particuliers. En outre, ces règlements prévoient un régime autonome de la qualification en contrat de consommation. Il convient de rappeler que ces règles se développent indépendamment des conceptions initialement retenues par les législateurs des États membres.

[612]Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, préc. Art. 17 s. ; Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art. 6

[613] C. LATIL, « Règles de compétence protectrices des parties faibles - Contrats de consommation », *op.cit*., p. 2

[614] C. LATIL, « Règles de compétence protectrices des parties faibles - Contrats de consommation », *ibid*.,

L'État français, à titre d'exemple, a entamé son travail de codification dès les années 1970[615] et les appréciations de la consommation par l'Union apparaissent bien plus tardives. Cependant, les éléments de qualification en droit interne du contractant comme consommateur présentent une utilité par la réalisation d'une analogie avec les conditions de la qualification retenue par la Cour de justice. Il n'en reste pas moins des indices et non des critères objectifs. Par conséquent, la jurisprudence de la Cour de justice réalise une interprétation du contrat de consommation d'une façon voisine à celle du droit interne des États membres, mais reste cependant distincte. Les qualifications de consommateurs et de professionnels sont autonomes aux conceptions nationales, mais présentent des similarités. À la différence toutefois du droit de la consommation des États membres, le régime applicable limite les contrats susceptibles de se voir appliquer ces dispositions protectrices. Il convient alors d'étudier, d'une part, les conditions subjectives de la qualification consumériste au titre de la qualité des parties (Section I.), et d'autre part, les conditions relatives aux contrats encadrés par les règlements européens (Section II.).

Section I : Une qualification possible au regard de la qualité des parties

Les règlements Bruxelles I et Rome I prévoient chacun un régime protecteur du consommateur au titre du droit international privé. L'historique de l'établissement de cette protection et les finalités différentes de chacun des textes imposent une analyse dichotomique de la qualification au sens des deux règlements. À la différence de la qualification contractuelle qui peut apparaitre relativement harmonisée, certains éléments qualificatifs relevant du droit de la consommation engendrent une protection variable en fonction des contrats encadrés. Le règlement de Bruxelles I sur les conflits de juridictions prévoit un recours en partie différent de celui du règlement Rome I. Ces différences se retrouvent dans l'appréciation de la qualité des parties. Toutefois, appliqué au tourisme médical, il semble que le résultat du recours à ces qualifications autonomes engendre les mêmes conséquences. La définition des parties retenue par le

[615] Voir Loi n° 72-1137 du 22 déc. 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchages et de vente à domicile, J.O du 23 décembre 1972 p. 13 348 (abrogé) ; Loi n° 73_1193 du 27 déc. 1973, d'orientation du commerce et de l'artisan. J.O du 30 déc. 1973 p. 14 129, Texte partiellement abrogé (art4) ; Loi n° 7822 du 10 janv 1978 relative à l'information et à la protection de consommateurs dans les domaines de certaines opérations de crédit. J.O du 11 janv 1978 p299

règlement de Bruxelles (sous-section I) et par le règlement Rome I (sous-section II) parvient à la même qualification des parties au contrat de consommation en matière de tourisme médical.

Sous-section I : La définition des parties retenue dans le règlement Bruxelles I

Pour comprendre la qualification du contrat de consommation par le règlement Bruxelles I, il apparaît essentiel de s'intéresser aux cocontractants à cette convention. De manière analogue avec les régimes établis en droit interne des États membres, le contrat de consommation constitue la rencontre entre un consommateur et un professionnel. Au-delà du fait que la définition de ces termes a engendré une interprétation jurisprudentielle conséquente dans les droits internes des États et notamment en France[616]. Le travail considérable effectué par les juges du fond et des États ne saurait contribuer à l'interprétation des parties au contrat en matière de conflit de compétence. Le règlement Bruxelles I écarte en ce sens tout recours aux interprétations des États membres et fait privilégier sa propre vision de ces notions. À ce titre, le règlement et la Cour de justice en charge de son interprétation établissent une notion solide du consommateur européen (Paragraphe I) sans parvenir cependant à donner davantage de corps à la notion de professionnel (Paragraphe II).

Paragraphe I : La qualification de consommateurs

Le règlement a établi sa propre conception de la notion de consommateur et a conditionné sa reconnaissance à divers éléments (A.). Ce travail permet de constater une ouverture de la notion à certaines situations, mais aussi de certaines restrictions établies pour d'autres (B.). Heureusement, les restrictions établies ne semblent pas de nature à remettre en cause l'hypothèse que le patient puisse être un consommateur dans sa démarche transfrontalière.

[616]Civ. 2e, 22 nov. 2018, n° 17-27.730 ; Civ., 1re, 1er juin 2016, n° 15-13.236 ; Com. 16 févr. 2016, n° 14-25.146 ; Civ. 1re, 1er oct. 2014, n° 13-21.801 ; Civ. 1re, 23 juin 2011, n° 10-30.645, D. 2011. 2245, note S. TISSEYRE ; D. 2012. Pan. 844, obs. E. POILLOT ; RTD com. 2011. 627, obs. BOULOC ; Civ. 1re, 2 avr. 2009, n° 08-11.231 ; Civ. 1re, 4 juin 2002, n° 99-21.899 ; V. aussi, D. VIGNEAU, trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur. par le droit de la consommation?. Gaz. Pal. 30 août-3 sept. 2002, p.3

A. La notion de consommateur.

La notion de consommateur. L'établissement d'une définition autonome du consommateur en droit international privé européen se réalise par l'articulation des différents règlements européens. Chacun apportant des éléments de définition récurrents, mais dont la réunion permet d'établir une définition commune au titre du conflit de juridictions et de loi. D'une part, l'article 17 paragraphe 1 du règlement Bruxelles I bis [617] définit le consommateur comme la personne qui conclut un « *contrat pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle* »[618]. Le règlement Rome I quant à lui, précise dans son article 6[619] que ce contractant doit nécessairement être une personne physique. De la lecture croisée des deux règlements, il convient de définir le consommateur comme la personne physique qui conclut un contrat étranger à son activité professionnelle. À l'occasion de renvoi en interprétation, la Cour de justice est venue par la suite préciser les contours de cette notion, précisions qui révèlent une certaine correspondance de cette notion avec celle de patient.

Une interprétation stricte de la notion de « *consommateur* ». La définition prévue à l'article 14 du règlement Bruxelles I qui précise les interprétations de cette notion par la Cour de justice se révèlent strictes. À la conception large de la notion, permettant de l'étendre à de nombreuses situations, se trouve substituée une conception stricte où la qualification de consommateur passe par l'emploi de « *ligne directrice* »[620]. Cette conception trouve son origine dans les conséquences du rattachement au contrat de consommation. Le règlement prévoit à ce titre de faire bénéficier d'un « *forum actoris* » au consommateur, avantage établi au sein du règlement, mais limité dans son application, car il constitue un régime d'exception aux règles en matière contractuelle. Pour la doctrine[621], la Cour de justice dans son arrêt *Shearson*

[617] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, *op.cit.,* Art. 14. 1° :
[618] Définition établie initialement par la Cour de justice « CJCE, 21 juin 1978, n° 150/77, Bertrand c/Paul Ott, pt. 21 : JCP G 1979, II, 19051, note F.-C. JEANTET ; RTD com. 1979, p. 170, note Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL ; Rev. crit. DIP 1979, p. 119, note E. MEZGER »
[619]Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, préc. Art. 6.
[620] Issue de l'analyse jurisprudentielle sous arrêt de 2005 ; V. CJCE, 20 janv. 2005, n° C-464/ 01, Grubber ; D. 2006, p. 1495, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 100, obs. G. RAYMOND ; Europe 2005, comm. 104, note L. IDOT ; JCP G 2005, I, 169, n° 16, note A. MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST ; Procédures 2005, comm. 209, note C. NOURISSAT ; Rev. crit. DIP 2005, p. 493, note J.-M. JUDE).
[621] H. GAUDEMET-TALLON, Rev. crit. DIP 1993, *op.cit.,* p. 320,

Lehmann Hutton, a reconnu l'hostilité du règlement à la mise en œuvre de sa propre disposition[622]. Une telle position revient alors à l'exclusion du consommateur, personne morale.

L'appréciation de la notion de personne physique. L'arrêt *Idealservice*[623] de la Cour de justice marque la première confirmation de la nécessité d'entendre par consommateur une personne physique. Cependant, cette appréciation de la notion ne s'est pas réalisée sous l'égide du règlement de Bruxelles, mais au titre de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives en matière de Droit européen de la consommation[624]. Toutefois, le Professeur LARDEUX soumettait alors l'hypothèse que la solution rendue au visa de la directive pouvait être étendue au règlement du fait de la portée générale de l'arrêt[625]. Position que l'arrêt de la Cour de justice *Eska spoitelna c/Gérald Feichter* [626]confirme en exposant néanmoins que la seule qualité de personne physique ne justifie pas l'application de l'article 14 du règlement Bruxelles I. En outre, l'approche retenue du consommateur, personne physique, fut appréciée en fonction du règlement Rome I qui prévoit littéralement cette condition à la différence de son homologue sur la compétence juridictionnelle[627]. La Cour a simplement étendu la condition prévue par Rome I dans l'interprétation du règlement Bruxelles I. Par conséquent, la notion de consommateur se présente comme harmonisée dans le cadre de l'application des règlements européens. Il en va de même dans le cadre de la notion d'activité professionnelle.

L'appréciation de la notion d'absence d'activité professionnelle. La construction jurisprudentielle de la notion d'absence d'activité professionnelle fut établie de manière progressive par la Cour de justice. Initialement la Cour de justice dans l'arrêt *Bertrand c/Paul*

---

[622] CJCE, 19 janv. 1993, n° C-89/91, Shearson Lehmann Hutton c/TVB, pt. 17 : Rev. crit. DIP 1993, p. 320, note H. GAUDEMET-TALLON; JDI 1993, p. 466, obs. A. HUET ; D. 1993, sommes. p. 214, obs. J. KULLMANN. – La Cour de justice a par la suite employé une expression plus douce qui est celle de « moins favorable », CJCE, 20 janv. 2005, n° C-464/ 01, Grubber, préc., pt 33

[623] CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99, Idealservice : JCP G 2002, II, 10047, note G. PAISANT ; RTD civ. 2002, p. 291, obs. J. MESTRE ET B. FAGES ; D. 2002, sommes. comm. 2929, note J.- P. PIZZIO

[624] Dir. (UE) 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, préc.

[625] G. LARDEUX, Droit international privé des obligations contractuelles : Larcier, 2016, note n° 988, p. 268

[626] CJUE, 14 mars 2013, n° C-419/ 11, eska spoitelna c/Gerald Feichter : D. 2013, p. 2296, obs. L. D'AVOUT ; RTD civ. 2013, p. 341, obs. P. REMY-CORLAY

[627] M.-É. ANCEL, H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe : LGDJ, 6e éd., 2018, note n° 75, p. 435

Ott[628], avait précisé que la condition d'activité professionnelle devait permettre de limiter « *la protection à certaines catégories d'acheteur* ». L'activité professionnelle s'entendait donc initialement sur les contrats de vente et sur leur finalité professionnelle. La Cour de justice rappela l'extension à d'autres types de contrats dans l'arrêt *Shearson Lehman Hutton*[629], en exposant que le contractant non professionnel devait être entendu comme « *la partie au contrat réputée économiquement plus faible et juridiquement moins expérimentée que son contractant* ». La Cour de justice s'appuyait sur la notion d'expérience dans la tenue de l'activité et de la position de faiblesse économiques. Si le consommateur disposait d'une expérience au regard de l'activité ciblée par le contrat ou d'une position économique plus avantageuse, le bénéfice des dispositions spéciales du règlement lui était refusé. La Cour de justice est venue préciser les contours de la notion de faiblesse dans l'arrêt *Benincasa*[630]. La faiblesse se doit d'être appréciée objectivement, c'est-à-dire dans le cadre du contrat et non dans la position économique générale des parties. Le statut de non-professionnel s'établit en référence « *à la position de cette personne dans un contrat déterminé, en rapport avec la nature et la finalité de celui-ci, et non pas à la situation subjective de cette même personne* »[631]. La lecture conjointe des solutions de la Cour de justice dans les arrêts *Bennincasa*[632] et *Bertrand*[633] entreprise par la doctrine[634] entraine une application des règles « *au consommateur final privé, non engagé dans des activités commerciales professionnelles* »[635] « *conclues aux fins de satisfaire aux propres besoins de consommation privée d'un individu* »[636]. La notion de consommateur apparaît donc entendue strictement sans considération du risque financier et légal que celui encourt et des connaissances dont il peut disposer dans ce genre de transaction. La Cour de Justice a confirmé cette position dans un arrêt du 3 octobre 2019, dans lequel une personne est qualifiée de consommateur dans la réalisation d'un contrat de courtage sur le

[628] CJCE, 21 juin 1978, n°150/77, Bertrand c/Paul Ott, pt 21 : JCP G 1979, II, 19051, note F.-C. JEANTET ; RTD com. 1979, p. 170, note Y.LOUSSOUARN et P. BOUREL ; Rev. crit. DIP 1979, p. 119, note E. MEZGER

[629] CJCE, 19 janv. 1993, n° C-89/ 91, Shearson Lehman Hutton, préc.

[630] CJCE, 3 juill. 1997, n° C-269/95, Benincasa, : JDI 1998, p. 581, note J.-M. BISCHOFF ;Procédures 1997, comm. 201, obs. H. CROZE ; RTD com. 1998, p. 736, obs. M. LUBY).

[631] CJCE, 3 juill. 1997, n° C-269/95, Benincasa, préc. pt. 17

[632] CJCE, 3 juill. 1997, n° C-269/95, Benincasa, préc. pt. 17

[633] CJCE, 21 juin 1978, n° C-150/77, Bertrand contre Paul Ott KG, préc.

[634] C. LATIL, « Règles de compétence protectrices des parties faibles - Contrats de consommation », *op.cit.*, p.4

[635] CJCE, 3 juill. 1997, n° C-269/95, Benincasa, préc. pt. 17

[636] CJCE, 21 juin 1978, n° C-150/77, Bertrand contre Paul Ott KG, préc.

marché international des échanges *FOREX*[637] comportant des risques financiers élevés et l'exigence d'une connaissance technique importante des flux boursiers. Ces conditions de qualification du consommateur, certes, restreintes ne remettent pas en cause l'existence théorique d'un patient consommateur[638].

B. Une qualification de consommateur restreinte

Limite de la reconnaissance de la qualité de consommateur. Pour établir si un patient peut être considéré comme consommateur au titre des règlements européens, alors, il convient d'étudier les conditions engendrant un rejet d'une telle qualification. La Cour de justice dispose d'une position relativement stricte quant à la qualification de consommateur. L'arrêt *Shearson Lehman Hutton*[639] expose un critère subjectif de qualification. En conséquence, l'arrêt expose que les personnes se voient refuser éventuellement la qualité de consommateur si la protection ne se justifie pas. Sans plus de précision sur la notion de justification de la protection, il a fallu attendre les précisions de plusieurs arrêts pour délimiter son contenu. L'arrêt *Bennincasa*[640] précise que la protection ne se justifie pas quand le contrat est conduit dans le but de la réalisation d'une activité professionnelle future et non existante au moment de la conclusion de l'acte[641]. Les arrêts *Gruber*[642] *et Milivojevi* [643]exposent dans le cadre d'acte mixte relevant partiellement d'une activité professionnelle, que si cette dernière prédomine dans la conclusion du contrat, la nature consumériste de la relation doit être rejetée. À l'inverse, si l'activité professionnelle qui justifie la réalisation du contrat est marginale alors le contrat de consommation peut être qualifié comme tel. Par conséquent, la restriction que pourrait être

[637] V. CJUE, 3 oct. 2019, n° C-208/ 18, Facebook.

[638] [638] G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé » *op.cit.* ; J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.*, p.11.

[639] CJCE, 19 janv. 1993, n° C-89/ 91, Shearson Lehman Hutton, préc.

[640] CJCE, 3 juill. 1997, n° C-269/95, Benincasa, préc. pt. 17

[641] CJCE, 3 juill. 1997, n° C-269/95, Benincasa, préc. pt. 17 *« fût-elle prévue pour l'avenir, étant donné que le caractère futur d'une activité n'enlève rien à sa nature professionnelle »*

[642] CJCE, 20 janv. 2005, n° C-64/01, Gruber : « la commande de tuile envie de la réfection de la toiture de la ferme à usage privé, mais contribuant à l'activer professionnel d'un agriculteur *ne fut pas reconnue comme un contrat de consommation »*

[643] CJUE, 14 févr. 2019, n° C-630/ 17, Milivojevi : *« La qualité de consommateur est reconnue au contractant réalisant un credit en vue de la réfection d'une habitation en vue de la réalisation potentielle d'un hébergement hôtelier si le crédit poursuit essentiellement des fins privées. »*

opposée à une qualification du patient en consommateur du fait de l'absence de justification de la protection, apparait peu envisageable dans ce cas.

Une qualification possible du patient en consommateur. Apprécier la notion de contrat de consommation nécessite l'interprétation de la notion de consommateur. Étudier cette dernière demande de la confronter à la conception qui en est faite par la Cour de justice. La doctrine contribue également à distinguer divers critères utiles au travail de qualification[644]. Prévoir un critère qui fonde la reconnaissance d'une relation de consommation sur la finalité de cette dernière apparaît impossible au regard de la jurisprudence de la Cour de justice. Cette dernière préfère l'emploi de critères objectifs relatifs à la qualité du consommateur. Le critère finaliste qui serait le rétablissement d'une relation déséquilibrée est ici remplacé par un critère relatif à l'existence d'une activité professionnelle, source d'une position de faiblesse pour le contractant consommateur. Considérant ces deux critères objectifs dégagés par la Cour de justice à savoir d'une part la qualité de personne physique et d'autre part la réalisation du contrat par le consommateur en dehors de son activité professionnelle, le patient peut potentiellement être considéré comme un consommateur. Dans le cadre de la réalisation d'une relation de soin, l'acte de soin touche à l'intégrité physique du corps humain. De sorte que si l'objet du contrat porte sur le corps humain, le cocontractant doit être nécessairement une personne physique. Concernant la réalisation de l'acte en dehors de l'activité professionnelle, l'activité médicale apparaît par définition extérieure au domaine d'activité professionnelle du consommateur. L'existence à titre d'exemple d'une obligation d'information en vue de remédier aux déséquilibres traduit l'existence d'un déséquilibre dans la relation liée à la nature de l'activité. Néanmoins, le cas particulier du patient lui-même professionnel de santé interroge. En effet, la Cour de justice dans son interprétation stricte de la notion limite l'emploi d'une qualification en contrat de consommation. En effet, la relation pourrait être considérée comme une relation professionnelle, toutefois l'aspect personnel de la réalisation d'un acte de soin d'un professionnel sur un autre devrait relever de la sphère des actes personnels. Le patient également professionnel de soin disposerait à ce titre d'une protection identique[645].

Paragraphe II : La qualité de professionnel

[644] En ce sens, G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé » *op.cit.*
[645] CJCE, 19 janv. 1993, n° C-89/ 91, Shearson Lehman Hutton, préc.

La notion de professionnel dans le règlement Bruxelles I fit moins l'objet de débats que celui de consommateur. La Cour de justice et le législateur européen entretiennent un certain flou sur cette qualité de professionnel (A.), néanmoins un rapprochement entre professionnel au sens du règlement et professionnel de santé apparait envisageable (B.)

A. Les éléments constitutifs du professionnel

La notion de professionnel. Le professionnel à la différence du consommateur ne fit pas l'objet par le législateur européen et par la Cour de justice d'une définition propre avant la refonte du règlement de Bruxelles I. La mention du professionnel n'était alors présente que dans le règlement Rome I. L'article 6 de ce règlement disposait que le cocontractant du consommateur est « *une autre personne* » « *désignée comme professionnelle et agissant dans l'exercice de son activité professionnelle* ». Du côté de la Cour de justice, les premiers éléments définitionnels du professionnel se présentaient en filigrane de celui du consommateur. Dans l'arrêt *Gabriel*[646] par exemple, le professionnel doit répondre d'une condition » *d'expérience* » qui se déduit du fait que le consommateur est « *juridiquement moins expérimenté que son contractant professionnel* »[647]. Face à la difficulté de qualification du professionnel en négatif de celui de consommateur, l'article 15 du règlement Bruxelles I le définit comme une personne « *qui exerce des activités commerciales ou professionnelles* »[648].

L**'appréciation de la notion de professionnel**. Le professionnel se voit qualifié en fonction de son activité habituelle, qu'elle relève du champ commercial ou d'une activité professionnelle autre. Il ressort de la jurisprudence de la Cour[649] que l'expérience et le caractère répété des actes soient des éléments permettant la qualification de professionnel. Le règlement ne prévoit pas de condition relative à l'enregistrement de ces professionnels et n'aborde pas ces derniers de manière restrictive. Néanmoins, en focalisant son interprétation des règlements européens sur la notion de consommateur, la Cour de justice semble vouloir exclure des règles protectrices les contrats conclus entre particuliers ou entre professionnels. D'une part, les règles protectrices sont écartées en présence de deux particuliers agissants chacun en dehors de l'activité professionnelle, la Cour de cassation exprimant que de telles relations n'entraînent pas un

[646] CJUE, 11 juil. 2002, n° C-96/00, Rudolf Gabriel.
[647] CJUE, 11 juil. 2002, n° C-96/00, Rudolf Gabriel, préc. pt. 39
[648] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, préc. art.14
[649] En ce sens, CJUE, 25 janvier 2018, n° C 498/16, Facebook Ireland Limited.

déséquilibre significatif[650]. D'autre part, la réalisation d'actes entre deux professionnels ne permet pas de reconnaitre une qualité de consommateur à l'un d'entre eux, même quand leurs rapports s'avèrent déséquilibrés[651].

B. Une qualification du professionnel étendue

Une qualification applicable au professionnel de santé. En l'absence d'un régime spécial appliqué aux relations de soins transfrontalières au titre des règlements européens, la qualification de professionnel au sens des règles protectrices du droit de la consommation apparaît envisageable. En effet, dans le cadre du règlement, reconnaitre cette qualité à un professionnel exclut l'application des règles consuméristes. Par exemple, si un professionnel est qualifié de transporteur, les règles spéciales du contrat de transport se substituent aux règles consuméristes. Or, en ne prévoyant aucun régime susceptible de se substituer au droit la consommation, il apparaît que le médecin qualifié dans les droits des états membres en tant que professionnel de santé est *a minima* un professionnel. En ce sens, le praticien réalise son activité dans le champ sanitaire et dispose d'une expérience certaine avérée[652]. Par rapport à l'appréciation de l'expérience et de la répétition des actes que retient la Cour de justice, le professionnel de santé répond aux exigences jurisprudentielles. En reconnaissant l'éventuelle qualification en consommateur du patient, et celle du praticien en professionnel, l'existence d'un contrat de consommation au sens du règlement de Bruxelles I peut sérieusement s'envisager. Par l'interprétation du règlement Rome I dans le cas d'un conflit de lois, une conclusion similaire peut-être conduite, mais par un travail de qualification des parties différent.

Sous-section II : La qualité des parties retenues dans le règlement Rome I

Existence d'un rattachement spécial au sens du règlement Rome I. Dès la conclusion des conventions de Rome qui précèdent le règlement, des dispositions relatives au contrat de consommation sont établies. Cette volonté de constituer, à défaut de choix des parties, un régime spécial de détermination de la loi applicable se fonde sur la nécessaire protection des

[650] V. Cass, Civ. 1re, 23 janv. 2008, n° 06-21.898
[651] M.-É. ANCEL et H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe. Matières civiles et commerciales : LGDJ, 6e éd., 2018, n° 302, p. 435.
[652] *op cit* paragraphe précédant

parties faibles[653]. Faire du consommateur une partie faible induit alors la mise en œuvre d'un système autonome de détermination de la loi applicable. Dans une réflexion sur la pertinence d'une qualification de la relation de soin comme contrat de consommation, il convient donc d'apprécier si ce régime se conforme aux exigences particulières qui découlent du droit des patients, au niveau européen et dans les dispositions afférentes dans les États membres. Ces dispositions établies au premier temps de la convention trouvent aussi leur origine dans la mise en œuvre par presque tous les États membres de dispositions protectrices du consommateur[654]. La volonté du législateur d'assurer une protection du consommateur étendue au droit international privé se réalisa de manière incrémentale. De prime abord, une ouverture large du régime de protection fut rejetée, en témoigne la proposition de 2005 de la Commission européenne, qui écartait le principe d'autonomie des parties dans la détermination de la loi applicable au contrat de consommation[655]. Néanmoins, face aux insuffisances de l'article 5 de la Convention[656], le règlement Rome I dans son article 6 élargit le domaine d'application de la protection sans toutefois aller vers une trop grande ouverture[657]. L'existence de ce rattachement spécial est également à rapprocher des autres textes prévoyant une protection du consommateur. La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs[658] dispose à cette occasion dans son considérant 10 que la disposition s'applique « *sans préjudice du règlement Rome I* ». Par ces ouvertures accordées par le législateur européen, le règlement Rome I et l'interprétation qui en est faite engendrent une qualification particulière de la notion de consommateur (Paragraphe I) autant que de celle de professionnel (Paragraphe II).

Paragraphe I : La qualification de consommateur

Si le règlement Rome I prévoit un régime de protection du consommateur, il appréhende encore cette notion de manière autonome (A.) Certaines interprétations ne constituent néanmoins pas

[653] V. PINGEL, La protection de la partie faible en droit international privé : Dr. soc. 1986, 133. – F. Pocar, la protection de la partie faible en droit international privé RCADI 1984, t. V, p. 339. – Fr. Leclerc, la protection de la partie faible dans les contrats internationaux : LGDJ, 1996, 776 p

[654] H. GAUDEMENT TALLON, « Détermination de la loi applicable. – Domaine de la loi applicable » *op.cit*., pt. 62.

[655] P. LAGARDE, remarques sur la proposition de Règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles : Rev. crit. DIP 2006, p. 331

[656] P. LAGARDE, « Groupe européen de droit international privé » Rev. crit. DIP 2000, p. 929

[657] V. O. BOSKOVIC, La protection de la partie faible dans le règlement Rome I : D. 2008, p. 2175

[658] Dir. (UE) 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, JOUE, n° L 304, 22.11.2011, p. 64

un frein à une reconnaissance de ce statut au patient réalisant des actes de soins transfrontaliers (B.).

A. La notion de consommateur.

Une qualification du consommateur voisine de celle retenue en matière de compétence. Donner une définition du consommateur au titre du règlement Rome I constitue un exercice plus complexe que dans le cadre du conflit de juridictions. En effet, la doctrine eut à cœur de souligner que l'apport définitionnel riche de la Cour de justice de l'Union européenne manque dans le cadre du conflit de lois où les jurisprudences restent rares[659]. À défaut de précision, le texte prévoit que le consommateur est celui qui agit « *pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle* ». Les jurisprudences parcellaires de la Cour permettent cependant de rapprocher les conditions de qualification du consommateur avec celles retenues par le règlement de Bruxelles. L'arrêt *Jatte,* expose à cet effet que le consommateur doit être une personne physique[660] qui agit dans le cadre d'une activité sans lien avec son activité professionnelle[661]. La position de la Cour est restée longtemps éloignée de celle retenue en Droit français. La Cour de cassation avait pu reconnaitre un temps qu'une personne morale puisse être reconnue comme un consommateur alors que le contrat contribuait à l'activité professionnelle[662]. Toutefois, la Cour finit par s'aligner dès 1995 avec la définition européenne[663] sur la question du rapport direct à l'activité professionnelle. La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 qui dispose dans l'article liminaire du Code de la consommation[664] finit par

[659] H. GAUDEMENT TALLON, « Détermination de la loi applicable. – Domaine de la loi applicable » *op.cit.*, pt. 62.

[660] CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99 : JCP G 2002, II, 10047, note G. PAISANT ; D. 2002, sommes. 2929, obs. J.-P. PIZZIO et AJ p. 90, obs. C. RONDEY

[661]CJUE, 3 septembre2015 n° C-110/ 14, Costea.

[662]Civ. 1re, 28 avr. 1987, n° 85-13.674, D. 1988, p. 1, note DELEBECQUE ; D. 1987, sommes. comm. 455, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1987, p. 537, obs. J. Mestre ; JCP G 1987, II, 20893, note G. PAISANT

[663] Cass. 1re civ., 24 janv. 1995 : JCP G 1995, I, 3893, chron. G. VINEY, n° 28. ; Cass. 1re civ., 3 et 30 janv. 1996 : D. 1996, 228, note G. PAISANT ; JCP G 1996, I 3929, chron. FR. LABARTHE, n° 1 ; JCP G 1996, II, 22654, ; Cass. com., 3 déc. 2013, n° 12-26.416 ; Cass. 1re civ., 15 mars 2005, n° 02-13.085 note L. LEVENEUR. ; Cass. 1re civ., 17 juill. 1996 : JCP G 1996, II, 22747, note G. PAISANT ; 5 nov. 1996 : D. 1997, IR 4 ; Dalloz affaires 1/1997, p. 20 ; Cass. 1re civ., 8 juill. 2003 : JCP G 2004, II, 10107, note DUVERT. ; V. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, Droit de la consommation : Précis Dalloz, 9e éd. 2015.

[664] Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016 qui recodifie la partie législative du code : JO 16 mars 2014, texte n° 29 en vigueur au 1er juillet 2016, Ord. ratifiée par L. n° 2017-203, 21 févr. 2017 : JO 22 févr. 2017,

consacrer ce rapprochement en s'inspirant directement de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs[665]. Ces dispositions à défaut n'apparaissent pas cependant suffisantes pour délimiter les personnes considérées comme consommateurs. Le droit français exposant aussi une appréciation particulière de la notion de « *non professionnel* » et de « *rapport direct avec l'activité* »[666]. La jurisprudence développée à ce titre[667] par la Cour ne trouve pas écho dans le règlement, ce qui laissa penser à la doctrine que les « *non professionnels* » entendus comme des personnes morales ne soient pas compris dans les dispositions du règlement. Une fois déterminée, le champ de la notion de consommateur comme celle de la personne physique qui agit en dehors de tout lien direct avec son activité professionnelle, il convient d'analyser la notion de patient consommateur.

B. Une qualification possible du patient consommateur

Une qualification possible au titre de la qualité de patient. En excluant encore les personnes morales définies comme consommateurs, le règlement Rome I n'empêche pas une qualification du patient en ce sens. Ce dernier étant toujours une personne physique, du simple fait que les prestations considérées sont celles qui portent sur son intégrité physique[668]. La situation du patient face au professionnel s'appréhende aussi comme une relation déséquilibrée et étrangère à une quelconque activité professionnelle. Le patient se trouve dans une situation de relative ignorance des éléments techniques de la pratique, dont sa connaissance se limite aux informations essentielles qui lui sont dispensées par le professionnel. L'acte de soin peut, exception faite de situations particulières et hautement hypothétiques[669], être considéré généralement comme étranger à une action professionnelle. Le patient peut éventuellement être

texte n° 1. ; V. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD. H. AUBRY, Recodification du Code de la consommation, à propos de l'ord. 2016-301 du 14 mars 2016, JCP G, 2016, p. 392

[665] Dir. (UE) 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, préc. et Dir. (UE) ; Dir. (UE) 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005, préc.

[666] Cass. 1re civ., 25 nov. 2015, n° 14-20.760 : sur le principe de spécialité

[667] V. Cass. 1re civ., 15 mars 2005, n° 02-13.085. ; Cass. 1re civ., 23 juin 2011, n° 10-30. ; V. aussi. C. cons. art. L. 212-2 ; V. C.-M. PEGLION-ZIKA, les clauses abusives et la recodification du Code de la consommation : D. 2016, p. 1208

[668] *supra* p.171

[669] Par exemple, un acte de soin réalisé dans le but de participer à un concours de beauté, ou dans le but de la réalisation d'une activité professionnelle, cela pourrait être ainsi le cas des artistes ayant une activité professionnelle de sosie d'une célébrité, ou l'acte de soin serait alors lié à son activité professionnelle.

considéré comme consommateur par les différentes interprétations qui ont pu être envisagées par le règlement Rome I dans d'autres cas. Le champ restrictif de la notion ne tend pas à s'appliquer au patient.

Une qualification possible par les analogies établies avec la qualification du règlement de Bruxelles I. Le règlement de Rome I par des voies certes différentes, mais généralement connexes s'est inspiré des propres interprétations faites de la notion au titre du règlement Bruxelles I. Les éléments qui contribuent à qualifier le patient de consommateur au sens du règlement de Bruxelles I peuvent théoriquement s'étendre au domaine du conflit de lois. La Cour de justice de l'Union eut déjà l'occasion d'employer des éléments et conditions présents dans le règlement Rome I pour interpréter le règlement de Bruxelles I. En ce sens, il semble possible que la position doctrinale[670], qui interprète les positions de l'arrêt *Ideal Service*[671] en écrivant que les conditions prévues dans Rome I sont applicables à Bruxelles I, puisse être étendue dans la dimension inverse. Les développements de Bruxelles I peuvent alors contribuer au conditionnement de la notion dans Rome I. Il semble alors fort probable que retenir une qualification dans l'un des règlements engendrera sa reconnaissance dans l'autre. Les chances d'une émergence de la notion de patient consommateur s'en retrouveraient doublées, mais pour ce faire, la même adéquation doit aussi être retrouvée dans le cadre de la notion de professionnel.

Paragraphe II : La qualité de professionnel

Si la notion de professionnel au sens du règlement de Bruxelles I est encore source d'incertitude, les mêmes écueils se dévoilent dans le cadre des conflits de lois. Néanmoins, les apports doctrinaux et jurisprudentiels éclairent sur les éléments constitutifs de la notion de professionnel (A.) Ces précisions permettent encore par conséquent d'envisager le professionnel de santé dans cette catégorie particulière (B.)

A. Les éléments constitutifs du statut de professionnel

[670] M.-É. ANCEL et H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe : LGDJ, 6e éd., 2018, note n° 75, p. 435

[671] CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99, Idealservice, préc.

Une qualification divergente du statut de professionnel. Le règlement de Bruxelles I reste généralement muet sur les éléments de qualification du professionnel du contrat de consommation, les mêmes écueils se retrouvent dans le règlement Rome I. Le rapport *Guylain - Lagarde* [672]éclaire la notion en exposant que le professionnel doit agir dans le cadre de son activité professionnelle. Ce qui exclut *de facto*, le professionnel qui agissait en dehors de son activité. Par exemple, le professionnel de santé libéral qui vendrait une voiture d'occasion. L'article 6 reprend cette position et exige que le professionnel agisse dans le cadre de son activité. Néanmoins, des divergences existent au titre de la notion d'activité dirigée et du lien de causalité avec le contrat. La convention et le règlement refusaient que soit retenue l'exigence d'un lien de causalité entre l'activité dirigée et le contrat. L'arrêt *Emrek*[673] le précise. Les juges n'y apprécient le lien entre le contractant et la direction de l'activité que comme un indice de rattachement du contrat à l'activité. À titre d'exemple, le fait qu'un site en ligne dirige son activité vers un pays et que le contrat terminal est conclu sur un autre territoire par d'autres voies mettant en avant une absence de lien ne constitue pas un élément conditionnant l'emploi du règlement Bruxelles I. Or, dans le cadre du règlement Rome I, l'article 6 paragraphe 1, sous b exige que « *le contrat rentre dans le cadre de cette activité* ».

La doctrine souleva que l'appréciation de la notion d'activité dirigée était différente entre les deux règlements[674]. Par conséquent, le professionnel au sens du règlement Rome I est la personne qui exerce une activité professionnelle, qu'il dirige vers un autre État membre, dans le but de réaliser un contrat lié à son activité.

B. Une qualification du professionnel de santé possible

À ces conditions relatives à la qualité des personnes, les dispositions réglementaires restreignent toutefois la reconnaissance d'un régime protecteur à des contrats spécifiques. Ce sont ceux qui prévoient que le professionnel dirige directement son activité vers l'État de résidence du consommateur. En matière de tourisme médical, ces dispositions ne remettent pas en cause la

[672] M. GIULIANO ET P. LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi application aux obligations contractuelles », *op.cit.*, p. 23

[673] CJUE, 17 oct. 2013, n° C-218/ 12, Emrek, spéc. pts 29 et 32

[674] À défaut de jurisprudence voir l'exemple de *P. LAGARDE ET A. TENENBAUM*, « De la Convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit., DIP, 2008. , spéc. n° 16* : « un consommateur portugais résidant au Portugal et s'étant rendu à Madrid pour y faire des achats dans un grand magasin qui a aussi une filiale à Lisbonne, ne peut prétendre à l'application de la loi portugaise au motif que la filiale portugaise vend aussi le produit qu'il a acheté à Madrid ; il n'y a pas de lien de causalité entre l'activité de la filiale portugaise et le contrat passé à Madrid »

qualification de contrat de consommation de la relation de soin. Ces différences entretenues dans les deux règlements sur l'interprétation de la notion de professionnel ne constituent pas un frein à la reconnaissance de cette qualité aux acteurs du tourisme médical. Le professionnel de santé dans le cadre de son activité, la dirigera explicitement vers l'État de résidence du patient. Seul le cas particulier du ressortissant d'un État membre qui se verra prodiguer des soins en l'absence d'invitation dans l'État du professionnel de santé, pourra se voir exclue une qualification de contrat de consommation. Dans les autres cas, le règlement Rome I autorise la qualification du prestataire de soin en professionnel.

Section II : Une qualification possible au regard des contrats envisagés

L'application des dispositions spéciales des deux règlements s'apprécie au regard des éléments qualificatifs des notions de consommateur et de professionnel de manière à permettre la reconnaissance théorique d'une qualification consumériste des actes relevant du tourisme médical. Cependant, les critères relatifs au contrat visé, qui conditionnent aussi l'application des règles spéciales du droit de la consommation dans ces règlements, sont également source d'une incertitude sur leur compatibilité avec les différentes expressions de la relation de soin. En effet, les formes de réalisation des prestations médicales peuvent varier en fonction des pratiques des acteurs et donner lieu à une application parcellaire des dispositions protectrices. Il convient donc d'apprécier les champs d'application des directives au regard de ces conditions. Cette approche engendre à nouveau une déclinaison nécessaire entre les contrats visés dans les règlements Bruxelles I (Sous-section I) et ceux relevant de Rome I (Sous-section II).

Sous-section I : Les contrats soumis aux dispositions spéciales du règlement Bruxelles I

Au titre du règlement Bruxelles I, l'emploi des règles protectrices du consommateur se conditionne à l'existence d'une relation de consommation où le professionnel tend à diriger son activité vers l'État de résidence du consommateur. La volonté du législateur européen revient alors à limiter l'emploi trop fréquent des dispositions dans les cas où le professionnel se trouve dans une relation avec un cocontractant étranger. Toute relation avec un client consommateur ne relève pas systématiquement des règles de Bruxelles I. Le règlement prévoit que ces dispositions sont employées si la profession « *dirige son activité vers le pays du*

consommateur » (Paragraphe I). Cette notion, de prime abord, floue à défaut de précision par le règlement, s'est vue néanmoins précisée par la jurisprudence (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'exigence d'un contrat conclu par l'existence d'une activité dirigée

Le rejet d'une conception initiale stricte de l'activité dirigée. L'article 17 du règlement Bruxelles I bis [675] dispose d'un champ matériel d'application limité au contrat **«** *"a) lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels ; b) lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets ; ou c) lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités"* ». De ces conditions matérielles face à une conception contractuelle de la relation de soin, il convient d'apprécier cet article qui permet d'appliquer les règles protectrices du contrat de consommation en présence de tout contrat à la condition qu'ils prévoient que le professionnel dirige son activité sur le lieu de résidence habituelle du consommateur. La notion d'activité dirigée intéresse alors particulièrement la qualification du tourisme médical. Les professionnels de santé étrangers ne réalisent que rarement les actes au lieu de résidence du patient, mais dirigent leur activité vers ces derniers et les invitent à se déplacer pour réaliser un acte de soin.

L'existence d'une activité dirigée. Initialement, la Convention de Bruxelles établissait des critères objectifs pour définir l'activité dirigée. : la Convention disposait que les règles de protection étaient applicables à la condition que le professionnel ait directement fait "*une proposition spécialement pour le consommateur*" ou a mis en œuvre une "*publicité*" de l'activité en direction du patient. À cette condition, la nécessité qu'une partie des actes accomplit au titre du contrat de consommation ait lieu dans l'état de résidence du consommateur. À cette condition initiale, le règlement de Bruxelles I et sa refonte, ont préféré une appréciation plus casuistique.

[675] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, préc. art. 17. 1. c).

Appréciation de la notion contemporaine de l'activité dirigée par le législateur. Si le règlement de Bruxelles ne précise pas l'étendue de la notion d'activité dirigée, le législateur eut à cœur de venir limiter son emploi. Une déclaration conjointe du Conseil et de la Commission est venue préciser que l'existence du simple fait "*qu'un site internet invite à la conclusion de contrats à distances*" ne constitue pas une volonté de diriger l'activité et même si le site "*est accessible dans une langue ou une devise étrangère"*. Le législateur tend alors à reconnaitre dans la direction de l'activité un acte positif de la part du professionnel. En l'absence d'acte positif de sa part, il n'apparaît pas possible d'appliquer les règles protectrices des règlements. Pourtant, cette position du législateur européen en opposition avec les interprétations antérieures de la Cour de justice, permit à cette dernière sous l'égide de ces nouvelles dispositions de venir préciser davantage les contours de la notion.

Paragraphe II : Appréciation jurisprudentielle de la notion d'activité dirigée

Rejet de la condition d'accessibilité. La Cour de justice *via* la résolution de deux affaires jointes, a établi un régime d'appréciation particulier de l'activité dirigée. Dans l'arrêt *Pammer* et *Hotel Alpenhof*[676], les parties considérées comme consommateurs avaient contracté *via* un site internet mis à disposition respectivement par un transporteur et par un groupe hôtelier. La Cour de justice est venue initialement rappeler la question préjudicielle tendant à reconnaitre qu'un simple site internet suffisait pour reconnaitre que le professionnel avait "dirigé ses activités" vers l'État du domicile du consommateur. Le critère » *d'accessibilité* »[677] se voit être rejeté s'il est le seul indice d'une direction de l'activité. La Cour retient que « *la simple accessibilité du site Internet du commerçant [...] dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié est insuffisante* » pour admettre que le « *professionnel y dirige ses activités* »[678]. La doctrine salua cette solution d'équilibre entre les intérêts du consommateur et du professionnel[679] qui ne permet pas d'engager de règles protectrices à la « *simple ouverture technique d'un site web.*[680]

[676] CJUE, 7 déc. 2010, n° C-585/08, Peter Pammer c/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co ; CJUE, 7 dec. 2010, n° C-144/09, KG Hotel Alpenhof GesmbH c/ Olivier Heller : Rev. crit. DIP 2011, p. 414, note O. CACHARD ; D. 2011, p. 990, note M.-E. PANCRAZI ; JCP G 2011, 129, p. 226, note L. D'AVOUT

[677] CJUE, 7 déc. 2010, n° C-585/08 et n° C-144/09, Pammer et Hotel Alpenhof, préc., pt. 69.

[678] CJUE, 7 déc. 2010, n° C-585/08 et n° C-144/09, Pammer et Hotel Alpenhof, préc., pt. 71. et 74.

[679] M.-É. ANCEL et H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe. Matières civile et commerciales, *op.cit.*

[680] CJUE, 7 déc. 2010, n° C-585/08 et n° C-144/09, Pammer et Hotel Alpenhof, préc., pt. 10.

Acceptation d'une condition d'invitation à la réalisation de la prestation. Les arrêts rendus par la Cour de justice[681] rejettent le critère d'accessibilité. Toutefois, ils instaurent une exception en présence d'une invitation à la conclusion. Elles exposent en ce sens qu'un site internet dirige son activité vers le consommateur, si la plateforme « *invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen* ». Au même titre que les dispositions de la Convention de Bruxelles, l'activité dirigée suppose donc un acte positif de volonté de la part du professionnel[682]. La doctrine souligne que la démonstration de cet acte positif de volonté se réalise par le recours à la technique du faisceau d'indices[683]. Parmi les indices intégrés, la Cour est venue reconnaitre que la disponibilité du site dans la langue du cocontractant et la monnaie employée sont des indices de l'existence de cet acte positif sans cependant les reconnaitre comme un élément probant.[684] À ces éléments, plusieurs autres dispositions établies par la Cour permettent de reconnaître une activité dirigée. La jurisprudence expose que "*la mention d'itinéraires à partir d'autres États membres pour se rendre où le commerçant est établi [...] l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant [...], l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres*"[685] « *notamment par la présentation de témoignages de tels clients* »[686]. L'œuvre de la jurisprudence de la Cour fut soulignée par la doctrine. Cette dernière reconnut que la jurisprudence permettrait d'assurer une « *prévisibilité* » satisfaisante[687]. Néanmoins, si la position jurisprudentielle apparait pédagogique à plusieurs égards, la question de sa simple application au contrat conclu à distance fut aussi discutée.

[681] CJUE, 7 déc. 2010, n° C-585/08 et n° C-144/09, Pammer et Hotel Alpenhof, préc.
[682] CJUE, 7 déc. 2010, n° C-585/08 et n° C-144/09, Pammer et Hotel Alpenhof, préc., pts 75.
[683] O. CACHARD, la régulation internationale du marché, électronique : LGDJ, 2002, p.4
[684]CJUE, 7 déc. 2010, n° C-585/08 et n° C-144/09, Pammer et Hotel Alpenhof, préc., pt 84.
[685] CJUE, 7 déc. 2010, n° C-585/08 et n° C-144/09, Pammer et Hotel Alpenhof, préc., pt. 83
[686] CJUE, 7 déc. 2010, n° C-585/08 et n° C-144/09, Pammer et Hotel Alpenhof, préc., pt. 83.
[687] M.-É. ANCEL et H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe. Matières civiles et commerciales, *op.cit.* p. 435. Pour une illustration, V. CJUE, 23 déc. 2015, n° C-297/ 14, Rüdiger Hobbom : RDC 2016, p. 279, note B. HAFTEL ; D. 2016, p. 1045, obs. F. JAULT-SESEKE ; RTD com. 2016, p. 361, obs. A. MARMISSE D'ABBADIE ARAST ; Europe 2016, comm. 81, obs. L. IDOT ; Procédures 2016, comm. 53, obs. C. NOURISSAT

Rejet d'une condition de conclusion à distance du contrat. La Cour de justice dans l'arrêt *Mühlleitner* [688] était saisie dans le cadre d'une offre de vente de voiture réalisée sur un site spécialisé, bien que la vente soit réalisée au lieu de résidence du professionnel. Les juges européens avaient alors à se positionner sur leur jurisprudence antérieure dans l'arrêt *Hotel Alpenhoff,* qui semblait conditionner la réunion des conditions relatives à l'activité dirigée à l'existence d'un contrat à distance. La Cour s'éloignait alors de cette position en reconnaissant que la réalisation du contrat en ligne n'est pas un indice de la direction de l'activité. Le critère d'activité dirigée ne signifie pas que le contrat doit être conclu nécessairement sur le site internet. Par la suite, la Cour de justice dans son arrêt *Lokman Emrek c/Vlado Sabranovic*[689] complète son interprétation sur l'appréciation « *du lien de causalité* »[690] entre le site et la conclusion du contrat. En l'espèce, la Cour devait déterminer si un professionnel qui dirige effectivement son activité vers un autre État membre pouvait se voir opposer les règles protectrices du règlement. L'espèce diffère avec les jurisprudences précédentes, car le consommateur n'avait pas consulté le site qui dirige l'activité, mais avait contracté suite à la communication de l'offre par une connaissance. La Cour estima alors que l'existence d'un lien de causalité n'était en aucun cas une condition de reconnaissance d'activité dirigée. Malgré une doctrine[691] critique face à cette position libérale des juges de l'Union, la Cour a de nouveau renforcé son interprétation dans l'arrêt *Rudiger hobhom[692]*. L'activité dirigée se considère alors plus largement. Par conséquent, La Cour a reconnu que même si l'activité dirigée vers un État était effectuée en vue de la réalisation d'un contrat spécifique, si le consommateur réalise un contrat différent avec le professionnel, ce dernier se voit imposer les dispositions protectrices[693].

Application de la notion d'activité dirigée en matière de tourisme médical. La qualité des parties conditionne l'application des règles protectrices du droit de la consommation prévues

---

[688] CJUE, 6 sept. 2012, n° C-190/ 11, Mühlleitner : Rev. crit. DIP 2013, p. 487, note A. SINAY-CYTERMANN ; Europe 2012, comm. 468, obs. L. IDOT ; Comm. com. électr. 2009, chron. 1, obs. M.-É. ANCEL ; Procédures 2012, comm. 351, obs. C. NOURISSAT ; JCP G 2012, 1019, obs. D. BERLIN

[689] CJUE, 17 oct. 2013, n° C-218/ 12, Lokman Emrek c/Vlado Sabranovic : Rev. crit. DIP 2014, p. 660, note O. BOSKOVIC ; Comm. com. électr. 2014, chron. 1, obs. M.-É. ANCEL ; D. 2014, p. 1059, obs. F. JAULT-SESEKE et p. 1967, obs. L. D'AVOUT

[690] CJUE, 17 oct. 2013, n° C-218/ 12, Lokman Emrek c/Vlado Sabranovic, préc.

[691] M.-É. ANCEL et H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe. Matières civiles et commerciales, *op.cit.* p. 435

[692] CJUE, 23 déc. 2015, n° C- 297/ 14, Rüdiger Hobohm : RDC 2016, p. 279 ; D. 2016, p. 1045, obs. F. JAULT SESEKE ; RTD com. 2016, p. 361, obs. A. MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST ; Europe 2016, comm. 81, obs. L. IDOT ; Procédures 2016, comm. 53, obs. C. NOURISSAT)

[693] En l'espèce un courtier dirige son activité de courtage vers un état membre, mais les dispositions du règlement de Bruxelles se trouve applicable pour un contrat de gestion d'affaires.

au sein du règlement de Bruxelles I. La réalisation d'une activité dirigée vers les États membres intéresse grandement le tourisme médical. Ainsi, un établissement de santé qui *via* un site promotionnel dirige son activité vers des ressortissants européens pourrait se voir appliquer les règles protectrices du droit de la consommation[694]. Néanmoins, cette activité dirigée est appréciée de manière casuistique par le juge. En général, les établissements qui pratiquent le tourisme médical font la promotion de leurs tarifs et de leurs prestations pour attirer les patients étrangers, ils proposent également des aides administratives en vue de réaliser les démarches de remboursement. Ces éléments sont autant d'indices d'une activité dirigée. Et les conséquences de cette promotion apparaissent élargies du fait d'une conception libérale de la notion par la Cour de justice. En effet, la seule présence de ces informations et promotions suffit à reconnaitre le contrat de soin comme dirigé vers le patient. Quand bien même le patient a pris connaissance de cette offre par une connaissance ou un autre patricien, et même dans l'éventualité où le contrat se réalise au lieu de résidence du prestataire, la conception élargie du contrat permet d'appliquer les règles protectrices du consommateur.

Sous-section II : Les contrats soumis aux dispositions spéciales du règlement Rome I

L'un des éléments distinguant les deux règlements européens relatifs au droit international privé est sans aucun doute le traitement des conditions d'application des règles consuméristes en matière de contrat. Le règlement de Bruxelles est conditionné à l'existence d'une activité dirigée du professionnel vers le consommateur européen étranger. Le règlement Rome I considère quant à lui ces éléments, mais exclut aussi certains contrats pourtant protégés par le règlement de Bruxelles I bis. L'exemple peut être pris des contrats de prestations réalisés exclusivement sur le lieu de résidence du prestataire. La finalité d'une telle disposition s'explique en outre par la volonté de ne pas faire entrer tout le contentieux touristique dans le champ de ce règlement[695]. L'existence d'un contrat se réalisant du moins en partie sur le lieu

[694] Exemple : La Clinique dentaire Hongroise, Kiralydent Budapest, oriente sa pratique pour les patients français en disposant d'un site interne rédigé en langue française.
URL : https://www.smilepartner.fr/clinique-dentaire/budapest/

[695] H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I " du 17 juin 2008 – domaine applicable », *JCl Europe traité,* Date de la dernière mise à jour : 1er Mars 2020, Paris, LexisNexis, Fasc. 3021, p.64 ; F. BOULANGER, Tourisme et loisirs dans les droits privés européens Economica, 1996

de résidence du consommateur fut initialement établie (Paragraphe I) en plus de conditionner les contrats conclus à l'existence d'une activité dirigée vers le consommateur. (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'existence d'un contrat offrant une partie de ces prestations sur le lieu de résidence du consommateur

Une qualification limitée à la présence de certains types de contrats. Si le contrat de consommation existe entre le consommateur et le professionnel alors, il faut que la nature du contrat trouve une application au sein du règlement Rome I. En effet, les contrats envisageant ce régime de protection se trouvent limités dans le cadre du règlement Rome I. L'article 5 du règlement tend à exclure certains contrats. Parmi les contrats exclus par l'article 5 et visés par le rapport GUILANO -LAGARDE[696], il convient de retenir le contrat de fourniture d'objets mobiliers corporels, les contrats de fournitures de services, et les contrats de financement de telles fournitures. Mais, les contrats de fournitures de services se trouvent exclus, quand les prestations se réalisent exclusivement dans un pays autre que celui de la résidence du consommateur. Une exception est néanmoins à souligner dans le cadre du paragraphe 5 de l'article 5 du règlement qui prévoit que le contrat de « voyage organisé » échappe à cette condition de fourniture des services en partie sur le lieu de résidence du consommateur. Si un voyage organisé démarre dans un pays autre que celui de la résidence du consommateur, l'absence de fourniture de service ne constitue pas alors un élément contribuant au rejet de l'article 5. Toutefois, dans le cadre de l'expression des prestations de services du tourisme médical, un tel conditionnement peut revenir à une exclusion du régime de protection du consommateur.

Le cas des services fournis exclusivement au lieu de résidence du professionnel. Si la doctrine tend à soutenir la nécessaire limitation de la directive au contrat de fourniture présentant une partie de leur prestation au lieu de résidence du consommateur[697], les spécificités du tourisme médical, à la différence du tourisme hôtelier par exemple, nécessitent d'étudier ce conditionnement de manière critique. Le régime prévu au règlement Rome I tendrait à venir

[696] M. GIULIANO et P. LAGARDE, "Rapport concernant la convention sur la loi application aux obligations contractuelles », *op.cit*

[697] H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I " du 17 juin 2008 – domaine applicable », *op.cit,* p.38 : « Le consommateur résidant habituellement en France entend faire un séjour de trois semaines à l'hôtel à l'étranger, il ne peut raisonnablement prétendre que la loi française sera applicable au contrat passé avec l'hôtelier »

exclure les contrats dans le cadre desquels les prestations se réaliseraient exclusivement sur le lieu de résidence du professionnel. Comme cela est le cas quand des établissements de santé qui invitent des patients à se rendre sur le plateau technique sans toutefois organiser leur séjour ? À ce titre, il pourrait cependant être envisagé qu'en présence d'un contrat de financement, outil fréquent lors de la réalisation d'opération couteuse, que celui-ci puisse bénéficier des dispositions du règlement Rome I. Néanmoins, le contentieux ne porterait alors que sur les manquements aux obligations inhérentes à cette forme de contrat, l'accessoire ne pouvant alors lier le contrat principal aux règlements. Le champ d'application du règlement Rome I se limite, aux actes réalisés par des agences touristiques, ou dans le cadre des établissements qui proposent une partie de leur prestation sur le lieu de résidence du patient, comme cela peut être le cas par l'existence de consultation *pré et post* opératoires.

Paragraphe II : Appréciation contemporaine de la notion d'activité dirigée

Les conditions initiales de la convention Rome I. Initialement, les contrats de consommation protégés par la convention étaient conditionnés à l'existence d'une démarche du professionnel en vue de réaliser un contrat. Cette position fut également retenue par la Cour de cassation qui exigeait l'existence d'un acte positif démontrant la direction de l'activité[698]. L'existence d'une publicité générale ou plus personnalisée permettrait d'indiquer la présence de cette condition. Au titre des publicités générales, un clip radio ou télévisé faisant la promotion du service ou du produit permettait de démontrer la direction de l'activité. En matière de publicité personnalisée, la proposition réalisée par un agent ou un tiers en vue de l'orientation vers ces pratiques permettait également de retenir l'application du règlement. Par rapport au tourisme médical, la publicité sur de tels services était limitée initialement en droit français[699] et pouvait empêcher l'application de ce régime. Cependant, les évolutions de la jurisprudence de l'Union[700] et des juridictions françaises[701] tendent à ouvrir le champ de la publicité au professionnel de santé. En

[698] V. Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 02-16.915
[699] CE 29 juill. 1998, n° 153464 ; M. Roy, CE 8 déc. 2000, n° 199299, colombe ; CE, 19. Fev. 1992, n°19021992, Roths.
[700]CJUE, 4 mai 2017, n°. C-339/15, Vanderborght ; AJDA 2017. 1709, chron. P. BONNEVILLE, E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE, C. GÄNSER ; CJUE, 11 juin 2015, n° C-98/14, Berlington Hungary e.a. ; RTD eur. 2016. 195, obs. A. DEFOSSEZ ; *Ibid.* 357, obs. F. BENOIT-ROHMER ; CJUE, 23 oct. 2018, n° C-296/18, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Garonne.
[701] CE, 6 nov. 2019, n°416948 ; RDSS 2020. 394, obs. P. CURIER-ROCHE

outre, parmi les autres éléments permettant d'apprécier l'existence d'une activité dirigée, peuvent aussi être inclus les cas où le professionnel se rend sur le lieu de résidence du consommateur, pour établir le contrat ou l'avant-contrat.[702] Ce régime initial fut néanmoins l'objet de certaines critiques[703], en ce sens où le consommateur ne se trouvait pas protégé par les dispositions de la convention quand il se rendait de son propre chef dans le pays de réalisation de la vente ou de la prestation, quand bien même des éléments de publicité l'y auraient conduit. Ces critiques permirent d'élargir la notion de démarchage en lui substituant celle plus contemporaine d'activités dirigées.

L'interprétation actuelle des conditions du règlement Rome I. Alors que la convention de Rome conditionnait l'application des règles protectrices à des circonstances particulières de conclusion de contrat. Le règlement lui substitue dans son article 6 paragraphe 1 la simple démonstration par le professionnel, du fait qu'il *a* « *par tout moyen dirigé cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, donc celui-ci* ». Initialement cette condition tendait à adapter le règlement à l'émergence croissante du commerce électronique[704]. Les interprétations jurisprudentielles de la Cour de justice apparaissent lacunaires pour apprécier le contenu de cette notion à l'interprétation complexe[705]. Le règlement tend néanmoins à pallier les manquements de la Cour en s'autorisant, dans son considérant 24[706] à employer la déclaration

[702] M. GIULIANO ET P. LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi application aux obligations contractuelles », *op.cit.*, p. 24

[703] V. HARTLEY, Consumer protection provisions in the EEC Convention, in Contract Conflicts, P.M. North : Amsterdam, 1982, p. 130

[704] H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I " du 17 juin 2008 – domaine applicable », op.cit, p.38

[705] H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I " du 17 juin 2008 – domaine applicable », *ibid.*

[706] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, consid. 24 : *« s'agissant plus particulièrement des contrats de consommation, la règle de conflit de lois devrait permettre de réduire les coûts engendrés par la résolution de ces litiges, qui sont souvent de faible valeur, et prendre en compte l'évolution des techniques de commercialisation à distance. La cohérence avec le règlement (CE) no 44/2001 exige, d'une part, qu'il soit fait référence à la notion d'« activité dirigée » comme condition d'application de la règle de protection du consommateur et, d'autre part, que cette notion fasse l'objet d'une interprétation harmonieuse dans le règlement (CE) no 44/2001 et le présent règlement, étant précisé qu'une déclaration conjointe du Conseil et de la Commission relative à l'article 15 du règlement (CE) no 44/2001 précis que « pour que l'article 15, paragraphe 1, poigne c), soit applicable, il ne suffit pas qu'une entreprise dirige ses activités vers l'État membre du domicile du consommateur, ou vers plusieurs États, dont cet État membre, il faut également qu'un contrat ait été conclu dans le cadre de ces activités ». La déclaration rappelle également que « le simple fait qu'un site internet soit accessible ne suffit pas pour rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. À cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site internet ne constitue pas un élément pertinent. »*

conjointe du Conseil et de la Commission à propos de l'article 15 du règlement[707]. À cette occasion, la notion d'activité dirigée obtient une interprétation commune dans les deux règlements. La doctrine voit dans ce considérant une ouverture permettant l'emploi de la jurisprudence de la Cour[708] au titre de l'article 15 de Bruxelles I[709] pour interpréter l'activité dirigée. Il en découle que la langue du site, son accessibilité, la monnaie présentée constituent chacun autant d'indices permettant de refléter la volonté du professionnel d'orienter son activité vers le consommateur. La Cour de justice dispose alors à cet effet d'un pouvoir d'interprétation élevé de ces éléments. Dans le cadre du tourisme médical, l'existence de sites faisant la promotion de ces activités et réalisant la promotion des bénéfices de la réalisation de la prestation à l'étranger constituera, sans aucun doute, des éléments témoignant de la volonté de ces acteurs de diriger leur activité vers le patient si ce dernier est qualifié de consommateur.

Une qualification générale possible des contrats de soin en contrats de consommation. En se fondant sur les éléments exposés, la relation de soin inscrite dans le tourisme médical parait pouvoir s'approcher du contrat de consommation. Néanmoins, aborder cette éventualité ne se réaliserait qu'au titre seulement des conditions techniques exposées par les règlements et appréciées par la jurisprudence. D'autres éléments théoriques doivent être discutés. En effet, une telle qualification ne saurait avoir un sens pratique que si son existence ne trouble pas l'ordre juridique interne des États membres et l'Union. Or, si une influence du droit de la consommation sur le droit de la santé est appréciée, l'existence d'une application du droit de la consommation aux relations de soins revêt des enjeux et des réflexions, certes voisines, mais différentes. Sans encore discuter des effets de telles qualifications, il apparaît judicieux de s'intéresser de son articulation avec les dispositions en droit interne et en droit de l'Union.

[707] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, préc. Art. 17. 1. c) Anc. Art. 15.
[708] CJUE, 7 déc. 2010, n° C-585/08 et C-144/09, Pammer et Hotel Alpenhof, préc.
[709] H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I " du 17 juin 2008 – domaine applicable ». ; H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, Compétence et exécution des jugements en Europe *op.cit.*, n° 306

Chapitre II : L'incursion possible du droit de la consommation dans la qualification de la relation de soin.

Envisager le recours à la qualification consumériste des règlements européens s'avèrerait certainement judicieux au regard de ses éléments constitutifs[710] et des conséquences processuelles de ce régime[711]. Mais les conséquences d'une telle conception, autant pour la doctrine[712], que pour la jurisprudence nécessitent d'analyser si une intrusion aussi majeure du droit de la consommation dans le droit de la santé pourrait être accueillie favorablement. Or, la doctrine se positionne davantage concernant l'application des règlements Bruxelles I bis et Rome I sur le débat relatif à la qualification contractuelle ou délictuelle de la relation de soin[713]. Les réflexions autour de la notion de la relation de soin ne reflètent qu'une simple transposition des débats initiés par le droit interne en droit international privé. Certains auteurs envisagent à l'inverse que le patient soit un consommateur[714]. Malgré les apports de ces auteurs, leurs travaux se cantonnent à la reconnaissance tacite de la réunion des éléments qualifiant le consommateur. Mais aucun ne vient préciser si une telle reconnaissance s'avèrerait possible au regard de l'influence qu'entretiennent le droit de la consommation, le droit de la santé et le droit de l'Union. Une analyse de l'attraction réciproque des matières permettrait d'étudier la possibilité d'une approche consumériste et informerait sur la contribution réelle du droit de la consommation dans la construction européenne et sur le droit de la santé. Déterminer ce rapport de force entre les matières et la possibilité qu'une qualification penche davantage dans un sens ou dans un autre, nécessite au préalable de voir si un recours au droit de la consommation est possible au titre de la relation de soin dans l'Union (Section I) avant d'apprécier si l'influence du droit de la santé ne tend pas à exclure une conception consumériste (Section II).

[710] *supra* p. 171
[711] *supra* p. 190
[712] G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé » *op.cit.*
[713] A. DUBUIS, Les droits du patient en droit de l'Union européenne, Bruylant,2017, p. 441
[714] C. LACROIX, Tourisme medical et dentaire lowcost : indemnisation hard discount, in forum shopping médical, D. BRACH-THIEL, J.-B. THIERRY (dir.), Collection « santé , qualité de vie et handicap », PUN, 2015

Section I : Un recours envisageable au droit de la consommation

Le droit de la consommation, pour régir les rapports relevant des relations de soins en matière transfrontalière, doit posséder une certaine influence acquise. Si le cloisonnement ou la contribution limitée du droit de la consommation s'en trouve vérifié, il apparaitra peu probable que soient intégrés via l'interprétation jurisprudentielle de la Cour de justice les rapports entretenus entre un patient et un professionnel. La portée du droit de la consommation conditionne donc le recours à une telle qualification. L'appréciation de l'incidence du droit de la consommation sur le droit européen et notamment sur ses règlements régissant la compétence et la loi applicable laisse à penser qu'une telle possibilité est envisageable. Le droit de la consommation en effet dispose d'une emprise reconnue dans les droits internes des États membres (Sous-Section I), et contribue à la construction normative européenne (Sous-Section II).

Sous-Section I : Une influence reconnue dans le droit interne des États

La création d'un droit de la consommation fut initialement instituée par des démarches entreprises par les États membres de manière autonome. Chaque conception nationale des rapports entre consommateur et professionnel disposait alors d'une logique propre. Les interprétations de la contribution du droit de la consommation sur le droit de la santé s'établissaient de manière variable en fonction de leurs cultures juridiques respectives. Néanmoins, il ressort des différentes législations des États membres que l'influence du droit de la consommation est attestée par les auteurs de doctrines (Paragraphe I), mais créée toutefois des tensions avec les acteurs du droit de la santé qui reprochent aux législateurs une commercialisation de leur profession (Paragraphe II).

Paragraphe I : Une influence initiale reconnue dans les États membres

Apprécier l'incidence du droit de la consommation sur le droit de la santé varie généralement entre le possible et l'acquis. Certains auteurs de doctrine et certains États tendent à défendre

leur position (A.) quand d'autres sans considération pour le droit de la santé considèrent cette influence comme acquise (B.).

A. Une incidence possible du droit de la consommation sur le tourisme médical

Une analyse possible des rapports.[715] Étudier l'apport du droit de la consommation sur le tourisme médical européen tend à analyser si ce droit se répercute positivement sur la conception de la relation de soin. Si une confirmation de l'ascendant consumériste des règles en droit interne est établie, le corolaire apparaît bien moins évidant dans le cadre des règlements Bruxelles I et Rome I. En effet, en l'absence de règles inhérentes à la relation de soin, une approche comparative du régime prévue au Code de la santé publique et au Code de la consommation n'apparaît pas possible. Analyser l'influence, revient à apprécier au minimum deux éléments entre eux. Or en matière de droit international privé européen, c'est trois entités qu'il convient d'analyser le droit de la consommation et le droit de la santé dans leur rapport avec le droit des contrats de l'Union. Si, l'apport du droit de la consommation sur le droit des contrats prévoit une consumérisation de la relation de soin, alors, la mise en œuvre, des dispositions afférentes apparait possible. À l'inverse, si la pression du droit de la santé sur le droit des contrats apparait dominante, alors, un régime *ad hoc* fondé sur les règles générales du contentieux sera certainement privilégié lors de l'interprétation de ces situations par la Cour de justice. Toutefois, comprendre les rapports entretenus entre le droit de la santé et le droit la consommation en droit interne, est utile car il permet de cerner les relations préétablies par la doctrine. Dans l'éventualité où la pression d'une des deux matières, le Droit de la santé ou le Droit de la consommation, prime sur l'autre. Une véritable chance que cette supériorité se répercute sur l'interprétation des juges européens existe.

B. Une relation acquise

Une influence acquise. La doctrine française semble dans une majorité confirmer de l'incidence du droit de la consommation sur le droit de la santé[716]. Cependant une partie des

[715] L. CADIAT, C. LABRUSSE-RIOU, I. LAMBERTIERRE (dir.) Santé, marché, droit de l'homme, DALLOZ coll thème et commentaire 1996, 68 p. ; V. PITCHO B., le statut juridique du patient, les Études hospitalières, coll, thèses 2004, 666 p.22

[716] R. DUCOS ADER de quelques éléments de comparaison entre le droit de la santé et le droit de la consommation, in Etude offerte à j-m Auby, 1992, p.73 ; A. LAUDE « le consommateur de soins » D.2000 chron, p. 415 ; G. MEMETEAU « le patient consommateur et le professionnel de santé,

auteurs tend parfois à considérer comme acquis la transposition des règles du droit de la consommation sur la relation de soin. À l'inverse de la réception des professionnels français du secteur d'une approche consumériste de la relation de soin, l'approche des professionnels anglo-saxons présente ce phénomène de consumérisation comme acquis, et concède que les droits des patients se fondent en partie sur ce droit. Cette position anglo-saxonne dispose d'une portée particulière au niveau de l'Union. Les travaux de la Commission[717], notamment ceux exposés par une majorité de représentants anglo-saxons poussent à reconnaitre la relation de soin comme un contrat de consommation. En ce sens, elle avait exprimé cette prise de position au titre de la télémédecine[718]. Les rédacteurs anglo-saxons de ce texte illustrent la résolution des conflits en droit international privé en disposant des règles relatives au droit de la consommation. Cette position tenue par certains rédacteurs de l'Union n'illustre néanmoins que partiellement la pensée communautaire qui n'a pas encore souhaité étendre cette vision en dehors du document de travail.

Paragraphe II : Une influence existante

En reconnaissant l'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé, il convient d'apprécier si pour les acteurs du secteur, elle relève du souhaitable. Il apparaît ainsi que la réception de cette pression par les professionnels de santé est difficile, mais non insurmontable (A.) si les infrastructures d'accueil de cette pratique arrivent à se réformer (B.).

A. Une réception des professionnels de santé.

Une réception fataliste des professionnels de santé reconnaitre une qualification consumériste de la relation de soin et du tourisme médical, engendre une confrontation avec les acceptions reconnues par les professionnels de santé. Le Conseil national de l'ordre des médecins avertit contre « *une dérive consumériste* », quand elle affirme « *qu'il est en effet patent que nombre de "consommateurs de soins" abusent et utilisent leur médecin comme un*

usager, Petites Affiches, 5 déc. 2002, n° 243, p. 52 ; G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé » *op.cit.* ; RGDM 2004, n° 12 p. 343. A. LECA *Droit de la médecine libérale*, PUAM 2005, 417 p. n° 84 et s.. A. LAMBOLEY, B. PITCHO, F. VIALLA "Le consumérisme dans le champ sanitaire un concept dépassé ? in Etudes de droit de la consommation, liber amirocum Jean Calais-AULOY, Dalloz, 2004, 1197. P581 ; G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé » *ibid.*

[717] Action Plan 2012-2020 – innovative healthcare for the 21st century, *op.cit.*

[718] Action Plan 2012-2020 – innovative healthcare for the 21st century, *Ibid.*, p. 6

serviteur, en l'appelant de façon intempestive pour des visites qui ne sont motivées ni par l'urgence ni même par un acte authentique de soin »[719]. De cette position de principe classiquement hostile à un rapprochement de « *l'art médical* » à celui du droit de la consommation, certains auteurs admettent un glissement de la pratique au titre de la prestation de service[720], ou adaptent leur statut de professionnel au regard du droit de la consommation[721] en affirmant l'existence d'un patient « *consommateur de soins* »[722]. Mais les mêmes auteurs soulignent une philosophie qui heurte « *la conception humaniste de leur travail* »[723]. Les témoignages des professionnels expriment un certain fatalisme, tant l'extension du patient client leur apparait inévitable. Dans le cadre institutionnel des structures de santé, ce glissement interroge aussi sur la « *démarche stratégique* » de prise en charge[724]. La doctrine juridique ne manqua pas d'y voir une relative « *crainte* »[725] de la part des professionnels. Il pourrait également être ajouté à cette position que les praticiens se retrouvent impuissants face à ces évolutions, leur maitrise de la conception du patient de la pratique étant mineure. Le glissement vers une forme de clientélisme fait l'objet de nombre travaux sur la judiciarisation de la pratique. Le patient subit la consumérisation des échanges dans un champ extérieur à celui qui lui était pourtant initialement entendu. Ce glissement vers une consumérisation de la relation existe pourtant, et est consacrée en matière de chirurgie esthétique ; où les dispositions légales, reprennent en conscience les dispositions du code de la consommation[726]. Toutefois, une consumérisation de la relation de soin peut apparaitre regrettée par les professionnels, la réception limitée de cette influence peut être envisagée dans le cas du tourisme médical.

Une réception favorable possible au titre du tourisme médical. Cette position d'impuissance décrite n'apparait pas dans le cadre du tourisme, les professionnels restent libres de refuser leur intégration dans la pratique qui étendrait encore davantage une conception de la relation qu'il craigne. La réception d'une telle conception de la relation de soin ne semble engendrer que

[719] J. LANGLOIS, bull ordre méd, nov 2002, p.1
[720] THIROLOIX (J.), « Le point de vue du médecin de ville », in JOLLY (D.), JOLLY (C.) (dir.), Malade ou client ?, Economica, 1993, 164 p., p. 81.
[721] S. COHEN « le point de vue du chirurgien-dentiste » in JOLLY (D.), JOLLY (C.) (dir.), Malade ou client ?, Economica, 1993, p.124-126
[722] G. BEDMINSTER « le point de vue de l'infirmier à l'hôpital »in JOLLY (D.), JOLLY (C.) (dir.), Malade ou client ?, Economica, 1993, p. 132-138
[723] G. BEDMINSTER « le point de vue de l'infirmier à l'hôpital » Ibid p. 131
[724] N. CHARPIOT « le point de vue du directeur d'hôpital public » in JOLLY C. JOLLY C. (dir), ibid, p. 103
[725] G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé » *op.cit.* p.22
[726] G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé », *ibid.*

davantage de scepticisme dans ces pratiques et l'ouverture du soin au cas des patients consommateurs européens s'en trouverait freinée. Par rapport aux conceptions humanistes de la relation de soin, la mise en œuvre du tourisme médical pourrait pourtant valoriser une meilleure expression des droits du patient. L'accueil de patients étrangers apparaît en effet comme relativement peu développé en France [727]. Or, sa mise en œuvre devrait faire l'objet d'une meilleure réception si au lieu de craindre la consumérisation grandissante de la relation de soin, était faite la proposition des bénéfices d'une telle pratique. La création d'emploi, l'amélioration de l'économie générale des hôpitaux publics et des cliniques privées[728] changerait la vision de la pratique touristique en une démarche bénéfique pour le patient. De manière actuelle aussi, la création de lits dédiés au tourisme médical constituerait un apport logistique fort au système de santé en cas de crise sanitaire. Dans le cas d'une pandémie comme celle de la Covid 19, la fermeture des frontières stopperait certes net l'affluence de touristes médicaux, mais cela libérerait du personnel et des lits d'hospitalisation en vue d'améliorer la prise en charge des malades. En dehors de toutes crises sanitaires, la consumérisation de la relation accorderait une série de garanties pour le patient étranger consommateur qui le pousserait en ayant conscience de sa protection à aller chercher des soins en dehors de ces frontières. L'influence du droit de la consommation perçu alors comme néfaste par les professionnels pourrait être vue d'une manière plus louable si elle était mise en perspective avec les potentielles retombées bénéfiques de ces pratiques.

B. Une pratique en inadéquation avec les prérequis administratifs.

L'absence préjudiciable de facteur de développement d'une approche consumériste. La consumérisation de la relation de soin relève du souhaitable au titre des agences de voyages, car, la doctrine a souligné l'absence préjudicielle d'intermédiaires au sein des structures sanitaires. L'incursion du droit de la consommation s'en trouve limitée en pratique par l'absence d'intermédiaire ou d'agents commerciaux faisant la promotion de la pratique[729]. L'absence de définition de leur statut engendre en outre une limitation de leurs prérogatives. En outre, les agences de tourisme sanitaire se développent, mais dans une orientation de la France vers l'étranger et non l'inverse. La réception du tourisme médical s'en trouve

[727] J. KERVASDOUE Valoriser les atouts de la France pour l'accueil des patients étrangers, *op.cit.* p. 18.
[728] J. KERVASDOUE Valoriser les atouts de la France pour l'accueil des patients étrangers, *ibid*. p. 36.
[729] J. KERVASDOUE Valoriser les atouts de la France pour l'accueil des patients étrangers, *ibid* p. 26 ; F. DESSI, « L'évolution de la médecine libérale : de la patrimonialité à la commercialité », *op.cit*.

nécessairement fortement limitée. Des freins structurels restent encore à souligner. Le temps et les modalités de remboursement, le délai pour réaliser les devis, l'absence d'interprète[730] et les spécificités du secteur public limitent le développement de la pratique. Sans développement de la pratique, l'influence du droit de la consommation sur sa réalisation ne se présentera pas à sa juste valeur. Il convient néanmoins d'apprécier qu'un développement ne puisse se faire que par la mise en œuvre d'une approche consumériste, développer autour d'acteurs commerciaux et d'une législation encadrant cette commercialité de la santé. L'enjeu reviendra alors à concilier les aspirations des acteurs professionnels au regard de leur mission « *humaniste* »[731] et la nécessaire approche commerciale de la pratique.

Sous-Section II : L'influence reconnue en droit européen

La réception de l'influence du droit de la consommation dans les droits internes des pays revêt un nombre certain de variation. Sur le plan européen, le droit de la consommation dispose d'une position majeure et s'inscrit comme un champ d'encadrement privilégié du législateur européen. Les normes consuméristes tendent à être étendues à des situations que les droits internes n'envisageraient pas. Pour alimenter et entretenir cette expansion du droit de la consommation, les législateurs européens prévoient généralement des modalités d'interprétation des situations relativement autonomes permettant d'inclure une approche consumériste des relations en présence. L'emploi de la technique du rattachement fonctionnel confirme l'impact du droit de la consommation en droit européen dans l'inclusion du soin médical dans les actes de consommation (Paragraphe I). Malgré les largesses interprétatives accordées à la Cour de justice qui peuvent être source de nombreuses critiques, il n'en reste pas moins qu'elles permettent d'assurer une protection des intérêts collectifs des ressortissants européens (Paragraphe II).

Paragraphe I : Une influence confirmée

En appréciant la notion d'acte de consommation en employant une méthode fondée sur l'approche fonctionnelle, un rapprochement avec la relation de soin est possible (A.). Cette intégration de l'acte de soin dans le droit de la consommation s'accorde aussi avec les positions

[730] J. KERVASDOUE Valoriser les atouts de la France pour l'accueil des patients étrangers, Ibid p 28
[731] G. BEDMINSTER « le point de vue de l'infirmier à l'hôpital » *op.cit.,* p. 131

retenues par le législateur européen et son attitude envers une approche consumériste de la santé (B.).

A. Une confirmation liée à l'appréciation des critères de rattachement au droit de la consommation.

Une qualification consumériste concordant avec les critères de rattachement. En retenant une approche subjective des critères de la qualification, La CJUE effectue un rapprochement entre l'acte de consommation et l'acte de soin. La position exprimée semble en accord avec la position de la doctrine française dans le cadre des critères de rattachement au droit de la consommation. En effet, la Cour de justice a semble-t-il suivi les mêmes logiques que celle du professeur CALAIS-AULOY, en exposant des critères de rattachement et non une définition générale[732] du consommateur. Cet auteur tend également à reconnaitre dans « *les soins médicaux* » [733]un élément permettant le rattachement. Toutefois, il apparait que les interprétations de la Cour de justice de l'Union portent sur des éléments subjectifs telle la qualité des personnes et de la nature de leur relation. Ce qui tend à étendre les critères de la qualification du droit de la consommation aux personnes qui en sont les sujets, [734] et à la recherche d'un équilibre des parties dans leur relation[735]. De ces différentes positions doctrinales et aux positons de la Cour de justice de l'Union, Monsieur ROUSSET reconnait trois conceptions de la qualification, chacune faisant entrer à des degrés différents, des critères fondés sur la finalité de la règle et des critères relatifs à la nature des parties[736]. La conception large de la qualification comprend « *toute règle qui tende à régir le droit de consommation* ». La conception restreinte quant à elle se fonde davantage sur la nature des parties pour établir un rattachement au droit de la consommation. La conception intermédiaire constitue pour Monsieur ROUSSET un « *panachage* » de ces deux éléments. Il revient alors de déterminer parmi ces trois formes de rattachement, laquelle dispose des faveurs de la Cour de justice. En appréciant, les critères du rattachement au regard de ces conceptions doctrinales, il pourra être déterminé si la relation de soin répond à ces critères. La jurisprudence européenne, en matière de compétences et de conflit de lois, tend à concevoir la qualification de manière relativement

[732]J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, Droit de la consommation, op.cit p.37
[733] J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, Droit de la consommation, *Ibid.* p 38.
[734] N. RZEPECKI, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2002, 634. *Op.cit.* p. 20
[735] CAPITANT, Vocabulaire juridique, PUF, coll. Quadrige – Dicos Poche, 13e éd., 2020, p. 218.
[736] G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé » *op.cit.*, p. 29

restreinte en privilégiant une interprétation de la qualité des parties[737]. Toutefois dans l'appréciation de ces critères relatifs à la qualité des parties, un rapprochement des conceptions en droit interne et en droit international privé européen est possible. L'influence du droit de la consommation sur l'appréciation de la relation de soin s'en trouverait alors confirmé. En outre, les objectifs de l'Union en matière de droit de la consommation semblent en concordance avec les impératifs quant à la protection du patient.

B. Une position du législateur européen concordante avec une approche consumériste de la santé.

Un régime fondé sur la prévention. À défaut de dispositions relatives au patient et à sa santé dans les règles européennes, il convient de rappeler que l'objectif du droit de la consommation est la protection de « *la santé, la sécurité et les intérêts économiques* »[738]. Si les dispositions du règlement ne prévoient pas de dispositions relatives à la santé, alors, ne serait-il pas possible d'y reconnaitre une substitution de cette protection au titre du droit de la consommation. En outre, et de manière certes caricaturale, il pourrait être apprécié que le droit de la santé n'a pas à s'intégrer au sein du droit international privé de l'Union. En effet, à la lecture des écrits de Monsieur ROUSSET, le Droit de la consommation dispose d'un rôle de prévention des risques au profit du consommateur[739] alors que le Droit de la santé dispose d'un rôle global de prévention et de protection. Or, les règlements Bruxelles I et Rome I disposent au titre du droit de la consommation d'un régime davantage préventif que protecteur. Il ne dispose pas de règles particulières en santé, mais prévient des possibles atteintes qui pourraient toucher le patient en le soumettant à un régime particulier en droit international.

Paragraphe II : Une contribution louable en vue d'assurer la protection des intérêts collectifs

L'incidence du droit de la consommation sur le droit de la santé s'affirme aux moyens d'action en justice établie au bénéfice du consommateur. Si l'action du patient en santé existe, le droit de la consommation a permis d'ouvrir une nouvelle voie de protection des intérêts collectifs par

[737] *supra* p. 40
[738] CAPITANT, Vocabulaire juridique, *Ibid.* p. 218.
[739] G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé » *op.cit.* p. 47

l'action des associations de protection des patients. Les apports de la matière en ce domaine se présentent autant en droit français (A.) que dans le cadre européen (B.).

A. Une influence remarquée en droit interne dans le recours collectif

Une protection initiale par le recours collectif. Une protection du consommateur peut s'illustrer par le recours à l'action en justice d'association en vue de protéger les intérêts collectifs des consommateurs. Très tôt, cette voie d'action fut étendue au cadre particulier des intérêts des patients. Une action des associations de patient s'est créée en droit interne. Le droit de la consommation a ici influencé la mise en œuvre de ce régime initialement prévue pour le consommateur. En 1984[740] et 1994[741], la Cour de cassation avait étendu non sans un certain opportunisme[742] l'action d'association de consommateur au domaine de la santé. Ces jurisprudences parcellaires annoncèrent néanmoins la pérennisation législative du dispositif. À ce titre, la loi Kouchner de 2002 « *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* » [743]*s'*étendit à l'action des associations de patient. Toutefois, des conditions furent instaurées pour limiter l'emploi de cette action et d'éviter l'écueil de la jurisprudence antérieure sur l'emploi opportuniste de l'action des associations. La loi dispose d'un dans son article 20[744] codifié à l'article L1114-1 du code de la santé publique que seules les associations déclarées disposent d'une compétence représentative devant les instances judiciaires quand des intérêts de nature collectifs sont menacés. L'action est conditionnée par une déclaration préalable de l'association de patient et par la nature de l'action. La représentation se cantonne par conséquent aux infractions pénales et sur les atteintes à l'intérêt collectif de patient. L'alinéa deux du même article dispose quant à lui que les associations susmentionnées doivent être agréées. L'obtention de l'agrément étant conditionnée à la demande préalable devant la commission nationale

[740]Cass. crim. 15 mai 1984, Amzallag, D. 1986, jurisp., p. 106, note G. MEMETEAU ; D. 1985, IR, p. 401, note J. PENNEAU ;
[741] Cass crim 6 juill. 1994 : Gaz. Pal., somm, p305
[742] G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé » *op.cit.* p. 295
[743] Loi n'° 2002-303 JO n° 54 du 5 mars 2002, o 4 118. Modifié par LOI n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé (1)
[744] CSP. Art. L. 1114-1. *: « Les associations, régulièrement déclarées, ayant une activité dans le domaine de la qualité de la santé et de la prise en charge des malades peuvent faire l'objet d'un agrément par l'autorité administrative compétente soit au niveau régional, soit au niveau national. L'agrément est notamment subordonné à l'activité effective et publique de l'association en vue de la défense des droits des personnes malades et des usagers du système de santé ainsi qu'aux actions de formation et d'information qu'elle conduit, à sa représentativité et à son indépendance. Les conditions d'agrément et du retrait de l'agrément sont déterminées par décret en Conseil d'État. « Seules les associations agréées peuvent représenter les usagers du système de santé dans les instances hospitalières ou de santé publique. »*

d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de la santé.[745]À ce titre, Monsieur ROUSSET exprimait que ce passage de l'approche jurisprudentielle de l'action à un encadrement légal démontrait une immixtion du droit de la consommation dans le domaine de la santé vite rattrapé par une disposition spéciale du droit de la santé moins avantageuse[746]. La consumérisation initiale de l'action en justice d'association intéresse le droit européen, car le législateur européen n'a pas réalisé cette ouverture de l'action aux associations de patient et initié un équivalent de la Loi Kouschner. Cependant, si une logique consumériste a pu être appliquée en droit interne, alors il existe une possibilité que cela se reproduise à l'échelle régionale.

B. Une influence étendue au sein de l'Union européenne

Une action en justice d'association de patient envisageable. L'arrêt de la Cour de justice *Amazon*[747] illustre que les associations de consommateur disposent d'un droit à ester en justice au niveau européen. Le rattachement de la relation de soin au droit de la consommation en droit international privé permettrait le recours d'association de patient sous l'égide de la directive du 23 avril 2009. Le même effort jurisprudentiel devra être retranscrit devant la Cour de justice de l'Union européenne, sans le préjudice d'une loi nationale qui limiterait les modalités d'engagement de l'action. Ces actions d'association de consommateur, apparaissent faiblement compétentes, car peu adaptées à une protection du patient Cependant, et par l'existence d'un agrément préalable des associations de consommateurs, l'action ne pourra être intentée que par celles-ci. La position de la Cour de justice ne devra alors que s'inspirer des positions jurisprudentielles antérieures de la Cour de cassation[748] et reproduire le régime antérieur à la loi du 4 mars 2002. Sans ces prérequis, la Cour de justice risquerait d'exclure indirectement de la compétence reconnue en droit interne les associations de patients existantes. Une foi ces conditions remplis, le droit de la consommation comporte certains avantages au titre de ces actions, mais ces dernières ne pourront pas néanmoins apporter le même degré de protection que des dispositions spéciales du Droit de la santé. Actuellement, la Directive du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs

[745] Arrêté du 23 décembre 2010 portant nomination à la Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique
[746] G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé », i*bid* p. 208-210
[747] CJUE, 28 juill. 2016, n° C-191/15, Amazon, préc.
[748] Cass. crim. 15 mai 1984, Amzallag, préc.

[749]limite le recours aux intérêts collectifs relatifs à la cessation, matière qui n'intéresse pas le domaine de la santé[750]. Par conséquent, les arguments doctrinaux mis en faveur de la loi du 4 mars 2002, notamment par le professeur LAUDE[751] et M. ROUSSET [752]rentrent en résonnance avec la mise en œuvre de règles spéciales. Les évolutions établies au titre de la protection des droits collectifs des patients nécessiteraient de s'étendre au cas du tourisme médical en assurant aux associations de protection initialement agréées dans les états membres de s'exprimer au niveau des contentieux internationaux. La protection d'intérêt collectif des patients reste possible, mais des aménagements s'avèrent nécessaires.

Section II : L'incursion limitée du droit de la santé dans le droit de l'Union

Dans le rapport d'influence qui les lit, le droit de la consommation et le droit de la santé s'imposent au niveau de l'Union de façon analogue. La création d'un droit européen de la santé répond à une même logique que celle du droit de la consommation dans l'établissement d'un statut juridique de la partie faible. Que cette dernière soit un consommateur ou un patient, apprécier la contribution du droit de la santé dans la construction de son statut juridique permet d'établir une comparaison avec l'établissement du droit européen de la consommation. Dans la perspective d'une incidence limitée des dispositions de droit de la santé (Sous-Section I), il apparaitrait alors logique que de manière prétorienne les juges de la Cour de justice s'appuient sur le droit de la consommation pour résoudre les problématiques touchant au droit international privé. L'absence en effet de dispositions au titre du patient, signe d'une incompétence dans la mise en œuvre de son statut juridique, permettrait l'emploi des dispositions existantes au titre du consommateur. (Sous-Section II).

Sous-Section I : L'incidence limitée du droit de la santé sur le droit de l'Union

[749] DIRECTIVE 2009/22/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs

[750] G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé », *ibid* p. 286 : *« l'action en cessation n'ai jamais utilisée supposer que cela soit théoriquement possible »*

[751] A. LAUDE « les droits collectifs des usagers du système de santé », petit affiches, 19 juin 2002, n° 122 p.23

[752] A. LAUDE « les droits collectifs des usagers du système de santé », op.cit p. 299

Si la mise en œuvre de dispositions en matière de santé relève dorénavant de l'Union de manière plénière et démontre l'existence de la compétence expresse de cette dernière en matière de santé, il revient d'apprécier que le droit de la santé au sein de l'Union se limite à une approche en santé publique (Paragraphe I). Cette logique de santé publique associée au lien historique établie entre le statut juridique du patient et de l'assuré tend à cantonner le droit de la santé au domaine étroit des soins transfrontaliers remboursés (Paragraphe II).

Paragraphe I : Une compétence restreinte au domaine de la santé publique

Apprécier l'incidence d'un droit à la santé au sein de l'Union, revient à revenir sur la création de cette compétence en matière de santé publique. La genèse d'une compétence en santé est issue d'un processus long. Initialement, elle fut établie de manière tacite, avant de recevoir une consistance singulière dans les Traités constitutifs de l'Union (A.). Toutefois, cette reconnaissance de l'Union se voit restreinte au domaine particulier de la santé publique (B.) ce qui tend à l'éloigner des considérations au titre de la responsabilité en cas de tourisme médical.

A. D'une compétence tacite à une compétence expresse

L'existence d'une compétence communautaire en santé. La compétence de l'Union en matière de santé fut initialement commentée par M. BÉLANGER[753] qui apercevait au sein de la communauté européenne une compétence tacite en matière de santé. Les premières incursions du droit de la santé furent appréciées dès les années 50 dans l'encadrement de la « *médecine du travail* », « *médecine minière* » et la « *médecine nucléaire* »[754] dans le cadre des traitée CEE et CEEA. À la suite de ces premières incursions, le droit à la santé fut érigé en principe au sein du Traité de Rome qui dans son article 36 évoque l'existence d'une « *protection de la santé et de la vie des personnes* »[755]. Sans délimiter une compétence précise de la communauté en ce sens, cette disposition laissait toutefois apercevoir l'émergence d'une « *communauté européenne de la santé* »[756]. Les acteurs de cette construction européenne d'un droit de la santé européen étaient alors identifiés par M. BÉLANGER. Il s'agissait alors du

[753] V. : M. BÉLANGER, Les Communautés européennes et la santé, Presses universitaires de Bordeaux, 1985, p. 11.
[754] M. BÉLANGER, Les Communautés européennes et la santé, Presses universitaires de Bordeaux, 1985, p. 11.
[755] Art. 36 du Traité de Rome instituant la Communauté européenne, signé le 25 mars 1957.
[756] P. ICARD, « Présentation du Colloque portant sur l'Europe de la santé », R.G.D.M, n° 44, p. 11.

conseil de l'Europe[757], d'organisation européenne régionale,[758] et de l'OMS[759]. Finalement, c'est par l'acte unique européen[760] qu'émergea la volonté d'engager les États membres dans une politique commune de protection de la santé. Cette position transparait dans l'article 118 A de l'acte unique qui dispose : « *les États membres s'attachent à promouvoir l'amélioration, notamment du milieu du travail, pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs et se fixent pour objectif l'harmonisation dans le progrès, des conditions existantes dans ce domaine* ».

B. Une compétence abordée sous l'angle de la santé publique

Une influence limitée à la santé publique. La principale preuve d'une contribution du droit de la santé dans le droit de l'Union remonte à l'instauration de l'article 129[761] du traité de Maastricht[762]. L'incursion du droit de la santé par la mise en œuvre d'une compétence de l'Union s'illustre au titre de la santé publique. La compétence de la communauté et à sa suite de l'Union touche néanmoins des pans du droit, généralement éloigné des considérations relatives à la responsabilité et de la relation de soin. En témoignent les différents textes qui émanent de cet article 129. La compétence de l'Union en santé publique s'affirme par la mise en œuvre de programme tel que celui relatif au cancer[763] ou à la toxicomanie[764]. Différents textes de droit dérivé affirment également cette compétence. À titre d'exemple, peut-être fais mention des directives sur les médicaments[765]. L'article 129 entreprend aussi de venir conditionner l'action de l'Union dans le domaine de la santé. L'alinéa 2 expose en ce sens que la compétence de l'Union porte sur l'amélioration « *de leurs services de santé dans les régions*

[757] Notamment avec l'adoption d'un Code européen de la sécurité sociale le 16 avril 2004.
V. en la matière : X. PRETOT, « La sécurité sociale en Europe », Dr. soc., n° 1, janvier 1987.
[758] Le Conseil nordique et le Benelux ont largement inspiré le droit communautaire de la santé. V. : M. BÉLANGER, Les Communautés européennes et la santé, Presses universitaires de Bordeaux, 1985,
[759] L'auteur précise que « les règles et les normes adoptées par l'OMS (et qui ont été définies, pour un certain nombre d'entre elles, par des organisations et organismes antérieurs) ne sont pas sans effet sur les orientations communautaires en matière sanitaire ».
[760] Acte unique européen, 28 février 1986, JO L 169 du 29 juin 1987
[761] Devenu aujourd'hui article 168 du TFUE.
[762] Traité de Maastricht, 07 février 1992, JO C 191 du 29 juillet 1992.
[763] La Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions du 24 juin 2009 intitulée « Lutte contre le cancer : un partenariat européen, COM (2009) 29
[764] L'ensemble des actions menées par l'Union en la matière sont répertoriées sur le site de la Commission européenne, onglet « santé publique »
URL :http : //ec.europa.eu/health/tobacco/key_documents/index_en.htm#anchor0
[765] Le Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, adopté le 28 novembre 2001 a codifié un certain nombre de ces directives. De nombreuses résolutions, recommandations et avis ont aussi été pris sur ce fondement.

transfrontalières »[766]. L'alinéa 7 quant à lui limite l'action de l'Union à la propre compétence des états dans les « *définitions de leur politique de santé et dans l'organisation et la fourniture des services de santé et de soins médicaux* »[767]. Aucune compétence n'est donc laissée à l'Union en matière d'appréciation de la santé en matière de responsabilité, ce qui tend à la réserver à la compétence des États membres. Face à ces contraintes abordées au sein du TFUE, il convient d'exprimer que le droit de la santé européen s'est élaboré généralement au titre du droit communautaire de la sécurité sociale[768] et non dans le cadre particulier du droit international privé. M. FASQUELLE expose que « *la question des soins transfrontaliers est l'une des premières qui se soient posées à l'Europe* », la réponse faite par l'Union ne touche uniquement que les aspects de protection sociale. Madame GAUBERT le confirme en appréciant la compétence acquise de l'Union à la raison unique d'assurer la protection « *des aspects économiques et financiers qui ont initialement concentré l'attention de l'Union* » [769]ce qui laisse à penser que l'incidence du droit de la santé sur les règlements européens Bruxelles I et Rome I restera limitée. Ce cantonnement de la compétence tend à empêcher une opposition à une approche consumériste de la relation de soin dans le cadre du tourisme médical et à toute intégration du droit de la santé dans les modalités de réparation du préjudice subi du fait d'un soin transfrontalier.

Paragraphe II : Une compétence exprimée au titre du remboursement des soins transfrontaliers

La mise en œuvre d'une compétence en santé de l'Union s'exprime quasi exclusivement dans la directive sur les soins transfrontaliers et sur les démarches prétoriennes d'interprétations qui en ont été faites. En donnant corps au droit de la santé, sous l'optique des soins transfrontaliers,

[766] Traité FUE Art. 168 al 2
[767] Traité FUE Art. 168 al 7
[768] En matière de droit communautaire de la protection sociale et plus largement en matière de droit social communautaire, v. : F. BARON F., Marché intérieur et droit social de l'Union européenne, PU Aix-Marseille, 1998 ; J. BOURRINET, D. NAZET-ALLOUCHE, (dir.), Union européenne et protection sociale, La documentation française, 2002 ; R. BONNET, N. CATALA, Droit social européen, Litec, 1991 ; F. KESSLER, Droit de la protection sociale, Dalloz, coll. Cours, 7ème éd., 2020 ; X. PRETOT, Le droit social européen, PUF, coll. Que sais-je ?, 2e éd., 1993 ; P. RODIERE, Droit social de l'Union européenne, LGDJ, 2e éd., 2014 ; J.-J. RIBAS, La politique sociale des Communautés européennes, Dalloz, Paris, 1969 ; P. MAVRIDIS, La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne – confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux, Bruylant, Bruxelles, 2003
[769] J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.*, p. 18

l'influence du premier se voit conditionnée à la définition du second. Or, les soins transfrontaliers ne disposent pas de la même dimension que celle des prestations de services établies dans le cadre du tourisme médical. (A.). La dimension touristique étant exclue de cette démarche (B.), il convient de considérer que l'influence du droit de la santé, s'exprime davantage dans la protection des systèmes d'assurance maladie des États membres, que dans la protection du patient face au manque de diligence du médecin.

A. Un droit de la santé applicable uniquement aux soins transfrontaliers

Une influence restreinte aux soins transfrontaliers. La contribution du droit de la santé dans la construction de l'Union s'illustre généralement au titre de la notion de soins transfrontaliers. La notion se définit par la directive n° 2011/24/UE38 qui le qualifie comme des « *soins de santé dispensés ou prescrits dans un État membre autre que l'État membre d'affiliation* »[770]. Mme GAUBERT précise néanmoins que la notion revêt une dimension majoritairement sociale. L'incidence du droit de la santé s'exprime par le statut européen d'assuré social,[771] et par la mobilité des professionnels[772]. Si le droit de la santé influence la mise en œuvre d'un encadrement des soins transfrontaliers et démontre son importance au sein du droit européen, alors, il n'en reste pas moins que les directives transfrontalières ne rentrent pas directement en adéquation avec la notion de tourisme médical. Les critères définitionnels de ces notions ne peuvent être appréciés conjointement. Pourtant, en exposant une doctrine qualifiant la notion de tourisme à celle de plaisir comme défendue par M. VIALLA et Mme DAVER[773]. L'élément de distinction ne semble pourtant plus tenir en présence d'un préjudice associé à ces actes.

Une qualification limitée des soins transfrontaliers. Apprécier la portée de la notion de soins transfrontaliers intéresse l'analyse de l'incidence du droit de la santé sur le droit de l'Union. Si

[770] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011, *op.cit.,* Par *« soins de santé », l'Union, toujours au travers de l'article 3 de la directive considère que sont des soins de santé « Les services de santé fournis par des professionnels de la santé, y compris la prescription, la délivrance et la fourniture de médicaments et de dispositifs médicaux ».*

[771] J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.,* p.13

[772] P. MAVRIDIS, « La libre circulation des patients : la boucle est-elle bouclée ? Cycle de droit européen de la Cour de cassation », L.P.A, n° 119, juin 2013, p. 20.

[773] C. DAVER, F. VIALLA, « Brèves réflexions sur les possibles implications déontologiques du tourisme médical », in A. LECAS (dir.), La déontologie médicale, actes du VII colloque d'Aix en Provence du 1er et 2 décembre 2006, *op.cit.,* art. cit. *« les soins qui n'existent pas dans le pays d'affiliation* » et *« les soins non urgents, dans un cadre permettant l'association avec le loisir, le dépaysement »*

la définition de ce soin est suffisamment ouverte, il se pourrait qu'en rentrant en adéquation avec les qualifications établies par les règlements de Bruxelles et de Rome, une qualification consumériste puisse être exclue. Cependant, la qualification limitée a tendance finalement à marquer un cantonnement de la contribution du droit de la santé dans le domaine du tourisme médical, ce qui constituerait un argument supplémentaire quant à la qualification consumériste de la pratique. Pourtant, à en regarder les travaux de la doctrine, l'élément central de qualification du soin transfrontalier revient à la présence d'un élément financier[774]. Sauf que ce critère n'est pas appréhendé de manière à se concilier avec la notion de tourisme médical. L'aspect financier est abordé ici au titre du remboursement et non de la réparation. Dès l'arrêt *Kohll*[775], la doctrine a remarqué que la question de la compétence européenne portait sur la capacité à imposer un remboursement de l'acte médical fait à l'étranger[776]. À sa suite, l'arrêt *Unger*[777] marqua en ce sens l'influence du droit de la santé, et des travaux de doctrine soulignait l'ouverture qui consistait à « *une libre circulation des patients* »[778]. Cette mobilité établit ainsi au titre de la libre prestation de service, mais en aucun cas, autour de la protection du patient lors de la survenance d'un préjudice lié à l'acte. La doctrine s'intéresse alors à la possibilité de circulation du patient sans toutefois rechercher si des voies de réparations sont précisées. Son attitude n'en est pas pour autant critiquable, les arrêts rendus par la cour dans ces affaires, du fait de leur nature préjudicielle, ne peuvent répondre qu'à la question posée par les juridictions nationales. Il faut alors souligner l'absence de telles questions au titre de la compétence juridictionnelle et légale. Leur absence au regard de la prolifération du contentieux du remboursement révèle la portée limitée du droit de la santé dans cette matière. L'aspect financier du remboursement des actes médicaux est appréhendé par la doctrine comme un invariant du soin transfrontalier et le cœur de l'expression du droit européen de la santé[779]. Néanmoins certains droits émergèrent en dehors de cette sphère particulière.

---

[774] J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.*, p. 71

[775] CJUE, 28 avril 1998, n° C-158/ 96, Kohll,

[776] J. -P. LHERNOULD, « Une caisse de sécurité sociale est-elle tenue de rembourser les frais médicaux engagés par un assuré dans un autre État membre. Note sous CJUE, 28 avril 1998, Kohll et Decker », R.D.S.S, 1998, p. 616.

[777] CJCE, 19 mar. 1964, n°75-63, Unger

[778] P. RODIERE, Traité de droit social de l'Union européenne, LGDJ, éd. Lextenso, 2008.

[779] J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.*, p. 75 *« Dès lors, si l'élément financier de qualification est apparu avec les premiers règlements de coordination des régimes de sécurité sociale, c'est la jurisprudence et la doctrine qui lui ont par la suite conféré un réel statut et une consistance. »*

B. Une qualification excluant la dimension touristique

Une qualification excluant le tourisme médical. En ayant réalisé une apologie du droit de la santé européen comme celui du remboursement de la prestation sociale, la doctrine souligna que les dispositions relatives à la santé « *ont mis à l'écart un certain nombre de soins, à savoir ceux dispensés dans un cadre transfrontalier, mais n'appelant pas de prise en charge par un organisme de sécurité sociale.* »[780]. Ces actes peuvent être constitués par de la chirurgie esthétique ou par des actes interdits dans le pays d'affiliation, tels que l'interruption volontaire de grossesse ou l'aide médicale à la procréation quand cette dernière ne remplit pas les conditions établies par les législations nationales[781]. Ces actes constituent alors le cœur restreint de la notion de « *tourisme médical* » qui tend à échapper à la construction européenne en matière de droit de la santé. Une telle position apparait préjudiciable à une appréciation de la relation de soin dans sa dimension touristique au regard de la position initiale de la doctrine. M. BÉLANGER assurait pourtant que le tourisme médical signifiait le phénomène de circulations des patients en Europe[782]. M. CLERGERIE et Mme MAKAROUNI quant à eux tiennent le tourisme médical et les soins transfrontaliers comme synonymes[783]. La qualification entretenue postérieurement à ces interprétations tend alors à exclure cependant des actes de soin en dehors du corps de règles établies, signe encore d'une influence limitée du droit de la santé au simple droit social. Certains travaux de doctrine comme ceux de M. FILLON tendent même à regretter la faible contribution des normes européennes à établir des « *outils par lequel se développera le tourisme médical* »[784].

Une réception limitée du tourisme médical. Le droit français aborde timidement la question du soin transfrontalier et du tourisme médical dans sa transposition de la directive sur les soins

[780] J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *Ibid.* p. 76

[781] PMA donneur décédé, GPA, PMA entre personnes de même sexe. En ce sens, Monsieur B. MATHIEU a pu déclarer que « Le développement d'un marché ouvert des services, notamment en matière médicale et dans le cadre européen, incite à un "tourisme médical" pour tenter d'obtenir à l'étranger ce que l'on ne pourrait obtenir en France. Cette pratique est manifeste en matière de recours à des pratiques d'euthanasie. Ce "tourisme" est également manifeste en matière de procréation : recours aux mères porteuses, à l'assistance médicale à la procréation par des couples homosexuels ou des femmes seules, autant de pratiques interdites en droit français, mais auxquelles il peut être recouru dans certains pays voisins »

[782] M. BÉLANGER, « Droit communautaire et assurance maladie, à propos des arrêts Decker et Kohll », R.G.D.M, n° 4, p. 24 ; Eléments de doctrine en droit international de la santé, *op.cit.*, p.526 ; « Union européenne et droit médical », J. - Cl Droit médical et hospitalier, fasc. 250, 2008, p. 4.

[783] J.-L. CLERGERIE, C. KARATHANASI, « La mobilité des patients et le remboursement des dépenses médicales dans l'Union européenne », R.D.S.S, 2009.

[784] J. -C. FILLON, « Soins transfrontaliers les conséquences d'une approche marchande », Liaisons soc. eur., n° 223, 2009, p. 19.

transfrontaliers,[785] et dans l'article L1101-1 du code de la santé publique sur le « *principe d'égal accès* »[786]. Il est également possible de retrouver cette incursion timide dans la mise en œuvre de la planification de l'offre de soin. Comme a pu l'exposer Mme GAUBERT au titre de l'intégration dans le Schéma régional d'organisations des soins (SROS) d'établissement limitrophe[787] en citant l'exemple de l'hôpital transfrontalier de Puigcerda[788]. Des Agences régionales de la santé (ARS) développent fréquemment de nouveaux projets de coopérations sanitaires transfrontalières[789]. Ces développements améliorent la prise en charge du patient étranger, et l'organisation des soins des patients Français à l'étranger. Néanmoins ces outils de planification restent encore limités au cas classique de la frontière limitrophe et ne prend rarement pas compte de la facilité de déplacement des ressortissants européens en dehors de ce cadre. Parler d'établissement transfrontalier apparait alors complexe quand les établissements se trouvent géographiquement opposés en Europe, par exemple les patients français qui recherchent des prestations de santé en Pologne ou en Hongrie. Par conséquent, l'approche transfrontalière du soin en écartant sa dimension touristique en dehors des considérations relatives aux soins remboursés échappe encore à une forme d'encadrement européen. L'influence des dispositions existantes en droit de la santé européen ne s'étend donc pas à cet objet, ce qui *in fine* limite sa prise en compte dans la qualification de la relation de soin au titre du droit international privé.

Sous-Section II : Une incursion limitée au regard du statut juridique du patient

[785] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011, *op.cit*

[786] En plus de l'article L 1110-1 du Code de la santé publique, les articles L 1110-3 et L 1110-5 participent également à la définition et l'encadrement d'un véritable droit d'accès aux soins.

[787] J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.*, p. 4

[788] Constitué sous la forme d'un groupement européen de coopération territoriale (GECT), qui se présente comme le dernier-né des outils de coopération transfrontalière introduit par le règlement CE 1082/2006 du 5 juillet 2006. En France, le GECT est visé à l'article L 1115-4 et L 1115-5 du Code général des collectivités territoriales.

[789] Au prisme de la législation française, la coopération transfrontalière constitue une branche de la coopération décentralisée, appliquée aux zones frontalières. Il est à noter que l'Union soutient également les initiatives de coopération sanitaire en permettant aux porteurs de projet de bénéficier de fonds européen et, notamment du FEDER (fond européen de développement économique régional). En ce sens, il peut être noté la coopération de l'ARS Provence alpe cote d'azur avec les Pays d'Afrique du Nord.

Apprécier l'influence du droit de la santé sur le droit de l'Union entraine la nécessaire analyse de la portée du statut juridique du patient européen. La création et les droits associés au statut de patient furent l'objet d'une approche doctrinale particulière. M CABRILLAC considère que le statut juridique du patient « *s'entend d'un ensemble de droit et d'obligations propres à une personne et qui permet de caractériser un régime dérogatoire lui étant exclusivement applicable* »[790]. Dans le cadre européen, la mise en œuvre de ces droits et obligations constitue un chantier en pleine construction. Le statut du patient existe (Paragraphe I), mais apparait peu développé face à celui de consommateur (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le statut du patient

Le tourisme médical destine son activité sur le patient. Or, les droits du patient entendu par le droit de l'Union n'abordent pas ces spécificités. Le législateur a certes élaboré des droits protecteurs pour le patient, mais leur transposition et leur utilité dans le cadre du tourisme médical semble peu présent. Cette absence trouve certainement sa source du fait d'une genèse incomplète du statut de patient européen (A.) et par une série de lacune statutaire présente dans les normes protectrices (B.).

A. La genèse incomplète du statut de patient européen

Une approche sectorisée du patient. Initialement, le patient ne s'est pas vu reconnaitre un statut particulier au titre des normes émises par la communauté européenne. Le nom « *d'assuré* » de « *personne assurée* » ou de « *citoyen* » apparaissait prépondérant pour parler du patient[791]. Ces manœuvres intègrent alors le patient dans une approche sectorisée[792]. Le patient se révèle protégé partiellement quand il rentre dans la qualification d'assuré, et bénéficie d'autre droit quand il se voit qualifié de citoyen. Cette position initiale tend à être expliquée par Mme GAUBERT par le fait que les priorités initiales de la communauté relevaient davantage sur les offreurs de services et sur la protection du travail, que sur la mise en œuvre de droit particulier

[790] R. CABRILLAC « dictionnaire du vocabulaire juridique 2021 », *Op.cit*
[791] J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.*, p. 285
[792] J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *Ibid.*

au destinataire de ces services[793]. La mise en œuvre d'un statut *sui generis* du patient relève non d'une démarche initiale de la communauté, mais des États membres. Ces derniers, tel l'État français ont consacré, suite à une longue « *Gestation* »[794], un statut juridique au patient par la loi du 04 mars 2002[795]. Fort de ces initiatives, l'Union s'est inscrite dans le développement d'un statut particulier du patient. Néanmoins, les premières initiatives européennes sur le sujet revêtent au départ un « *caractère déclaratoire* »[796]. Des différents textes à portée déclaratoire[797] virent le jour dès les années 80. Parmi eux, les chartes européennes des droits des patients[798] et la Charte sur les droits de la personne handicapée[799] démontrent cet engagement communautaire. Cette reconnaissance « *graduelle* »[800] du patient comme sujet de droit dans une dimension contraignante fut initialement promue par des organes non communautaires[801]. Le

[793] J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *Ibid.*

[794] B. PITCHO, Le statut juridique du patient, *op.cit.*

[795] Loi n° 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002. Sur les droits du patient, en droit français, avant la loi du 04 mars 2002, v. notamment : J.-M. AUBY, « Aperçus sur la situation juridique du malade dans le système de santé français », L.P.A, 21 mai 1997, p. 4. A propos de l'apport de la loi du 04 mars 2002, v. notamment : C. CHARBONNEAU, F.-J. PANSIER « Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades », Gaz. Pal., mai 2002, n° 121, p.4 ; F. BELLIVIER, J. ROCHFELD, « Commentaire de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé » R.T.D civ., 2002, p. 574 ; P. MISTRETA, « Loi n° 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, réflexions critiques sur un droit en pleine mutation », J.C.P G

[796] N. DE GROVE-VALDEYRON, « La directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, véritable statut juridique européen du patient ou simple clarification d'un régime de mobilité ? », Rtd eur., n° 1, mars 2011, p. 315.

[797] M. BÉLANGER, « La situation juridique des patients d'après le droit communautaire », L.P.A, 21 mai 1997, n° 61, p. 23. L'auteur constate l'existence de « textes déclaratoires, qui n'ont que la valeur juridique d'un simple avis. Il s'agit de droit incitatif à usage interne : le destinataire premier est la Commission européenne ».

[798] Résolution du Parlement européen sur une Charte européenne des droits des patients du 19 janvier1984, JO n ° C 46du 20 février 1984.

[799] Résolution du Parlement européen sur une Charte européenne sur les droits de la personne des handicapés du 14 décembre 1995, JO n ° C 17 du 22 janvier 1996.

[800] Pour une approche exhaustive, en droit européen, de la reconnaissance de droits au patient, v. notamment : A.LAUDE, « Les droits des patients », in A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), Code européen de la santé, éd. Edition de santé, coll. Hygiéa, p. 761 ; E. RIAL-SEBBAG, F. TABOULET, « Vers une Charte européenne des droits des patients », in M. BLANQUET, N. DE GROVE-VALDEYRON (dir.), Etudes de droit communautaire de la santé et du médicament, Service des Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2009, p. 209 ; J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit* ; A. DUBUIS, Les droits du patient en droit de l'Union européenne, *op.cit.*

[801] Sur la reconnaissance des droits des patients en Europe, v. notamment : T. DOURAKI, « Principes des droits du patient en Europe », R.T.D.H, avril 1996, n° 26 ; K. SCHUTYSER « Les droits du patient en Europe : tableau comparatif », R.G.D.M, mars 2004, n° 12 ; H. SCICLUNA, « Droits des patients dans les textes du Conseil de l'Europe », L.P.A, 21 mai 1997, n° 61, p. 31.

conseil de l'Europe[802] et l'Organisation mondiale de la santé[803] ont dès les années 70 contribué à la promotion d'un droit autonome du patient[804].

La mise en œuvre d'un statut autonome. Le statut d'assuré, longtemps avant la mise en œuvre du statut du patient, a permis de préfigurer la portée du statut de patient. Cet héritage reste néanmoins à l'origine d'une influence limitée du droit de la santé dans le cadre du droit international privé. Dès le règlement de coordination des régimes de sécurité sociale,[805] les notions de patient et d'assuré tendent à se « côtoyer »[806]. Face aux critiques émises par la doctrine[807] sur l'insuffisance de la mise en œuvre d'un statut au-delà du statut d'assuré, l'Union a établi un régime particulier pour le patient dans la directive de 2011 sur le droit des patients[808] à la suite de différentes communications[809] engagées en ce sens. Par la suite, la directive sur les soins transfrontaliers tendit à apprécier l'émergence d'un véritable code européen de la santé[810].

---

[802] En ce sens : Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ; Convention sur les Droits de l'Homme et de la biomédecine, Oviedo, 1997 ; Recommandation pour le développement des organisations pour la participation du citoyen et du patient au processus décisionnel affectant la santé, REC (2000) 5. Et la déclaration sur les droits des patients en Europe approuvée à Amsterdam en 1994 est l'une des plus emblématiques

[803] J. LEENEN, G. PINET, A. -V. PRIMS, « Trends in Health Legislation » in Europe, publié pour le bureau régional de l'OMS pour l'Europe, Masson, 1986 ; P. VELLAS, Législation sanitaire et personnes âgées, réalisée par le Bureau régional de l'OMS pour l'Europe, publications régionales, Séries européenne, n° 33, 1990.

[804] G. PINET, « Les contributions de l'OMS en matière de reconnaissance des droits des patients », L.P.A, 21 mai 1997, n° 61, p. 27.

[805]Reg.de coordination des régimes de sécurité sociale n° 883/2004 ; Sur l'apport du règlement n° 883/2004 et les désignations « d'assuré » et de « ressortissant », v. notamment : la circulaire n° DSS/DACI/2010/363 du 4 octobre 2010 relative à l'entrée en application des nouveaux règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009 de coordination des systèmes de sécurité sociale : dispositions maladie et maternité.

[806]J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.*, p. 291

[807] M. BÉLANGER, « La situation juridique des patients d'après le droit communautaire », L.P.A, 21 mai 1997, n° 61, p. 23. *« l'Europe communautaire des patients n'est pas un modèle du genre. (…) L'intérêt du sujet semble limité sur le plan strictement juridique, car il apparait que le droit communautaire positif ne 'donne pas aux droits du patient hospitalier une bien grande substance' »*

[808] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011, *op.cit.*

[809] Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la modernisation de la protection sociale pour le développement de soins de santé et de soins de longue durée de qualité, accessibles et durables : un appui aux stratégies nationales par la « méthode ouverte de coordination », 20 avril 2004, COM (2004) 304 final. ; Communication du Conseil sur les valeurs et principes communs aux systèmes de santé de l'Union européenne,
(2006/C 146/01).

[810] A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.), Code européen de la santé, *op.cit.* ; A. LAUDE, « Vers un code européen de la santé », *op.cit.*

Néanmoins, au titre du statut juridique du patient, des carences majeures restent présentes quant à la question des modalités d'action et de réparation du patient.

B. Les lacunes du statut européen du patient.

La mise en œuvre d'un droit du patient transfrontalier apparait indéniable, les différents éléments constitutifs de ce statut juridique ne semblent pas avoir pour objectif de venir contrarier ces fondements initiaux. Le statut de patient étant hérité de celui d'assuré, la construction de ce statut s'établit en écho au droit social. Une majorité des droits consacrés par le patient se constitue ainsi au titre de son statut d'assuré. Premièrement, son droit au remboursement des prestations de santé s'affirme par la Directive sur les soins transfrontaliers. Cette approche particulière s'exprime par la limitation de ces régimes aux prestations couvertes par les caisses d'assurance maladie dans l'État d'affiliation. Cette situation laisse alors présager certaines lacunes au titre notamment des prestations remboursées par les mutuelles, mais non couvertes par la sécurité sociale en prenant l'exemple de la France. Secondement, concernant le droit à la confidentialité des données personnelles[811], ce droit acquis à tout citoyen fonde un droit d'accès et une protection des données spécifiques au champ de la santé. Enfin, si le droit à l'information et le droit à la sécurité[812] existent au regard du statut juridique du patient, alors, il n'en reste pas moins analogue à celui prévu en droit de la consommation. L'existence d'une autonomisation des statuts est louée par la doctrine[813] qui ne semble apprécier un parallélisme de forme trop avancé avec la notion de consommateur[814]. Il n'en reste pas moins qu'en l'état

[811] Parmi les textes les plus emblématiques de la protection des données personnelles, on retrouve : Directive n° 96/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 du 23 novembre 1995 ; Directive n° 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JO L 201 du 31 juillet 2002 ; Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JO L 119 4.52016 p.1-88.

[812] J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.,* p.307 et De manière générale sur l'obligation de sécurité, v. notamment : J. -L. HARPERIN, « La naissance de l'obligation de sécurité », Gaz. Pal., 1997 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « Fondement et régime de l'obligation de sécurité », D., 1994, p. 81.

[813] J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *ibid,* ; B. PITCHO, Le statut juridique du patient, coll. Thèses, LEH, n° 15, 2004. Exprime l'incompatibilité des régimes sur le point des délais de rétractation

[814] En ce sens J.-PH. LHERNOULD, « La libre circulation des patients en Europe, Cycle de droit européen de la Cour de cassation », L.P.A, 16 juin 2008, n° 120, p. 5.

actuel la question de la mise en œuvre d'un statut réellement autonome du patient ne s'établit pas comme une priorité au sein de l'Union. Bien qu'une véritable « *responsabilité médicale européenne* » pourrait être mise en œuvre en l'état du droit. Le statut du patient ne tend pas à voir son champ précisé notamment au titre de la compétence juridictionnelle et de la Loi applicable.

Les lacunes statutaires au titre du droit international privé applicable au sein de l'Union. L'établissement du statut juridique du patient dans l'Union constitue une réalité, mais reste en quête d'une certaine autonomie vis-à-vis du droit de la consommation et du droit de l'assuré. Les modalités de mise en œuvre de responsabilité dans sa dimension processuelle s'illustrent par son absence. En effet, la directive sur les soins transfrontaliers n'aborde les questions processuelles de manière vague voir lacunaire. En effet, les considérants et différents éléments déclaratoires du texte tendent à reconnaitre un droit d'accès à la réparation pour le patient, mais se gardent d'en fixer les pourtours. Seule une mention au titre de la compétence au lieu de réalisation de la prestation de service expose des modalités processuelles. Toutefois, au regard des règlements Bruxelles I et Rome I, il convient d'exposer que la directive tend à établir une certaine ligne de conduite interprétative de la relation de soin par la Cour de justice de l'Union. Les éléments établis par la directive éclairent sur l'interprétation à faire au titre des dispositions des règlements européens. Néanmoins, n'ayant pas recours à des éléments particuliers sur la nature contractuelle ou consumériste de la relation, une telle position ne semble pas être suffisante pour incorporer des droits processuels dans le statut du patient. La Directive sur les soins transfrontaliers semble ainsi inviter à l'établissement d'un droit processuel, mais laisse à la cour de justice son pouvoir prétorien d'interprétation. Or, si les juges du Luxembourg peuvent reconnaitre une qualification particulière de la relation de soin à même de s'accorder avec les souhaits de la directive, l'inverse reste tout aussi possible. Au regard du développement du droit de la consommation dans le champ du droit international privé, il se pourrait même qu'une qualification en consommateur du patient puisse être privilégiée.

Paragraphe II : Un statut juridique incomplet face à celui de consommateur

Le statut juridique du patient est en droit français largement développé et ses contours établis. La réciproque ne saurait être appréciée en droit de l'Union. Face à ce constat, une série de similitudes reste présente. Elles trouvent leurs origines dans le droit interne des États membres

et dans celui de l'Union (A.). Ces liens de parenté, associés à une définition européenne du statut de consommateur, laissent à penser que l'extension de la qualification du consommateur au patient s'avèrerait bénéfique. (B.)

A. Des similitudes marquantes.

Des similarités présentes en droit interne français. La doctrine a très tôt identifié les liens de parenté entre les droits du patient et ceux du consommateur. La doctrine à la suite de la loi du 04 mars 2002 qui instaure un statut spécifique du patient, a très tôt apprécié cette promiscuité pour aborder la notion du « *consommateur de soins* »[815]. M. MEMETEAU affirmait l'existence un changement de paradigme majeur dans l'approche du patient au regard de l'incidence du droit de la consommation dans sa construction[816]. Ces influences réciproques se retranscrivent au titre du droit à l'infraction à la sécurité[817] et à l'action collective[818]. D'autres auteurs estiment que le statut juridique du patient est un sous-ensemble du droit de la consommation[819].Le patient ne serait alors qu'un type particulier de consommateur parmi une multitude[820]. Ces acceptions à la réception parfois discutée restent dans d'autres domaines que me droit une évidence, notamment en économie[821]. En témoignent les similitudes dans la considération commune qui est élaborée par la doctrine. Monsieur MEMETEAU affirmait alors non sans critique la situation par laquelle le législateur « *a baptisé le malade consommateur, donc victime, faible et*

[815] H. FABRE, « Chirurgie esthétique : le patient devient un consommateur averti et responsable », Gaz. Pal., 1997, p. 1382 ; A. LAUDE, « Le consommateur de soins », art. cit., p. 415.
[816] G. MEMETEAU, « Le patient consommateur et le professionnel de santé », *op.cit.*, p. 52. *« Si le négoce fait partie des conditions de la pratique de l'art médical, et si désormais les groupes de malades sont cessibles "en bloc", pourquoi ne parlerait-on pas d'une consommation individuelle* » ; En ce sens. M. BOUTEILLE, "L'évolution consumériste de la notion d'acte médical", J.C.P E, 2001, Cah. dr. entr., suppl. au n° du 8 février 2001 "Droit et entreprise de santé", p. 17.
[817] *supra* p. 112
[818] *infra* p. 244
[819]J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.*, p. 297
[820] J. MEL, « La notion de consommateur », L.P.A, 31 janvier 2006, n° 22, p.5. V. également : V. CHRISTIANOS, F. PICOD, « Consommateurs », Rép. Dalloz droit communautaire », n° 109 et suivants ; D. FASQUELLE, « Rapport introductif », in Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer, Le droit communautaire de la consommation, 14 et 15 janvier 2000, Doc.fr., p.8.
[821] En ce sens S. BEJAN : « Pour la micro-économie néoclassique, le bénéficiaire des soins doit être analysé comme un simple consommateur de biens et services. Le patient ressent en effet des besoins, exprime des préférences, effectue des arbitrages en fonction des contraintes économiques qu'il subit et formule une demande. En ce sens, son comportement est rationnel et peut être modélisé, c'est celui d'un agent économique qui maximise son utilité en fonction de son état de santé et de l'ensemble des biens qu'il consomme ». « Les fondements de la micro-économie de la santé : le marché de la médecine libérale », in P. -L. BRAS, G. DE POUVOURVILLE, D. TABUTEAU (dir.), Traité d'économie et de gestion de la santé, éd. De Santé, Les presses de Sciences-Po, 2009, p. 44

candide »[822]. D'autres auteurs marquèrent encore davantage le trait en qualifiant le consommateur à un « *quasi incapable* »[823]. Sans aborder la notion de « *partie faible* » propre au droit de l'Union, la doctrine reconnait néanmoins dans le cas du patient et du consommateur, un postulat de protection du « *faible* » ; une même logique définitionnelle se révèle en droit communautaire.

Des similitudes dans la construction européenne. Les premières inclusions de dispositions relatives au statut du consommateur dans les normes de l'Union le furent au titre du TFUE. Il dispose à cette occasion d'un titre entier au sein du Traité[824]. Avant cette période à la différence du droit de la santé, des dispositions déclaratoires peuvent être retrouvées dès l'année 1975[825]. Des textes de droit dérivé[826] précédèrent la première politique de protection du consommateur établie dans un cas unique fondant la compétence de la communauté[827]. Ces dispositions furent appréciées par la doctrine comme « *omniprésente* »[828] au sein du droit de la communauté et à sa suite de l'Union. La protection du consommateur impacte alors « *toutes les actions et politiques entreprises* »[829]. Cette position se voit légitimée par l'établissement d'une notion de « *partie faible* ». Initialement, comme ont pu le soulever certains auteurs[830], les premières initiatives prétoriennes de la Cour de justice n'indiquaient pas la reconnaissance d'un consommateur « *partie faible* ». L'arrêt *Clinique*[831], définissait le consommateur « *comme attentif* » et qui apprécie « *avec raison les informations qu'il reçoit. Éclairé et intelligent, il semble, au surplus, doué d'une certaine capacité d'analyse* »[832]. Les positions législatives

[822] G. MEMETEAU, « Le patient consommateur et le professionnel de santé », *ibid*
[823] J. MEL, « La notion de consommateur », *Ibid.*
[824] Troisième partie, Titre XIV du TFUE, « Protection du consommateur ».
[825] Programme préliminaire pour une politique de protection et d'information du consommateur, 14 avril 1975, JO C 1992 du 25 avril 1975.
[826] La directive relative au rapprochement des législations nationales en matière d'étiquetage et de présentation des denrées alimentaires ainsi que de la publicité faite à leur égard du 18 décembre 1978, n° 79/112/CEE, JO 79 n° L 33/1 et la directive relative à l'indication des prix des denrées alimentaires, n° 79/581, JO 79, n° L 158/19
[827] » article 100 A au sein du Traité
[828] J. MEL, « La notion de consommateur », *op.cit. p. 6*
[829] J. MEL, « La notion de consommateur », ibid p.6
[830] J. MEL, « La notion de consommateur », *Ibid.* p.7
[831] CJUE, 2 février 1984, n° C - 315/92, Clinique : note D. SIMON, « Libre circulation des marchandises. Dénomination des produits - Protection des consommateurs - Cosmétiques - Dénomination "Clinique », Europe, 1994, avril, p. 7 ; C. BERR, Chronique de jurisprudence du Tribunal de justice des Communautés européennes, 1994, p. 488 ; M. VAN HUFFEL, Revue européenne de droit de la consommation, 1994, p. 95. L'arrêt précise que *« la connotation hospitalière ou médicale du terme "Clinique" ne suffit pas donner à cette appellation un effet trompeur susceptible de justifier son interdiction »*
[832] CJUE, 2 février 1984, n° C - 315/92, Clinique, préc.

postérieures exposèrent une version contraire du consommateur fondé sur la nécessité de rétablir l'équilibre entre le prestataire et le bénéficiaire de services[833]. Les éléments aggravants de ce déséquilibre inhérent à la relation se voient précisés par madame J. GAUBERT qui expose que dans un tel contexte, « *le patient ou le consommateur doit en effet surmonter des difficultés liées à la langue utilisée par le prestataire* ». Par ailleurs, le bénéficiaire de service, déjà ignorant des techniques et des conditions d'exercice de la profession médicale dans son propre État, se trouve confronté à un praticien œuvrant sous une législation qui lui est étrangère. L'emploi simultané du terme patient et de consommateur préfigure leur similitude au niveau européen. Ces ressemblances permettent d'estimer que les éléments de protection de l'un peuvent compléter ceux de l'autre.

B. Une exhaustivité avantageuse du droit de la consommation

L'opportunité de l'emploi du statut de consommateur à l'instar de celui du patient. L'emploi des dispositions relatives au consommateur possède un intérêt par l'absence de règles contraignantes dans les règlements applicables au tourisme médical et face à la légèreté des dispositions du droit dérivé[834]. La pertinence de son emploi peut se trouver dans l'article 169 du TFUE qui dispose que « *L'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs* »[835]. Les enjeux économiques de la mise en œuvre de la responsabilité médicale en matière de tourisme médical peuvent dans le contrat et dans l'attitude des parties être associés à la compétence de l'Union à protéger la santé du consommateur. L'emploi des dispositions relatives au consommateur, issues des règlements Bruxelles I et Rome I révèlerait une pertinence certaine. En outre la protection établie au sein du TFUE constitue un droit fondamental de l'Union par l'article 38 de la charte des droits fondamentaux de l'Union[836], à la normativité égale au Traité depuis l'entrée en vigueur du

[833] En ce sens CJUE, 15 juin 1999, n° C - 140/97, Rec. I- 03499, note M. Ch. BOUTARD-LABARDE, La Semaine juridique, 1999 ; D. SIMON, Europe, août 1999, p. 10 ; L. IDOT, Europe, août 1999, p. 29 ; G. JAZOTTES, M. LUBY, S. POILLOT-PERUZZETTO, « Droit européen des affaires. Les politiques communes », R.T.D. com., 2000, p. 262 ; L. BERNARDEAU, « Système juridique communautaire et protection du consommateur », Contrats. conc. conso., 2000, p. 12. ; J. BEAUCHARD, Droit de la distribution et de la consommation, PUF, 1996, p. 34

[834] *supra p. 11 s.*

[835] Traité FUE Art. 169, préc.

[836] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, art. 38. *« un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union ».*

Traité de Lisbonne[837]. Certains auteurs[838] voient alors dans le patient un sous-ensemble du consommateur. En outre, la similitude de leur statut tend à exclure une approche contractuelle. Car, qualifier la relation de contrat commun constituerait une véritable discordance avec la recherche d'une protection particulière du patient. Un tel régime dissocierait de la notion de la partie faible qui constitue le fondement de son statut au niveau communautaire.

D'un rapport d'influence à une confluence des droits. Le droit de la santé contribue de manière certaine au Droit de l'Union. Il revient donc d'apprécier son incidence propre sur les dispositions partagées du droit de la consommation. La notion de partie faible et de déséquilibre contractuel légitime la mise en œuvre de règlement européen de protection. La réalisation du propre statut juridique du patient emprunte au statut de consommateur. Et même s'il tend à s'en éloigner par la mise en œuvre contemporaine d'un régime autonome, certaines protections restent à être établies de manière spécifique pour le patient. La seule présence de droit dérivée pour résoudre la question de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable tend à exposer une certaine lacune que l'Union n'a pas encore corrigée. Face à ces éléments et par l'existence d'un régime de protection du consommateur au titre du droit international privé applicable dans l'Union, le rapprochement de la notion de patient à celle de consommateur apparait non négligeable. L'influence même du droit de la consommation dans l'établissement du régime protecteur le démontre, le droit de la consommation a pour finalité de rééquilibrer les échanges contractuels. Si la relation de soin s'intègre naturellement dans le droit commun des contrats, l'existence d'un déséquilibre impose la mise en œuvre des règles de rééquilibrages présentes en droit de la consommation.

[837] Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007219, JO, C 306, 17.12.2007 p.1-271 art.129
[838] J. MEL, La notion de consommateur, LPA, *op.cit., p. 95*

Titre II : Les conséquences découlant de la qualification en droit de la consommation

Pour reconnaitre qu'une qualification de la relation de soin dans le cadre du tourisme médical en contrat de consommation est envisageable, il convient d'étudier les conséquences d'une telle interprétation. En effet, dans le cadre d'une approche fonctionnelle de la qualification, il revient d'appréhender les effets qu'un tel régime entraine en matière de protection du patient. La Cour de justice de l'Union européenne étant seule à pouvoir interpréter cette qualification éventuelle, il est possible d'apprécier son futur raisonnement au titre des conséquences processuelles qu'elle souhaiterait obtenir. Si recourir à une approche consumériste de la relation de soin apparait favorable pour le patient, cela constituerait pour la Cour un argument en faveur d'une potentielle qualification en ce sens. Pour apprécier ces avantages, un raisonnement dichotomique s'avère nécessaire. Pour établir les effets processuels d'une telle qualification, il convient de voir en quoi cette dernière influence le régime applicable (Chapitre I). Ceci étant un prérequis pour comprendre l'application du régime sur le patient et sur les potentielles voies d'amélioration envisagée (Chapitre II).

Chapitre I : Les conséquences de la qualification sur le régime applicable

L'appréciation d'une relation de soin en contrat de consommation au regard des règlements européens entraine des effets de deux natures. Au titre des règlements Bruxelles I bis et Rome I, une telle qualification engendre l'application des dispositions protectrices du consommateur (Section I), et s'étend également aux actions en indemnisation du fait d'une infraction commise par le prestataire de service en santé (Section II).

Section I : Les effets du régime sur les règles de conflit

Le règlement de Bruxelles I et le règlement Rome I ont établi en leur sein des dispositions particulières de protection du consommateur tant en matière de conflit de juridictions que de conflit de lois. Ces dispositions recherchent à établir un régime permettant la qualification de partie faible du consommateur. Ces modalités protectrices restent, toutefois, conditionnées dans leurs exercices à certains éléments. En outre, la mise en œuvre de ce régime d'exception aux dispositions relatives au droit commun varie en fonction des textes visés et de la nature du litige. La protection de la partie faible consommateur s'illustre différemment en fonction de l'existence d'un conflit de juridictions (sous-section I) ou d'un conflit de lois (sous-section II).

Sous-Section I : La résolution du conflit de juridictions

La survenance d'un litige portant sur la réparation du préjudice d'un patient qualifié de consommateur relève des articles 17 et 19 du règlement de Bruxelles I bis. Ce régime accordant une compétence spéciale aux tribunaux du lieu de résidence habituelle du consommateur apporte une protection au patient dans la mise en œuvre d'une action en réparation. Au-delà de ce mécanisme protecteur, c'est un véritable droit d'option qui est accordé au consommateur (Paragraphe I). Toutefois, ces dispositions sont sujettes à limitation. Certes encadrées, mais existantes, les clauses attributives de compétence peuvent limiter les options accordées aux consommateurs (Paragraphe II).

Paragraphe I : Une attribution de compétence favorable au consommateur demandeur

L'application des règles de conflit applicable au contrat de consommation prévues par le règlement Bruxelles I introduit un régime favorable au consommateur. Le règlement dispose à cette occasion d'une faculté d'option laissée à ce dernier pour déterminer la juridiction à saisir (A.). Cette faculté apparait pertinente au regard du secteur de la santé, cette option n'étant pas conditionnée à la qualité des parties (B.)

A. La mise en œuvre d'une option au profit du patient consommateur

Établissement d'une option de compétence au profit du consommateur. L'article 18 du règlement Bruxelles I bis dispose dans son alinéa premier d'un mécanisme discrétionnaire d'attribution de compétence juridictionnelle au profit du consommateur. La lettre du texte énonce « *L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit, quel que soit le domicile de l'autre partie, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié.* »[839]. Le consommateur, en position de demandeur, dispose alors d'une option : saisir la juridiction du lieu de résidence habituelle de son prestataire ou bien engager l'action devant la juridiction de son propre domicile.[840] Des éléments renforcent davantage ces dispositions. D'une part, il est notable de remarquer que l'option du consommateur est étendue au deuxièmement de l'article 17, aux établissements non-ressortissants de l'Union, mais disposant d'une succursale sur le territoire. L'action du consommateur peut alors être intentée au lieu de résidence de ladite succursale[841]. La limite de cette disposition revient alors à l'établissement ne disposant pas de telles antennes. La Cour de justice de l'Union a reconnu la limite dans ce cadre dans l'arrêt *Brenner et Noller contre Dean*

[839] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, Art. 18.
[840] J.-P BERAUDO, « Compétences en raison de la matière : contrats d'assurance et contrats conclus par les consommateurs », JCl. Europe traité. Fasc. 3010, LexisNexis, 2019. P. 168
[841] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, Art. 17 al. 1, préc. « *2. Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État membre. »*

Witter Reynolds.[842]Dans ce cas de figure, les dispositions générales du règlement tendent alors à s'appliquer, ce qui engendre la nécessaire interprétation de la Loi du contrat pour déterminer la compétence juridictionnelle. D'autre part, la Cour de Justice tend à interpréter largement la notion de professionnel auquel se voit appliqué ce régime spécial d'attribution de compétence. Dans l'arrêt, *Melatic*[843], le terme « *d'autre partie au contrat* » mentionné à l'article 18 du règlement[844] est apprécié non sans une certaine largesse. Dans ledit arrêt, la règle d'attribution de compétence est ainsi étendue à l'agence touristique partie au contrat, mais comme simple intermédiaire avec une organisatrice de voyage ayant sa résidence dans le pays du domicile du consommateur. En outre, si la sollicitation d'action au lieu de résidence du professionnel existe, la compétence juridictionnelle au lieu de résidence du consommateur prédomine par les bénéfices pratiques qu'elle constitue pour le demandeur. Cette position entretenue par le législateur européen tend alors à se renforcer au regard de la position du professionnel demandeur.

B. L'établissement d'un régime conditionné à la qualité des parties.

La négation de l'option au détriment du professionnel. De manière notable, l'alinéa 2 du règlement de Bruxelles ne dispose pas d'un droit d'option pour le professionnel demandeur qui se doit d'engager son action exclusivement au domicile du consommateur. L'option du professionnel est rejetée, car "*L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.* [845]« En ce sens, la Cour de justice motive sa position dans l'arrêt *Maximilian Shrelms*[846] en justifiant cette inégalité du régime « *par le souci de protéger le consommateur en tant que partie au contrat réputée économiquement plus faible et juridiquement moins expérimentée que son cocontractant* »[847]. Le régime institue un déséquilibre dans la détermination de la compétence en fonction de la qualité du demandeur. Un équilibre répond alors à un autre pour établir un régime protecteur du consommateur.

[842] CJCE, 15 sept. 1994, n° C-318/ 93, Brenner et Noller c/Dean Witter Reynolds : Rec. CJCE 1994, I, p. 4275 ; JDI 1995, p. 476, obs. J.-M. BISCHOFF ; Rev. crit. DIP 1995, p. 754, note R. LIBCHABER.
[843] CJUE, 14 nov. 2013, n° C-478/ 12, Maletic, Procédures 2014, comm. 8, obs. C. NOURISSAT Europe 2014, comm. 49, obs. L. IDOT Gaz. Pal. 2014, n° 9, p. 9, obs. S. Prieur Doctrine belge et luxembourgeoise : REDC 2015/2, p. 77, note S. BOGDANOV
[844] L'arrêt étend rendu sous légiste du règlement de Bruxelles I avant sa refonte, l'arrêt mentionne l'article 16 et non 18. Les articles sont néanmoins identiques.
[845] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, préc. Art 18. 2.
[846] CJUE, 25 janv. 2018, n° C-498/16, Maximilian Schrems
[847] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, préc. pt. 34

Toutefois, l'autonomie laissée aux parties par la réalisation de clause attributive de compétence peut être source d'un régime contractuel d'attribution déséquilibré.

Paragraphe II : Un rejet de principe des clauses d'attribution de compétence

Tout régime favorable à une partie au contrat doit être apprécié au regard des clauses pouvant venir porter atteindre à l'équilibre contractuel. De ce fait, si l'existence d'une option pour le consommateur constitue un avantage pour lui, alors, il convient d'étudier si des dispositions contractuelles peuvent porter atteinte à cette faculté d'option. Or, une telle atteinte, constituée dans le cadre des règles de conflit de juridictions par une clause attributive de compétence, trouve sa mise en œuvre fortement conditionnée (A.). La qualité de consommateur permet, en effet, de venir contrôler la rédaction de ces clauses au titre de la protection face aux clauses abusives (B.)

A. Une mise en œuvre limitée des clauses attributives de juridiction.

Une mise en œuvre autorisée par le règlement. L'article 19 du règlement de Bruxelles prévoit que des conventions convenues entre les parties peuvent déroger au régime d'attribution de compétence prévu au titre des contrats de consommation.[848] Deux conditions cumulatives sont alors exigées. D'une part, la convention doit être établie avant la naissance d'un litige. D'autre part, la clause convenue doit autoriser la saisine d'autres juridictions que celles prévues par l'article 18, ou doit permettre de saisir la juridiction du lieu de résidence habituelle des parties au moment du contrat, si les deux parties y avaient leur résidence habituelle. Cette dernière mention reste toutefois conditionnée au fait que l'État de résidence des parties, au moment de la conclusion, autorise de telles clauses. Dans le cadre du droit français, l'article 48[849] du Code de procédure civile interdit de telles conventions, exception faite des contrats réalisés entre commerçants. Concernant la disposition relative à la saisine d'une autre juridiction, il convient

[848] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil , préc, Art. 19. :
Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions :
1) postérieures à la naissance du différend ;
2) qui permet au consommateur de saisir d'autres juridictions que celles indiquées à la présente section ; ou
3) qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, attribuent compétence aux juridictions de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions.
[849] pr. civ. Art. 48.

de souligner qu'elle est accordée au bénéfice unique du consommateur. Dans le cas d'un professionnel demandeur, la règle de principe de saisine de la juridiction du lieu de résidence du consommateur ne saurait être écartée. La doctrine souligne en ce sens que l'admission de clause attributive reste « *Très restreinte* »[850]. Néanmoins, les clauses établies peuvent également limiter l'action du consommateur au lieu de sa résidence, dans le cadre d'un litige survenu postérieurement à la convention, s'il a consenti à une telle restriction de ses options. Une clause prévoyant la compétence exclusive de la juridiction du lieu de résidence du professionnel peut dans ce cas être admise. Toutefois, de telles clauses qui limitent les options du consommateur restent conditionnées à leur caractère non abusif.

B. Des clauses attributives de compétence présumées abusives

La nécessaire démonstration d'une négociation préalable à la rédaction de la clause. L'article 17 du règlement de Bruxelles valide l'existence de clauses attributives de compétence mais, de telles conventions ne peuvent se réaliser que dans le respect des autres règles communautaires protectrices du consommateur. En ce sens, de telles clauses doivent respecter la Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 qui dispose dans son article 3, les critères permettant d'appréhender une clause abusive. Le premièrement de cet article dispose qu'» *Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.* » Toute clause doit par conséquent faire l'objet d'une négociation individuelle préalable pour être considérée comme valide. Les dispositions aux alinéas suivants précisent alors que toutes clauses rédigées préalablement sont présumées non négociées.[851] Le consommateur se voit donc protégé contre les clauses standardisées[852]. Un véritable régime de présomption d'absence de négociation est alors mis en œuvre en présence de telles

[850] J.-P BERAUDO, « Compétences en raison de la matière : contrats d'assurance et contrats conclus par les consommateurs », *op.cit.,* p. 172

[851] Dir. (UE) 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, Art. 3. 2° : *« Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion. »*

[852] En ce sens, CJCE, 27 juin 2000, n° jtes C-240/98 à C-244/98, Océano Grupo Editorial SA c/Rocio Murciano Quintero et a. : Rec. CJCE 2000, I, p. 4941. ; CJCE, 4 juin 2009, n° C-243/ 08, Pannon GSM Zrt. c/Eszsébet Sustikné Gyorfi : Rec. CJCE 2009, I, p. 4713 ; RTD civ. 2009, p. 684, obs. P. REMY-CORLAY

conventions[853]. L'articulation du règlement et de la Directive, tend ainsi à remettre en cause l'existence pratique de telles clauses attributives. Il paraîtrait fort peu probable qu' « *un consommateur négocie une clause tendant à la mise en œuvre d'un régime moins favorable que celui initialement prévu par son droit.* » Toutefois, ne peut pas être exclue l'attitude du professionnel qui pourrait exposer une série de contrepartie, notamment financière à cette renonciation. En outre, la mise en œuvre de ce régime d'exclusion et l'analyse du caractère abusif de la clause sont conditionnées à sa mention par le demandeur. La Cour de Justice de l'Union a pu relever la compétence d'une juridiction au titre d'une clause attributive potentiellement abusive, mais non contestée par le demandeur[854]. Toutefois, dans le cas d'une reconnaissance tacite de la clause par les parties devant la juridiction de fond, l'article 26 paragraphe 2 du règlement (UE) n° 1215/2012 impose au juge du fond l'information du consommateur sur sa capacité de recours face ladite clause. La doctrine souligne néanmoins que les modalités de dispersions de l'information n'ont pas fait l'objet de précision[855]. Les seules précisions existantes se trouvent dans la base de données du « *réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale* » dont les documents mériteraient pour M BERAUDO d'être « améliorés »[856]. Malgré ces précisions procédurales encore manquantes, il convient de relever que la protection du droit d'option du consommateur lui permettant de recourir aux juridictions de son lieu de résidence reste préservée, notamment par les limitations apportées aux clauses attributives de compétence. L'attitude protectrice du législateur européen en la matière s'étend également au conflit de lois.

Sous-Section II : La résolution du conflit de lois

Par une approche transversale de la résolution des conflits de Loi et de juridiction, il convient de mentionner une logique inversée dans l'emploi du règlement Rome I. Dans le cadre du règlement de Bruxelles I bis, la présence de clause attributive de juridiction reste l'exception au principe d'option du consommateur, en matière de loi applicable, l'autonomie des parties relève du principe. Ces différences paraissent majeures à première lecture, mais la mise en

[853] Dir. (UE) 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, Art. 3. Al. 4 : *« Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe. »*
[854] CJUE, 20 mai 2010, n° C-111/ 09, préc. n° 133
[855] J.-P BERAUDO, « Compétences en raison de la matière : contrats d'assurance et contrats conclus par les consommateurs », *op.cit.,* p. 133
[856] J.-P BERAUDO, « Compétences en raison de la matière : contrats d'assurance et contrats conclus par les consommateurs », *ibid.*

œuvre du règlement Rome I revêt des similitudes importantes avec les autres règles de droit international privé. In régime de principe est donc fondé sur la loi des parties (Paragraphe I), mais des atténuations sont établies au titre des lois de police et des Directives sectorielles (Paragraphe II).

Paragraphe I : Un régime fondé par principe sur la loi des parties

Contrairement au règlement de Bruxelles I, le règlement Rome I laisse une place particulière à l'autonomie des parties notamment au regard de la loi applicable. En effet, la mise en œuvre d'un régime particulièrement protecteur du consommateur ne se réalise que dans le cadre où une clause de loi applicable n'est pas stipulée. Néanmoins, au regard de sa qualité de partie faible, le consommateur se voit assurer une certaine protection face à son cocontractant dans la rédaction de ces dispositions (A.). Ces limites drastiques laissent donc au régime une place cardinale, à l'absence de choix. (B.).

A. Un choix de détermination de la Loi applicable conditionnée

Une mise en œuvre conditionnée de la possibilité de choix de la loi applicable. La logique des rédacteurs de la convention de Rome, et par la suite du règlement Rome I, reste d'établir une protection du consommateur en accord avec le principe cardinal d'autonomie des parties. En ce sens, l'article « *du règlement Rome I prévoit ainsi un principe d'autonomie des parties dans le choix de la Loi applicable au contrat*[857] ». Ce principe s'étend au contrat de consommation au titre du deuxièmement de l'article 6 du même texte[858] qui renvoie littéralement à l'article 3. Cependant, la transposition du principe au titre des contrats de consommation reste conditionnée. La mise en œuvre de gardes de fou à l'application plénière

[857] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art.3. 1° : *« 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. »*

[858] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art.6. 2° : *« Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1. »*

de l'article 3, par le législateur européen tend à répondre à une interrogation de certains auteurs qui écrivent « *Comment la protection du consommateur est-elle assurée ?* »[859]. Une proposition de la commission de décembre 2005 tendait initialement à ne pas ouvrir au contrat de consommation la rédaction de clauses de détermination de la loi applicable. Le régime en place tend ainsi à autoriser le recours à de telles clauses en limitant dans le même temps sa portée. En effet, le choix des parties « *ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle* »[860]. La doctrine a néanmoins souligné que cette disposition pouvait avoir deux interprétations bien distinctes. D'une part, que les dispositions obligatoires du pays de résidence primeraient en toute circonstance, quand bien même ces dernières s'avéraient moins favorables à la protection du consommateur. D'autre part, et en contradiction avec une interprétation stricte de la lettre, que les règles protectrices du lieu de résidence du consommateur ne constitueraient qu'une protection *a minima* qui n'empêcherait pas de retenir des dispositions étrangères plus protectrices.[861] L'arrêt *Unamar* [862]tend à confirmer la seconde interprétation en admettant l'applicabilité de la loi étrangère plus favorable aux agents commerciaux. Toutefois, des critiques sont soulevées par la doctrine qui souligne l'aspect subjectif de l'interprétation d'une loi quant à son caractère plus protecteur[863]. Le choix de la loi applicable se trouve ainsi fortement limité dans le cadre des contrats de consommation, car les clauses exprimant ce choix peuvent se voir opposées les dispositions les plus avantageuses au consommateur. Le principe de libre choix reste cantonné et en pratique peu utilisée. Ce constat n'en est que renforcé au regard des clauses abusives.

Une mise en œuvre conditionnée par l'absence de clauses réputées abusives. Le règlement relatif aux clauses abusives[864], employé au titre des clauses attributives de compétence[865] se

[859] H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008 », *op.cit.,* p. 39

[860] H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008 », *Ibid.* p. 39

[861] H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008 », *ibid.* p. 39

[862] CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/ 12 : D. 2014, p. 60, note L. d'AVOUT ; JCP G 2013, 2222, obs. C. NOURISSAT ; JDI 2014, p. 625, note J.-M. JACQUET ; RDC 2014, p. 80, obs. P. DEUMIER

[863] H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008 », *Ibid.* p. 34 « l'expérience a prouvé que, en droit international privé, il n'est pas toujours simple de déterminer la loi "la plus favorable" »

[864] Dir. (UE) 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, préc.

[865] *infra* p. 223

voit également applicable aux clauses qui déterminent la loi applicable. L'arrêt *Amazon* de la Cour de justice témoigne de cette protection[866]. Dans cette affaire, les Juges du Luxembourg reconnurent comme abusive la clause *d'électio juris,* car le consommateur n'était pas averti qu'une telle clause se réalisait sans préjudice des dispositions impératives protectrices en vigueur dans son État de Résidence. Dans le même sens l'arrêt *VKL c/ TVP* [867]rappelle que de telles clauses nécessitent une négociation individuelle pour être réputé valide. En outre, les juges du fond, notamment français rappellent ces exigences. Dans un arrêt du 11 octobre 2017[868], la Cour de cassation conditionnait la validité de la clause *d'electio juri* à la démonstration que le consommateur a précisément désigné les dispositions impératives dont il entend bénéficier. La Doctrine souleva l'aspect parcellaire de cette position quant à la charge de la preuve de cette démonstration[869]. De l'ensemble de ces dispositions qui limitent le principe d'autonomie dans le choix de la loi applicable, il convient d'apprécier que de telles clauses voient leur portée limitée au point qu'il apparait judicieux de reconnaitre implicitement que la règle de résolution de conflit en l'absence de choix relève du principe et non de l'exception.

B. La règle de résolution de conflit en l'absence de choix.

La détermination de la loi du lieu de la résidence habituelle du consommateur. L'article 6 du règlement dans son paragraphe premier tend à reconnaitre à défaut de choix des parties la loi applicable du lieu de résidence du consommateur.[870] Les auteurs de doctrine tendent à reconnaitre, non sans un certain pragmatisme, ces dispositions. En effet, cette règle conflit, ne signifie pas que la loi appliquée sera la plus favorable pour le consommateur. Par exemple, un patient étranger qui réalise un acte dans un pays aux lois plus protectrices ne pourra s'en prévaloir. Il n'en reste pas moins que ce dernier bénéficie d'une protection « *qu'il peut*

[866] CJUE, 28 juill. 2016, n° C-191/ 15, VKI c/AMAZON : D. 2016, p. 2315, note F. JAULT-SESEKE ; D. 2017, p. 1016, obs. H. GAUDEMET-TALLON

[867] CJUE, 3 oct. 2019, n° C-272/ 18, VKI c/TVP Treuhand, prec.

[868] Cass. 1re civ., 11 oct. 2017, n° 15-23.435 : D. 2018, p. 966, obs. S. CLAVEL ; D. 2018, p. 1934, obs. L. D'AVOUT

[869] H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008 », *op.cit.*, p. 88 s.

[870] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, art.6. 1. : *« Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après "le consommateur"), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après "le professionnel"), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel : »*

facilement connaitre et sur l'application de laquelle il peut légitimement compter»[871]. Ce régime en l'absence de choix reste par contre conditionné à ce que le professionnel ait dirigé son activité vers le pays de résidence du consommateur ou que le contrat a été conclu en ce lieu. Le législateur européen établit alors que le professionnel qui oriente ses prestations vers le pays du consommateur reconnaît l'application des règles protectrices de celui-ci. Une telle position fait nécessairement écho au propre régime en matière de conflit de juridictions. L'article 17 du règlement Bruxelles I bis dispose d'un conditionnement analogue des règles spéciales de résolution des conflits.[872] Le régime mis en place n'en reste pas moins limité dans son application par la présence de plusieurs atténuations à l'applicabilité du règlement Rome I.

Paragraphe II : Une règle de conflit sujette à des atténuations

Si les règles de conflit de lois constituent un régime particulier pour le consommateur garantissant une protection existante, mais limitée de ces intérêts. D'autres séries d'atténuation peuvent permettre sa protection. Des atténuations sont ainsi prévues aux règles de conflit en matière de Lois de police (A.), mais aussi au regard de certaines directives sectorielles qui viennent constituer un régime secondaire de résolution du conflit pour certains cas particuliers (B.).

A. Une atténuation au regard des lois de police.

La résolution du conflit de lois dans le règlement Rome I ne saurait se réaliser sans la mise en perspective de ses articles 6[873] et 9[874].. En effet, le deuxièmement de ce dernier dispose que les règles de conflit édictées au sein du règlement ne priment pas sur les lois de police du juge saisi

[871] H. GAUDEMET. TALON, « Détermination de la loi applicable. – Domaine de la loi applicable », JCl Droit international, fasc.552-15, Lexisnexis, 2020, pt. 70
[872] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, Art. 17
[873] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, préc. Art 6. Prévoit la règle de conflit applicable au consommateur.
[874] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, préc. Art. 9 2° : *»Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi.* » le premièrement de l'article définit ce qu'il est entendu pour l'union en terme de loi de police *« Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. »*

L'articulation avec le principe de détermination de la loi applicable au lieu de résidence du consommateur en devient alors délicate et source de plusieurs positionnements doctrinaux. M. LAGARDE[875] interprète ces dispositions en exposant que ne devraient s'appliquer que les lois de polices, désignant directement le consommateur, et non des lois de polices à portée générale. L'article 6 viendrait alors limiter la portée de l'article 9. La jurisprudence allemande semble dans un arrêt « *des grandes Canaries* »[876] avoir reconnu une telle application. Le *Bundesgerichtshof* définit l'article 5 de la convention de Rome devenue par la suite l'article 6 du règlement comme une clause spéciale d'application des lois de polices qui tendrait à venir atténuer la portée de l'article 9 du règlement. Celui-ci, en dehors de ce cas particulier, peut être apprécié pour les juges allemands de manière plénière. Une seconde partie de la doctrine n'apparait pas néanmoins favorable à cette position en ayant recours à des arrêts rendus par des juridictions cette fois françaises. En ce sens, Mme M.L NIBOYET-HOEGY[877] expose que l'article 9 du règlement pourrait se voir appliqué uniquement au cas où le contrat de consommation échapperait aux dispositions de l'article 6. La loi de police primerait alors pour les contrats réalisés par des professionnels dans le cadre de leur activité vers le lieu de résidence du consommateur ou n'auraient pas conclu de contrat dans cet État. Cette position partagée par d'autres auteurs[878] permettrait une articulation des deux articles de manière à augmenter la protection du consommateur « *même s'il ne se trouve pas dans l'une des circonstances prévues à l'article 5 de la convention* »[879]. À la différence de leurs homologues allemands, cette seconde interprétation semble être retenue par les juridictions françaises dans l'arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 2006[880]. Quelques années auparavant, une telle position avait déjà été

[875] P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », Rev. crit. DIP 1991, p. 316, note 76

[876] P. LAGARDE, Rev. crit. DIP 1998, p. 610, : Dans l'exemple pris précédemment du consommateur faisant un achat dans un autre pays que celui de sa résidence, en dehors des circonstances visées par l'article 5, il serait ainsi encore concevable de le faire bénéficier de la protection des lois de sa résidence, sur le fondement de l'article 7 paragraphe 2, s'il est établi que celles-ci entendent régir de tels achats à l'étranger […] »

[877] M.L. NIBOYET-HOEGY, « CONTRATS INTERNATIONAUX . – Détermination du droit applicable . – Principes concurrents du principe d'autonomie » JCl. Droit international, fasc. 552-40, lexisnexis, 2018 p. 8

[878] A. SINAY-CYTERMANN, « La protection de la partie faible en droit international privé », *in Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 737 ;

[879] Nouvellement Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, préc. Art. 6 ; H. GAUDEMET. TALON, « Déter H. GAUDEMET. TALON, « Détermination de la loi applicable. – Domaine de la loi applicable », *op.cit.*, pt. 71mination de la loi applicable. – Domaine de la loi applicable », *Ibid.*, pt. 71

[880] Cass. 1re civ., 23 mai 2006, n° 03-15.637 : Rev. crit. DIP 2007, p. 85, note D. COCTEAU-SENN ; D. 2006, AJ p. 1597, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2007, pan. p. 1754, obs. P. COURBE et

esquissée par un arrêt de cassation du 19 octobre 1999, qui tendait à reconnaitre l'applicabilité de l'article sur les lois de police à la non-mise en œuvre de l'article relatif au contrat de consommation. La cassation de l'arrêt limitait sa portée, mais ne concernait pas cette question. Les juges avaient cassé l'arrêt rendu sur le fondement de l'inapplicabilité de la convention à un contrat antérieur à sa mise en œuvre. Face à ces divergences franco-germaniques, la Cour de justice de l'Union européenne reste encore silencieuse. Cependant, certains auteurs de doctrine tendent à exposer que la seconde interprétation, celle française, correspondrait davantage à l'attitude protectrice à l'égard du consommateur entretenue par les juridictions européennes. [881]Mme GAUDEMET-TALON légitime une telle prise de position au regard de l'arrêt *Unamar* qui tend à assurer en toute circonstance l'emploi des dispositions européennes les plus protectrices du consommateur. Sans plus de précision de la Cour de justice, il convient néanmoins d'étudier la portée limitée de l'atténuation érigée par les lois de polices sur les principes de détermination de la loi applicable au lieu de résidence habituelle du consommateur. Il convient d'apporter dans le même esprit, l'articulation du règlement Rome I avec les directives sectorielles en droit de la consommation.

B. Des atténuations au regard des directives sectorielles.

Des directives sectorielles, sources de règles de résolution et conflit de lois dérivées. Le règlement Rome I ne dispose pas d'un monopole concernant la mise en œuvre de règles de résolution des conflits de lois en matière de contrat de consommation. Les différentes directives sectorielles réalisées au titre de la protection du consommateur ont, elles aussi, établi des règles particulières de résolution. L'articulation entre ces deux ensembles de règles engendra des confusions soulignées par la doctrine[882]. Très tôt, l'article 5 de la convention de Rome fut mis en perspective avec l'article 6 de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives. Non sans

F. JAULT-SESEKE ; RDC 2006, p. 1253, obs. P. DEUMIER ; JCP G 2007, I, 109, n° 10, obs. M. ATTAL ; Dr. et patrimoine déc. 2006, p. 80, note M.-E. ANCEL ; JDI 2007, p. 537, note A. SINAY-CYTERMANN ; et l'article de P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation (nature de l'article 5 de la convention de Rome du 19 juin 1980)* : D. 2006, p. 2464 et du même auteur : « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe. Sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la convention de Rome du 19 juin 1980 *», in Mélanges en l'honneur de Ph. MALAURIE, Liber amicorum*, Defrénois 2005, p. 394 s., spéc. p. 407 à 411

[881] H. GAUDEMET. TALON, « Détermination de la loi applicable. – Domaine de la loi applicable », *op.cit.*

[882] En ce sens V. S. FRANCQ, Le droit international privé comme outil de régulation du marché intérieur : la consommation, in Conflits de lois et régulation économique : LGDJ, 2008, p. 115 et s., spéc. p. 125 et s

attendre, la mise en œuvre harmonisée de la résolution des conflits de lois, cette dernière disposait initialement dans son article 6 paragraphe 2[883] d'une règle de conflit de lois au titre du « *lien étroit* ». Le texte expose que peut être écartée la loi applicable déterminée par le juge du fond d'un état membre si une loi présente un lien plus étroit avec le contrat. Les règles nationales de conflit de lois se voient alors conditionnées à l'analyse par le juge de *ce* « *lien étroit* ». Les professeurs M. JAYME et M. KÖHLER, soulignaient alors la difficulté d'instaurer une définition commune du lien étroit, sa qualification étant délimitée au moment de la transposition de la directive[884]. Des difficultés quant à cette transposition furent révélées très tôt par la jurisprudence communautaire. Dans un arrêt *Comm c/Espagne*[885], La Cour de Justice sanctionna l'État espagnol pour avoir mal transposé le concept de « lien étroit » en établissant un régime trop restrictif de la notion[886]. Les règles de conflit présentes dans cette directive eurent alors tendance à se multiplier dans les différentes directives sectorielles,[887] « *non sans heurt* »[888]. Le règlement Rome I ne manqua pas de susciter des critiques[889], tous regrettèrent que le règlement ne porte pas dans sa rédaction, un mécanisme d'abrogation des dispositions des directives. Toutefois, la tendance reste à l'amélioration. En effet, la nouvelle directive sur les clauses abusives n°2011/83/UE, rappelle, dans son considérant 10, que la directive « *doit*

---

[883] *« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres »*

[884] (L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome : Rev. crit. DIP 1995, p. 1 s., spéc. p. 20

[885] CJCE, 9 sept. 2004, n° C-70/ 03, Comm. c/Espagne : JDI 2005, p. 819, note J.-S. BERGE et M.-N. BACHELLIER ; RDC 2005/3, p. 857, obs. P. DEUMIER

[886] CJCE, 9 sept. 2004, n° C-70/ 03, Comm. c/Espagne préc. p. 30 *« Si la notion délibérément vague de "lien étroit" que le législateur communautaire a retenue peut éventuellement être concrétisée par des présomptions, elle ne saurait en revanche être limitée par une combinaison de critères de rattachement prédéfinis, tels que les conditions cumulatives relatives à la résidence et à la conclusion du contrat visées à l'article 5 de la convention de Rome »* (pt 33)

[887] En ce sens Dir. (UE) n°1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation par l'ordonnance du 17 février 2005 ; Dir. (UE) 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, préc. (C. Cons. art. L. 232-1) ; Dir. (UE)1999/44/CE, remplacée par PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/771, 20 mai 2019, JOUE, n° L 136, 22.05.2019, p. 28 ; Dir. (UE) 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs , préc. ; Dir. (UE)2002/65/CE sur la commercialisation à distance de services financiers JOCE n° L 271, 9.10.2002, p. 16 ; Dir. (UE) 2008/122/CE concernant certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange lorsque le contrat est régi par la loi d'un État membre

[888] , P. ANCEL et P. FAUVARQUE-COSSON : RDC 2005/3, p. 879. ; B. MATHIEU, Directives européennes et conflits de lois : LGDJ, 2015, préf. D. BUREAU

[889] H. GAUDEMET-TALLON, « CONVENTION DE ROME DU 19 JUIN 1980 ET RÈGLEMENT « ROME I » DU 17 JUIN 2008. – Champ d'application. – Clauses générales » JCl. Europe Traité, fasc.3200, 2020, p. ; V. spéc. les trav. de la réunion de Rome, sept. 2000, in Rev. crit. DIP 2000, p. 929, ou in Le droit international privé en construction, vingt ans de travaux du GEDIP : Intersentia, 2011, p. 241

s'entendre sans préjudice du règlement 593/08 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. [890]La position du législateur européen tend ainsi à faire primer les règles de conflit général exposées et atténuées par ces dispositions. Ce constat peut s'étendre de la directive de soins transfrontaliers.

Une confusion écartée des règles de conflit indiquées dans directive sur les soins transfrontaliers. Il pourrait apparaitre à première lecture inopportun d'appréhender la directive sur les soins transfrontaliers comme une directive sectorielle. Néanmoins, dans l'hypothèse d'une relation de soin considérée comme contrat de consommation, la directive sur les soins transfrontaliers doit se confronter au règlement. Or, la directive dispose, au même titre que les directives sectorielles sus mentionnées, des règles de conflit de lois spéciales. Ce qui sollicite une nécessaire interprétation de ces règles face à celles introduites par le règlement. La directive prévoit, non sans imprécision, que le régime de détermination de la loi applicable relève de la responsabilité de l'État où le soin est réalisé[891]. Cette position sans contrevenir aux dispositions contenues dans le règlement, n'engendre pas une position des plus claires. La transposition de la directive ne saurait d'ailleurs venir l'éclaircir. Toutefois, dans une approche comparative avec la directive sur les clauses abusives de 2011, il convient de mentionner que la directive sur les soins transfrontaliers dispose, dans son article 2, que la directive se réalise « *sans préjudice du règlement 593/08* »[892]. Par cette position, le législateur tend également à harmoniser les règles de conflit en matière de relation de soin avec les règles générales prises par le règlement. Il convient alors d'apprécier que les règles de la directive ne pourraient rentrer en opposition avec celles du règlement Rome I, dans l'hypothèse toujours d'une qualification consumériste de la relation. La qualification en contrat de consommation de la relation de soin engendre ainsi des conséquences en termes de droit international privé que les règlements Bruxelles I et Rome II tendent à préciser. Mais, ces conséquences ne s'arrêtent pas à la résolution des règles de conflit et s'étendent aux actions en indemnisation.

---

[890] Sur l'articulation entre le règlement Rome I et la directive sur les clauses abusives, CJUE, 28 juill. 2016, n° C-191/15, Amazon, préc. ; CJUE, 3 oct. 2019, n° C-272/ 18, VKI c/TVP, préc. n° 68

[891] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011, préc. Art. 5

[892] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011, Art. 2. q) « *le règlement (CE) no 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (33), le règlement (CE) no 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) (34) et d'autres règles de droit international privé de l'Union, notamment celles relatives à la compétence judiciaire et au droit applicable.* »

Section II : Les conséquences sur l'indemnisation

La mise en œuvre d'une qualification consumériste de la relation de soin revêt une série d'avantages propres, et d'autres communs par la nature initialement contractuelle de la qualification. Concernant les avantages communs que peut instituer cette approche, il convient d'apprécier que les limites processuelles à l'indemnisation s'avèrent identiques en matière de contrat de consommation. Ceci pourrait constituer un désavantage majeur pour retenir une telle approche fonctionnelle. Si peu d'éléments permettent la protection du patient, les conséquences de la qualification resteraient minimes, et limiteraient toute interprétation en ce sens par la Cour de Justice de l'Union européenne. Or, en présentant certains avantages particuliers quant à l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, le régime s'en trouve conforté. Les conséquences partagées par une reconnaissance contractuelle apparaissent certes limitées (sous-section I), mais les voies ouvertes par l'action collective constituent un avantage certain à cette approche (Sous-Section II).

Sous-Section I : Les effets sur les voies de recours individuelles

Le consommateur se voit offrir dans le cadre de son statut juridique, des voies de recours particulières susceptibles d'assurer sa protection juridique. Le recours du consommateur peut être de deux ordres : individuels et collectifs. Concernant les recours individuels, le consommateur dispose de deux d'actions. D'une part, une action contre l'assureur de l'auteur du dommage, l'action directe (Paragraphe I) et d'autre part, il peut céder ces droits à la réparation à un subrogeant, l'action subrogatoire (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les conséquences limitées de la qualification sur l'action directe

La qualification du patient en consommateur permet certains avantages à ce dernier en matière de juridiction compétente et de droit applicable. Toutefois, en matière d'action directe, ces avantages se révèlent être moindres. Le statut juridique de consommateur asemble avoir une incidence moindre dans le cadre de la recevabilité d'un recours par action directe (A.) Une seule exception peut néanmoins être rencontrée en matière d'action dictée en matière de produit défectueux (B.).

A. L'absence d'incidence du statut de consommateur

La primauté du statut d'assuré sur le statut juridique de consommateur. L'action directe est permise en matière de contentieux en santé, non du fait de la qualité de professionnel de l'auteur, mais au titre de sa qualité d'assuré. Il est alors possible d'apprécier que la qualification de contrats de consommation n'influence pas le recours à l'action directe. Toutefois, en n'ayant pas précisé un régime particulier au consommateur, les mêmes limites à cette action se retrouvent également lors d'une approche contractuelle générale.[893] En outre, ce régime affecte tous les professionnels de santé. La directive 2006/123/CE[894] relative aux services dans le marché intérieur impose aux prestataires de service l'obligation de s'assurer quand leur activité « *présente un risque pour la santé* »[895]. La transposition du conditionnement de l'activité médicale est ainsi intervenue par la directive sur les soins transfrontaliers[896]. Appliqué à la relation de soin, l'article 4 de la directive instaure une obligation pour les professionnels de santé de disposer d'une assurance. En établissant un contrat d'assurance professionnelle dans ces relations avec un patient consommateur, l'emploi de l'action directe en matière d'assurance se révèle possible, mais aussi souhaitable. La protection du consommateur semble entrainer une recevabilité accrue cette action.

L'absence d'incidence sur l'action directe de l'assureur de la victime. La mise en œuvre d'une action directe de la victime apparait potentiellement favorable, par la lecture des articles 9, paragraphe 1, sous b), et de l'article11, paragraphe 2 du règlement (CE) n° 44/2001. En effet, ces articles, au même titre que le statut de partie faible, ont pour objectif la protection de l'assuré. Toutefois, ce statut dispose de limites quand l'action est intentée par l'assureur de la victime. La Cour de justice de l'Union européenne eut l'occasion de rappeler sa limite dans plusieurs arrêts. D'une part, dans l'arrêt *Shearson lehman hutton* de 1993[897], la cession des droits des consommateurs ne permettait à l'organisme d'assurance de se prévaloir des dispositions favorables aux « *parties faibles* ». D'autre part, dans l'arrêt de 2009 *Vorarlberger*

[893] *Supra* p.130
[894] Dir. 2006/123/CE du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE, L376/36 27.12.2006 p. 50-82
[895] Dir. 2006/123/CE du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2006, préc. Art. 23 al. 1
[896] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 ,préc. art. 4.
[897] CJCE, 19 janv. 1993, n° C-89/91, Shearson Lehman Hutton, préc.

Gebietskrankenkasse c/WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs[898], cette même position est retenue pour l'assuré non-consommateur. Le bénéficiaire de la cession de droit ne saurait disposer des dispositions protectrices de l'assureur réputé partie faible. Il convient de retenir que le statut général de consommateur, ou d'assuré, n'apporte qu'une protection individuelle en matière de détermination de la juridiction compétente et de la Loi applicable. Les assureurs des victimes qui souhaitent se retourner contre l'assureur de l'auteur se trouvent privés de cet avantage. Ce qui peut, d'une certaine manière, constituer un argument pour limiter la mise en œuvre d'action subrogatoire.[899]

Une absence d'incidence sur l'application du régime général. Concernant la recevabilité de l'action directe, elle fut originellement source d'une jurisprudence inconsistante. Cette voie de recours n'était organisée, au départ, que dans le cadre d'une responsabilité délictuelle[900], et son extension au domaine contractuel demeure une œuvre prétorienne critiquée[901]. Le régime établi, notamment par la Cour de cassation dans les jurisprudences du 9 septembre 2015[902] et un arrêt du 20 décembre 2000[903], conditionnait l'application de l'action directe à sa reconnaissance par la loi applicable au litige, indépendamment de celle applicable au contrat d'assurance, même plus avantageuse. Un arrêt remarqué du 18 décembre 2019 semble remettre en question ces développements en exposant que la loi applicable est celle du contrat d'assurance et non du lieu de survenance du dommage. Cependant, la pérennité de cette jurisprudence dans le temps n'est pas actuellement établie et une incertitude demeure. Or, si la critique de la jurisprudence antérieure est admise du fait que la loi applicable aux contrats d'assurance était liée à la loi du lieu de survenance du dommage, les conséquences processuelles en matière de droit de la consommation tendraient à venir limiter ces incohérences. En effet, en instituant un régime permettant de reconnaitre majoritairement la loi applicable au lieu de résidence habituelle du consommateur[904], une protection juridique à son égard se voit établie. La jurisprudence *Unamar*

[898] CJCE, 17 sept. 2009, n° C-347/08, Vorarlberger Gebietskrankenkasse c/ WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG : Rec. CJCE 2009, I, p. 8661
[899] *infra* p. 241
[900] *supra* p. 124
[901] V. HEUZE, Rev. crit. DIP 2001. 682, J. BIGOT (dir.), J. KULLMANN et L. MAYAUX, Traité de droit des assurances, t. 5, Les assurances de dommages, préf. G. Durry, LGDJ, Lextenso éd., 2017, p. 708, n° 1721).
[902] Civ. 1re, 9 sept. 2015, n° 14-22.794, JCP 2015. 991, note F. MAILHE
[903] Civ. 1re, 20 déc. 2000, n° 98-15.546 et n° 98-16.103, Rev. crit. DIP 2001. 682, note V. HEUZE ; RTD com. 2001. 504, obs. B. BOULOC ; ibid. 1057, obs. P. DELEBECQUE ; RCA 2001, n° 132 ; JCP 2001. I. 338, obs. G. VINEY ; RGDA 2001. 330, note J. LANDEL ; ibid. 1065, note V. HEUZE ; Droit et patr., juin 2001, p. 122, obs. J. MONEGER
[904] *supra* p. 132

étant encore une fois un signe d'une interprétation toujours plus favorable au consommateur fait au régime général. Il semble alors possible que cette volonté puisse s'étendre à la recevabilité de l'action directe qui, plus avantageuse pour le patient, entrainerait au regard de la position jurisprudentielle l'emploi au contrat d'assurance de la loi la plus protectrice. Cette position particulière se justifierait par analogie avec les régimes voisins d'action directe mis en place au bénéfice du consommateur, notamment au titre des produits défectueux.

B. Une action directe préexistante en matière de produit défectueux.

Une exemption de la protection du consommateur en matière de prestation de service ; Admettre une recevabilité étendue de l'action directe en matière de consommation ne se fonde pas uniquement sur la position prétorienne de la Cour de justice en matière de protection du consommateur. L'action directe peut être admise pour le consommateur dans des conditions des plus favorables si, par analogie, est appréciée l'existence d'une action directe légale existante. Dans le domaine des produits défectueux, la directive 85/374/CEE [905] et ses diverses transpositions dans les droits des États membres, accorde au consommateur une action directe contre le fabricant du produit[906]. L'absence de contrat liant le fabricant et la victime du produit n'a alors pas d'incidence sur l'engagement de la responsabilité. La présence de chaine de contrat de vente n'obstrue pas l'action directe du consommateur. La victime se voit alors proposer une voie de recours particulièrement favorable à la protection de ces intérêts. Par analogie, l'action directe en matière de responsabilité du fait de la réalisation d'un acte médical pourrait être envisagée. En effet, dans le cadre des produits défectueux, les États membres sous l'égide de l'Union européenne, accordent une action directe en dehors de toute considération relative à l'existence d'un contrat ou de la loi applicable au litige. La mise en œuvre d'un régime si favorable invite à la réflexion. Si le législateur de l'Union a tenu à accorder une telle action en vue de protéger le consommateur, alors, l'interprétation de la Cour de justice pourrait aller dans un sens à retenir comme loi applicable celle autorisant de tels recours. La protection du consommateur s'en verrait renforcée et les errements jurisprudentiels retrouvés en matière contractuelle pourraient être écartés. Toutefois, le statut de consommateur n'apporte pas une

[905] Dir. 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux
[906] Dir. 85/374/CEE 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985, préc. Art. 1. s.

solution pareillement favorable en matière d'action subrogatoire. Le subrogeant perd les avantages du statut juridique du consommateur dans ce type d'action.

Paragraphe II : Les conséquences limitées de la qualification sur l'action subrogatoire

Le statut du consommateur, comme en matière d'action directe, ne génère pas la mise en œuvre d'un régime particulier. La qualification en consommateur n'a qu'une incidence partielle sur l'action subrogatoire (A.). Toutefois, et malgré ces limitations, cette voie d'action peut être envisagée par les assureurs du patient consommateur (B.).

A. L'absence partielle d'incidence du statut de consommateur.

Une action conventionnelle indépendante du statut de consommateur. Au même titre que l'action directe, la subrogation qu'elle soit légale ou conventionnelle[907] s'attache également à la notion d'assuré avant celle de consommateur. L'organisme d'assurance qui engage l'action subrogatoire au profit de l'assuré subrogé, le réalise du fait de la convention d'assurance ou par le fait de la loi[908]. Le statut du patient permet également la présence d'une forme de protection assurantielle proposée par les organismes d'assurance maladie[909]. Leur capacité à intenter des actions subrogatoires démontre la couverture systématique du patient. En droit de l'Union, les deux types de subrogation légale et conventionnelle s'établissent au regard des 14 et 15 du règlement de Rome[910]. La recevabilité au regard de ce texte s'établit au regard de la Loi applicable au contrat d'assurance[911], le statut de consommateur ne saurait influencer la détermination de la Loi. Ceci pourrait, d'une certaine manière, constituer un désavantage pour le consommateur. Dans le cadre d'une convention réalisée avec un assureur de même résidence, le consommateur, en fonction de sa nationalité, peut voir la subrogation limitée. Certains États en effet limitent l'action subrogatoire qu'en matière de droit réel[912]. En

[907] S. FRANCQ, « loi applicable aux obligations contractuelles : matière civile et commerciale », *op.cit.*, pt. 115
[908] CJUE, 9 octobre 2019 ; n° C-548/18., BGL BNP Paribas SA contre TeamBank AG Nürnberg, préc.
[909] *supra* p. 124
[910] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, préc. Art. 14. s.
[911] S. FRANCQ, « loi applicable aux obligations contractuelles : matière civile et commerciale », Ibid, pt. 134 ; Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, préc. Art. 3. s.
[912] GARCIMARTÍN ALFÉREZ, European Legal Forum 2008, I-78 ; sur la part des aspects contractuels et de droit réel de la cession de créance : M. BRIDGE, Law Quaterly Review 2009, 671-698

outre, dans le cas de subrogation conventionnelle et à défaut de choix des parties, la Loi applicable au contrat d'assurance est celle de la loi du lieu de résidence habituelle de l'assureur. Ceci constitue pour l'assuré un désavantage quant à la capacité à laisser son assureur se subroger dans ces droits. Ce régime de recevabilité de l'action se voit soumis à une application variable en fonction des États comme les jurisprudences européennes[913] et françaises[914] ont pu le souligner. Le statut juridique de consommateur apporte néanmoins une série de protections relatives aux clauses qui peuvent aménager le recours de l'assureur à la subrogation.

L'existence généralisée d'un consommateur d'assurance. La qualification de consommateur du patient entretient un lien étroit avec la notion d'assuré. « *Le consommateur d'assurance* »[915] se voit protégé d'une manière particulière face aux assureurs. Cette protection s'avère importante dans la situation où un assureur souhaiterait, par le jeu de la détermination de la loi applicable, limiter la recevabilité d'une action subrogatoire ou les voies de réparation de son assuré. Cette protection s'établit du fait de la nature contractuelle des conventions d'assurance[916]. Étant un contrat auquel peut être lié un consommateur, son rattachement au domaine du droit de la consommation ne pose guère de difficulté. La mention de l'assurance dans la directive sur les clauses abusives[917] confirme l'incidence du droit de la consommation sur le droit des assurances[918]. « *L'assuré-consommateur* » dispose donc d'une protection qui influence le recours à l'action subrogatoire, notamment au titre des clauses abusives. Si en effet, une clause de détermination de la loi applicable venait à être rédigée dans un contrat d'assurance portant sur le tourisme médical, alors, sa validité devrait être appréciée au regard du droit de la consommation sur les clauses abusives.

[913] CJUE, 9 octobre 2019 ; n° C-548/18., BGL BNP Paribas SA contre TeamBank AG Nürnberg. Préc.
[914] Civ. 1e, 23 janv. 2007, n° 04-16018 note RTD Com. 2007 p.625, obs. Ph. DELEBECQUe, Gaz. Pal. 13 avr. 2007, p. 20, obs. Fr. MELIN ; Civ. 2e, 16 mai 2012, n° 11-30027, ; Gaz. Pal. 2012, n° 265-266, p. 44, obs. J. MOREL-MAROGER ; Dr. et patr. 2013, n° 221, p. 67, note M.-E. ANCEL
[915] La protection du « consommateur » d'assurance : entre permanence et nouveauté, Colloque Lyon, RGDA 2014. 293.
[916] L. MAYAUX, Contrat d'assurance, Répertoire de droit civil, 2014 pt. 6 / « Le contrat d'assurance procède d'un accord de volontés, qui est source d'obligations. Sa nature contractuelle ne peut guère être contestée. »
[917] Dir. 85/374/CEE 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985, préc. Art. 23
[918] LAURENT FRANÇOIS-MARTIN, « Prohiber certaines clauses abusives pour protéger l'assuré, cahier pratique », l'argus des assurances.
URL : https://www.argusdelassurance.com/acteurs/assureurs/prohiber-certaines-clauses-abusives-pour-proteger-l-assure.49848

B. L'action subrogatoire envisagée pour l'assureur du consommateur patient

Un statut de consommateur source d'une protection face aux conventions d'assurance. Les clauses de loi applicable incluses dans les contrats d'assurance ne peuvent exister que dans le respect des dispositions européennes et nationales en matière de clauses abusives. La jurisprudence française à titre d'exemple, tend à assurer une protection particulière au « *consommateur d'assurance* ».[919] En développant un principe d'interprétation en faveur du consommateur,[920] la Cour de cassation est venue protéger le contrat d'assurance face aux clauses réputées abusives en droit de la consommation.[921] Les exigences de clarté dans la rédaction des clauses s'avèrent protégées[922]. La Cour de justice de l'Union européenne retient dans cette perspective une interprétation en faveur du consommateur[923], ce qui laisse supposer que son interprétation fondée sur le droit dérivé de l'Union ira dans le même sens que celle entreprise par les juridictions françaises. Cette protection engendre ainsi deux conséquences. D'une part, pour les contrats réalisés par des parties ayant leur résidence habituelle au même lieu, la convention se voit protégée par les dispositions du droit de la consommation. D'autre part, dans le cadre de contrat d'assurance avec un assureur étranger, les clauses devront respecter les dispositions de la directive sur les clauses abusives dans ses transpositions légales dans l'État de résidence de l'assureur[924]. La protection spéciale du consommateur accordée ne s'étend pas néanmoins à l'assureur subrogé, ce dernier ne pouvant employer les dispositions du droit de la consommation dans son action.

L'action subrogatoire de l'assureur contre l'auteur du dommage limité. Au même titre que dans le cadre de l'action directe intentée par l'assureur de la victime, l'action subrogatoire contre l'auteur du dommage répond à une logique similaire. La Cour de justice est venue refuser

[919] C. BERLAUD ; « Protection de l'assuré consommateur », Gaz. Pal., Lextenso, 2014,
[920] F. MILLET, « Le sort du principe de l'interprétation dans le sens le plus favorable au consommateur », D. 2020. 1280
[921] Civ. 1re, 21 janv. 2003, n os 00-13.342 et 00-19.001, RGDA 2003. 442, note KULLMANN. – Et, dans le même sens, Civ. 2e, 13 juill. 2006, no 05-18.104 , RGDA 2006. 984, note MALEVILLE. – Civ. 2e, 1er juin 2012, nos 09-72.552 et 10-10.843, RGDA 2012. 33, note PELISSIER. – Civ. 1re, 17 nov.2011, no 10-23.093, RGDA 2012. 382, note BRUSCHI
[922] en ce sens Civ. 2 e, 30 juin 2005, n o 03-21.071, Bull. civ. II, n o 175. – V. égal. Civ. 1 re, 13 déc. 2012, n o 11-27.631, RGDA 2013. 362, note BRUSCHI
[923] CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/12, Unamar, préc.
[924] Si la loi réputée applicable au contrat est la sienne, à titre d'exemple à défaut de disposition prévue par les parties au contrat d'assurance.

à l'organisme privé d'assurance la qualification de partie faible. L'arrêt *Powel Hofsoe*[925] expose que l'assureur ne constitue pas une personne lésée et ne bénéficie pas de la protection accordée à l'assuré face à l'auteur du dommage. En l'espèce, il s'agissait d'un accident de circulation en Allemagne d'une victime polonaise qui avait cédé à un organisme d'assurance polonais le recouvrement de sa créance. L'arrêt excluait alors que l'assureur polonais puisse engager l'action devant la justice polonaise, bénéfice pourtant accordé à la victime directe. Concernant l'action subrogatoire des victimes indirectes, la Cour de justice dans son arrêt *MMA IARD*[926] fit preuve de plus de clémence, en reconnaissant que les victimes indirectes du dommage devaient être réputées comme parties faibles et bénéficier des avantages procéduraux liés. Cet arrêt apporte en outre des précisions sur l'influence de la qualité de l'organisme d'assurance, sur la perte de la qualité de partie faible. Si l'arrêt confirme cette perte pour l'organisme privé, aucun élément ne permet de présumer d'une telle perte pour les organismes publics. Toutefois, l'arrêt *MMA IARD* expose dans son point 35 que le subrogé peut se prévaloir des compétences spéciales au titre de la partie faible « *quelle que soit leur taille ou leur forme juridique* ». Il convient cependant de préciser que cet arrêt portait sur l'action subrogatoire de l'employeur public considéré comme victime. Dans le cadre d'une action d'un organisme d'assurance maladie, le caractère de victime ne saurait être retenu. Ces raisonnements permettent ainsi de déterminer que la qualité du subrogé assureur privé ou organisme d'assurance maladie, ne permet pas de se prévaloir des dispositions protectrices de l'assuré ni de celle du consommateur. Le caractère individuel de la protection établit au titre de l'action directe et de l'action subrogatoire peut être mise en valeur pour apprécier les voies de recours à l'indemnisation. Le caractère central de la protection « *personnelle* » du consommateur interroge néanmoins quand le recours est cette fois-ci collectif.

Sous-section II : Les effets limités sur les actions collectives

Au-delà de l'action individuelle, le droit de la consommation de l'Union européenne et des États membres prévoit une modalité de recours particulière et adaptée aux spécificités du contentieux. Aux côtés des actions individuelles, les consommateurs peuvent se réunir autour d'organismes représentatifs pour engager une action en vue de préserver leurs intérêts collectifs.

[925] CJUE, 31 Janv. 2018, 31 Janv. 2018, n° C-106/ 17, Pawel Hofsoe, préc.
[926] CJUE, 20 juill. 2017, n° C-340/16, MMA IARD, préc.

L'action collective, appelée action de groupes s'appréciera dans le cadre d'un patient qualifié de consommateur. Au même titre que les actions individuelles, l'action de groupe reste conditionnée (Paragraphe I). Toutefois, les derniers développements de la commission et du Parlement européen tendraient à venir lever ces limitations et à intégrer pleinement l'action collective au domaine de la santé et au droit de la consommation (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les conditions limitatives à l'action collective

Le droit français prévoit deux voies particulières de recours collectifs[927] : d'une part, quand le recours se réalise en matière de droit de la consommation (A.) d'autre part, en matière de droit de l'Union. (B.).

A. Une limitation du recours en droit interne français.

L'action de groupe dans le code de la consommation. L'article L423-1 du Code de la consommation dispose d'une capacité de recours des associations de défense des consommateurs[928]. Des conditions tendent néanmoins à minimiser le potentiel d'action de ces derniers. L'alinéa 2 de l'article L423-1 du Code de la consommation[929] limite ainsi l'action en réparation au seul dommage patrimonial. Ce régime, applicable aux actes transfrontaliers se trouvant sous l'application de la Loi française[930], engendrerait une limitation de la réparation au préjudice patrimonial de la victime directe. Or, dans le cadre d'un accident médical, une telle disposition limiterait forcément la réparation, l'existence de préjudices extrapatrimoniaux étant fréquente en matière de santé. Il convient alors d'apprécier que les moyens de recours à l'action collective dans le cadre d'un patient français qualifié de consommateur interrogent. Aucune jurisprudence ne tend encore à démontrer qu'une association de consommateur puisse protéger

[927] Le Code du travail prévoit également une procédure d'action collective.
[928] C. Cons. Art. L. 423-1 al. 1 *: « Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréé en application de l'article L. 411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement 'de ou de mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles »*
[929] L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs.
[930] Dans le cadre d'une qualification en consommateur du patient, la loi applicable au litige peut être celle du consommateur à défaut de clause contraire. Ce qui en matière de tourisme médical reste une généralité, en dehors de ce cadre général, les clauses susceptibles d'écartées la loi du consommateur se verrait analyse au titre de leur caractère abusif.

les intérêts collectifs de patients du moins dans le cadre national. Dans le cadre européen, au titre de l'action de groupe sur la protection contre les publicités trompeuses, la Cour de justice est venue reconnaitre l'existence d'une telle action. Dans certains domaines, notamment au titre des publicités trompeuses ou des clauses abusives, il apparait vraisemblable que les consommateurs patients puissent avoir recours à ce type d'actions tout en se confrontant aux limites du recours en matière de réparation. Dans la même mesure, l'emploi des dispositions européennes prévoyant une action collective en matière transfrontalière s'en voit également limité.

L'action de groupe dans le Code de la santé publique. L'article L1143-1 du Code de la santé publique dispose d'une capacité d'action des associations d'usagers du système de santé dans le cadre des produits de santé. Ce second régime protecteur, cette foi du patient, prévoit une action en réparation plus avantageuse que dans le cadre du consommateur. L'action de groupe en matière de santé, en effet, ne distingue pas la réparation des dommages patrimoniaux et extra patrimoniaux. L'adaptation aux particularités du domaine de la santé transparait dans le Code de la santé publique et s'avère avantageuse et adaptée. En outre, l'alinéa 3 de l'article L1423-1 du Code de la santé publique prend en compte la spécificité de la santé en limitant la réparation au dommage corporel. Cependant, ce régime particulier, dans son éventuelle application au tourisme médical, reste toutefois limité quant à la nature du dommage. L'article L423-1 du Code de la santé publique limite cette action à celle relative aux produits de santé. Seules les associations d'usagers agrées représentant les victimes d'un produit de santé sont éligibles à intenter une action de groupe. Ce régime s'avère néanmoins efficace comme les transactions au titre du contentieux intenté envers le Médiator™ ont pu le démontrer[931]. Toutefois dans le cadre d'erreurs médicales, le régime est inopérant. Les dispositions européennes d'harmonisation du recours à l'action de groupe n'apportent que peu de protection pour le patient.

B. Une limitation en droit de l'Union européenne.

Une limitation du recours en droit de l'Union pour le consommateur. L'Union européenne ne fut pas en reste concernant la mise en œuvre d'une protection du consommateur. À cet égard le Parlement européen et le Conseil ont permis d'ouvrir l'action collective au sein de l'Union

[931] B. ESCHAPASSE, « Servier a-t-il tenté d'acheter le silence des victimes du Mediator ? », Le Point, 18 oct. 2019. URL : https://www.lepoint.fr/justice/servier-a-t-il-tente-d-acheter-le-silence-des-victimes-du-mediator-18-10-2019-2342020_2386.php# dernière consultation le 06 oct. 2020.

dans le cadre particulier de l'action en cessation[932].En ce sens, une directive du 19 mai 1998[933], sur les associations représentatives des intérêts collectifs des consommateurs fut votée. Ces dispositions[934] « *plus que nécessaires* »[935] permettent une action simplifiée dans le cadre où des infractions surviennent dans un État autre que celui où l'atteinte est réalisée. L'objectif de la Directive était alors d'assurer que l'action en cessation dispose d'une efficacité homogène au sein de l'Union, certains États prévoyant des dispositions voisines, mais non harmonisées. Toutefois, l'action collective se trouve limitée au cas particulier de l'action en cessation. La doctrine française remarquait ce rejet d'une extension au domaine de la réparation[936], au même titre que le Comité économique et social européen[937] qui ajoutait sa nécessaire extension à ce domaine. Par conséquent, l'action collective en droit de l'Union se trouve doublement limitée. D'une part, l'action ne doit porter que sur la demande de cessation d'une infraction par un État membre. D'autre part, le domaine de l'infraction est sectorisé. Les directives, dont la violation par un professionnel d'un État membre est sujette à l'action de classe sont donc limitées à certaines directives relatives au droit de la consommation.

Une limitation du recours en droit de l'Union pour le patient. La mise en œuvre d'une action sectorielle entraine des conséquences dans le cadre d'une qualification du patient en consommateur. Certes, une telle appréciation tend à ouvrir au patient le champ de l'action collective en matière d'infraction transfrontalière. Néanmoins, le champ de recours à l'action

---

[932] V. CHRISTIANOS, « action en cessation », Répertoire droit européen, Dalloz, 2003 pt.501

[933] Dir. n° 98/27 du Parlement européen et du Conseil, 19 mai 1998, JOCE, no L 166, 11 juin, relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs

[934] Dir. n° 98/27 du Parlement européen et du Conseil, 19 mai 1998, préc. Art. 1 1 : « *La présente directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux actions en cessation, mentionnées à l'article 2, visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs inclus dans les actes de l'Union énumérés à l'annexe I , afin de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur."*

2. Aux fins de la présente directive, on entend par infraction tout acte qui est contraire aux actes de l'Union énumérés à l'annexe I telle que transposée dans l'ordre juridique interne des États membres et qui porte atteinte aux intérêts collectifs visés au paragraphe 1. »

[935] V. CHRISTIANOS, « action en cessation », *Ibid.*

[936] V. CHRISTIANOS, « action en cessation », *Ibid.*

[937] Avis du Comité économique et social européen sur a) la « Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE » [COM (2018) 184 finaux — 2018/0089 (COD)] et sur b) la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation.

de groupe des patients reste limité. Dans le domaine d'une qualification consumériste du patient, la porte de l'action en cessation se trouve cantonnée à la bonne application de seulement trois directives. La première directive est celle relative aux voyages, vacances et circuits à forfait qui tendraient à permettre aux patients d'intenter une action en cessation contre les agences de tourisme médicale. La seconde directive porte sur les clauses abusives ce qui pourrait assurer une protection des patients face à l'existence de clauses types dans des contrats de soins. Enfin, la dernière directive prévoit des règles relatives aux médicaments à usage humain. L'emploi de la directive sur les actions en cessation permet d'engranger une série d'actions en justice pour les associations agrées de consommateurs représentant les intérêts des patients, mais de manière limitée. Pour répondre à ces limitations et assurer l'application du droit à l'accès à la justice du consommateur, un projet de directive en cours de discussion a été lancé.

Paragraphe II : Vers la reconnaissance d'une action collective en réparation

La mise en œuvre d'une action collective par le patient consommateur se révèle possible, mais encore limitée à certains secteurs du droit la consommation. De telles limitations pourraient être prochainement levées. Une démarche de la Commission et du Parlement souhaite ainsi améliorer le recours à l'action collective (A.). Les conséquences de ces réformes en cours pourraient alors être importantes en mettant en place une action collective du consommateur en réparation même en matière de santé (B.).

A. Une démarche européenne d'ouverture de l'action collective

La mise en place d'une « nouvelle donne pour le consommateur ». La mise en œuvre d'une action de groupe de consommateur établi par une harmonisation minimale au sein de l'Union européenne, est un projet de longue date[938] et s'inscrit dans la démarche plus globale établie par la Commission européenne lors de l'introduction du paquet législatif, intitulé « *Nouvelle donne pour le consommateur* »[939]. Ce projet européen s'établit par la validation de deux propositions

[938] Proposition de directive du parlement européen et du conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE, COM/2018/184 final, 2018/0089.

[939] Le paquet « *Une nouvelle donne pour les consommateurs* » a été proposé par la Commission européenne le 11 avril 2018. Ce paquet se compose de deux propositions de directive :

de directive en vue d'améliorer les dispositions européennes du droit de la consommation. La première proposition tendait à établir une modernisation des règles protectrices du consommateur et entraina la mise en place de la directive dite « *omnibus* »[940]. Le second projet atténué par les recommandations antérieures de la Commission[941] porte sur l'établissement de nouvelles voies de recours. Un projet de directive fut mis en place[942]. La proposition encore en cours de discussions devant le Parlement européen[943], tend ainsi à étendre les règles minimales d'accès au consommateur à l'action de groupe dans des contentieux transfrontaliers. La lenteur de mise en œuvre de ce projet interroge quant à son adoption future. En comparaison, l'adoption de la directive « *omnibus* » prévoyant une modernisation des outils légaux de protection du consommateur s'avère plus rapide. Deux explications viendraient néanmoins éclairer sur la lenteur de traitement des organismes de l'Union. D'une part, un frein technique peut être soulevé au regard du calendrier du Parlement européen. La mise à jour des dispositions des directives préexistantes relevait alors de la priorité. D'autre part, le contenu de la proposition de directive sur les recours collectifs des consommateurs, loin de seulement moderniser les outils existants, établit un régime largement étendu en comparaison de la directive antérieure sur les actions en cessation. Ce renouveau s'apprécie du fait que la directive actuelle se trouverait même abrogée en cas de passage de la proposition. En outre, ces extensions révèlent leurs importances dans le cadre du recours en matière de tourisme médical, car la proposition ouvre l'action au domaine de la réparation et au secteur de la santé.

La première pour une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs dans l'Union européenne ;

La seconde relative aux actions représentatives pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs.

[940] Dir. (UE) 2019/2161 du parlement européen et du conseil du 27 novembre 2019, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, JOUE, L 328, 18.12.2019, p. 7-28

[941] Recommandation 2013/396/UE de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres (JO L 201/60 du 26.7.2013, p. 60).

[942]C. AUBERT DE VINCELLE, « Vers un droit européen des actions de groupe », Chron, CCC 2019. 3, no 17 ; L. MORE, « La dernière version votée par les parlementaires répond-elle à l'impératif d'effectivité du droit européen ». Alerte 27, CCC 2019. ; E. METAIS, C. VALETTE, « Approche européenne en matière de recours collectifs pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs – une modification législative imminente » , JCP E 2019, no 1251

[943] Dernière Réunion en date : 30 juin 2020 source site Eur-LEX consulté le (14/07/2020)

B. Une ouverture étendue à la réparation en matière de santé.

Une action en réparation. La proposition de directives relatives aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs tend à vouloir établir un prolongement à de nombreux domaines exclus initialement. La proposition dans son considérant I ouvre l'action des consommateurs au domaine de la réparation et non plus seulement à la cessation d'infraction à certaines directives.[944] L'article 6 intitulé « *mesure de réparation* » a entériné cette position en prévoyant que les organismes agréés par les États peuvent assurer une action en réparation. Cette position fut saluée par le Conseil économique et social européen[945] qui soulignait les lacunes du régime antérieur sur ce point. La directive conditionne néanmoins l'action à des réparations pécuniairement signifiantes, sans en préciser ses contours.[946] Cette extension au domaine de la réparation intéresse encore davantage le patient qualifié de consommateur face aux atteintes qu'il pourrait subir du fait d'un professionnel de santé peu diligent. Toutefois, la directive nécessite une transposition par les États membres. Ces derniers pourraient venir établir un régime limitant les préjudices réparables, comme les dispositions du Code de la consommation français l'indiquent[947]. Toutefois, cette harmonisation minimale constitue une véritable amélioration des voies de

[944]Proposition de directive du parlement européen et du conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, préc. Art. 6. 1[er]. « *Aux fins de l'article 5, paragraphe 3, les États membres veillent à ce que les entités qualifiées aient le droit d'intenter des actions représentatives en vue d'obtenir une ordonnance de réparation qui oblige le professionnel à prévoir, entre autres, l'indemnisation, la réparation, le remplacement, la réduction du prix, la résiliation du contrat ou le remboursement du prix payé, selon le cas. Un État membre peut exiger le mandat des différents consommateurs concernés avant qu'une décision déclaratoire ne soit prononcée ou qu'une ordonnance de réparation ne soit rendue.* »

[945] Avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE » [COM(2018) 184 final, 2018/0089 (COD)] et la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs de l'Union européenne » [COM(2018) 185 finaux ; 2018/0090 (COD)]

[946]Proposition de directive du parlement européen et du conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, préc. Art. 6. 5° sous b) *« les consommateurs ont subi une perte mineure et il serait disproportionné de leur accorder réparation. En pareil cas, les États membres veillent à ce que le mandat des différents consommateurs concernés ne soit pas requis. La réparation vise un but public servant les intérêts collectifs des consommateurs.* »

[947] Voir supra paragraphe I

recours des consommateurs et ceux à double titre. Les actions de groupes prévues par la proposition de la Commission toucheraient aussi le secteur de la santé.

Une action applicable au secteur de la santé. Le Comité économique et social européen le souligne[948] les conditions sectorielles établies dans la directive sur les actions collectives en cessation apparaissent trop restrictives pour assurer la protection du consommateur. L'extension de ce régime prévue par la proposition de directive passe toutefois par les mêmes voies que l'ancienne. Les infractions susceptibles d'entrainer une action de groupe doivent être prévues par les directives de l'annexe I de la proposition[949]. À ce titre, il est notable de voir apparaitre dans l'annexe I, la directive sur les soins transfrontaliers. Cette mention intègre donc l'action collective à la matière de la santé. Des réserves à cette mention peuvent toutefois être soulevées. L'exposé des motifs de la proposition souligne que le champ d'application « *s'étend aux secteurs économiques tels que les services financiers, l'énergie, les télécommunications, la santé et l'environnement*. »[950].Néanmoins, aucune mention n'est faite du secteur de la santé dans le corps de texte. Seule la référence à la directive soins transfrontaliers marque une volonté d'établir l'action dans le domaine de la santé. Toutefois, les travaux de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen tendent à réparer ces lacunes pour intégrer pleinement le domaine de la santé dans l'action de groupe européen. La Commission dans son amendement 6 souhaite intégrer la santé au considérant 6 de la proposition de directive[951]. Une action collective en matière de santé semble sur le point d'émerger. L'extension des actions collectives transfrontalières au domaine de la réparation et de la santé vient ainsi remettre en

[948] Avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE », préc.

[949] Proposition de directive du parlement européen et du conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, préc. Art. 2. *« la présente directive s'applique aux actions représentatives intentées contre les infractions commises par des professionnels aux dispositions du droit de l'Union énumérée à l'annexe I qui portent atteinte ou sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts collectifs des consommateurs. Elle s'applique aux infractions nationales et transfrontières, y compris lorsque ces infractions ont cessé avant que l'action représentative n'ait commencé ou avant qu'elle n'ait été conclue. »*

[950] Proposition de directive du parlement européen et du conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, préc, exp. des motifs, champs d'application delà directive.

[951] Amendement 5 sur le considérant 6 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, préc., Rapport de la commission, A8-0447/2018,
URL : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0447_FR.html

question le régime actuel peu propice à son extension. L'éventuelle adoption de ce projet marquerait sans aucun doute un tournant dans l'appréciation du patient consommateur au sein de l'Union. L'intégration de la directive sur les soins transfrontaliers dans le champ d'application d'une directive en droit de la consommation représenterait à n'en pas douter une reconnaissance du patient en tant consommateur dans le cadre des actions en justice transfrontalière et par extension au droit international privé européen. Toutefois, il convient d'apprécier, dans l'état actuel du droit si la qualification consumériste de la relation de soin entraine des conséquences bénéfiques pour le patient dans sa capacité à agir à la suite d'un accident médical survenu dans un État membre.

CHAPITRE II : Les conséquences d'une consumérisation de la santé

La consumérisation de la relation de soin constitue une réalité plusieurs fois constatée par la doctrine[952]. En transposant ce phénomène au tourisme médical européen, il convient d'aborder les conséquences d'une qualification en contrat de consommation de la relation de soin. De la même manière qu'avec une approche contractuelle et générale de cette pratique, les conséquences permettent de discuter de la pertinence de l'emploi du droit de la consommation dans ce domaine. Néanmoins, plus qu'un élément de discussion, l'étude des effets de la qualification consumériste permet une argumentation sur la nécessité de l'emploi de ce régime. De cette approche résulte une série de bénéfices pour le patient à se voir considérer comme consommateur aux titres des règlements Bruxelles I bis et Rome I. Ces effets bénéfiques se répercutent sur le patient dans les actions en réparation. Le consommateur disposant de règles de conflit bénéfiques. Cependant, les spécificités de la relation de soin et du régime l'encadrant au sein de l'Union, entrainent parfois des conséquences marginales susceptibles d'instaurer une protection du patient casuistique désavantageuse (Section I). Ce constat positif pour le patient dans ses grandes lignes s'apprécie au regard des différentes réformes qui pourraient être conduites par le législateur européen (Section II).

Section I : Les effets du régime sur le contentieux médical

Effectuer une étude comparative sur les conséquences des approches contractuelles et consuméristes du tourisme médical impose, d'apprécier ce régime au regard du contentieux médical. Etudier les conséquences du régime renvoie à la nécessaire analyse des situations d'espèces. Au même titre que l'approche contractuelle précédemment analysée[953], les différentes situations pratiques du touriste de prestations de santé s'analysent éventuellement au regard du régime processuel applicable au patient. Plusieurs cas d'espèce rencontrés en

[952] G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé », *ibid.* ; J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontalier, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.*
[953] *supra* p. 132

pratique viennent faire varier les interprétations possibles des règlements Bruxelles I et Rome I, et les directives susceptibles d'être employées dans la démarche d'indemnisation du patient. Analyser les effets pratiques d'une relation de soin qualifiée de contrat de consommation nécessite de distinguer plusieurs cas de figure. En fonction de ces situations, un régime particulier demande une étude approfondie. La relation de soin dans le tourisme médical s'illustre par son hétérogénéité. Deux grandes pratiques peuvent néanmoins être distinguées. D'une part, certains patients sollicitent la réalisation d'une prestation directement au praticien étranger (Sous-Section I). D'autre part, l'acte de soins se réalise parfois grâce à des prestations fournies par des intermédiaires, généralement des agences de voyages spécialisées ou des mutuelles (Sous-Section II).

Sous-section I : Les effets de la résolution dans les relations de soin bipartites.

Le régime de droit international privé applicable au consommateur, à la différence de celui du cocontractant commun s'établit au titre de son lieu de résidence. La localisation du plateau technique ou encore la distinction de nationalité entre le patricien et le lieu où se réalise l'acte n'a alors que peu d'incidence. Pour apprécier l'avantage de cette conception du patient, la méthodologie employée au titre de la qualification contractuelle sera reprise. Il s'agira ainsi d'établir des situations d'espèce type pour apprécier les conséquences du régime juridique applicable. Sera à nouveau pris l'exemple du patient français soigné par un médecin espagnol sur un plateau technique localisé en Allemagne. La mise en œuvre d'une relation contractuelle présentant un élément d'extranéité entrainera généralement dans ce cas une résolution des conflits de juridictions et de loi fondée sur la résidence habituelle du consommateur. (Paragraphe I). Toutefois, certaines situations remettent parfois en cause ces principes (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le domicile habituel du consommateur déterminant central du régime

Les règlements de Bruxelles I bis et Rome I instaurent une règle de conflit s'établissant sur le domicile habituel du consommateur. Reconnaitre cette qualité enclenche la mise en œuvre de la compétence judiciaire et de la loi du pays où le patient à son domicile habituel (A.). Ces

règles de conflit constituent un réel avantage pour le patient, mais elles ne permettent qu'une action en réparation limitée (B.).

A. Un régime favorable au consommateur patient

La détermination de la juridiction compétente. Dans l'illustration susmentionnée[954], l'application des dispositions protectrices du règlement Bruxelles I permet au patient d'engager l'action devant la juridiction de son État de résidence[955]. La localisation de la prestation caractéristique, le lieu de réalisation du contrat n'ont alors pas d'incidence sur son action. Le patient dispose en ce sens d'une faculté d'engager son option devant la juridiction du lieu de résidence du professionnel. Du côté du professionnel, ce dernier se trouve cependant limité dans le choix de la juridiction. En tant que demandeur, il se trouve dans l'obligation de saisir la juridiction du lieu de résidence du consommateur. En comparaison, avec le régime établi par une qualification contractuelle de la relation de soin, ce régime dispose d'un avantage certain. La localisation du plateau technique n'a pas d'incidence sur la détermination de la loi applicable.[956] De ce fait, le régime de droit international privé applicable au patient consommateur n'a pas à distinguer si le professionnel exerce dans son état de résidence ou dans un autre pays de l'Union. Cet élément crée une distinction dans le régime applicable en matière contractuelle qui n'a aucune incidence à l'inverse en matière de consommation. La protection du patient s'en trouve renforcée en assurant une action au plus près de sa résidence. L'avantage de la tenue de la procédure dans sa langue maternelle renforce le bénéfice d'une qualification consumériste de sa relation avec le professionnel étranger. En outre en établissant un régime fondé sur la résidence de l'une des parties, la nature particulière de certains actes ne constitue pas un frein à l'application du régime spécial. À titre d'exemple, la question de la localisation de l'acte dans le cadre d'une téléconsultation à l'étranger n'impose pas les mêmes difficultés qu'en matière contractuelle[957]. Au titre de la loi applicable, le régime se présente également comme avantageux.

La détermination de la loi applicable. La reconnaissance du statut juridique de consommateur au patient permet de mettre en œuvre les dispositions du règlement Bruxelles I bis lorsque les

[954] *supra* p. 252
[955] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, Art. 18.
[956] *supra* p.223
[957] *supra* p.101

parties n'ont pas prévu de dispositions particulières. Par conséquent, en l'absence de choix des parties, la loi applicable sera celle du consommateur. Il s'avère alors possible de retrouver la même unicité dans l'action contractuelle où la juridiction compétente se retrouve à appliquer sa propre loi nationale. Concernant l'approche contractuelle de la relation, la loi applicable reste généralement celle du lieu de résidence du professionnel. L'avantage de ce régime consumériste est certain pour le patient qui se voit protégé par des dispositions légales dont il peut prendre connaissance plus aisément. Même si les points de contact nationaux prévus par la directive européenne organisent l'information sur les recours[958], ce régime permet d'éviter que le consommateur soit démuni face à la loi étrangère. Les conséquences restent pourtant lourdes pour le professionnel de santé, dont l'activité se trouve alors réglementée par une loi étrangère. Ceci constitue un véritable frein au développement de la pratique. Dans le cas où un praticien ou un établissement sanitaire souhaiterait proposer des services à tous les ressortissants européens, il lui incomberait la charge de connaître l'ensemble des règles nationales applicables. Considérant les spécificités de chaque droit de la santé des États membres, en dépit de certaines similitudes, l'activité médicale s'en trouverait fortement alourdie. Malgré le fait qu'une telle qualification consumériste engendrerait un déséquilibre entre les parties, elle tendrait cependant à contrecarrer le déséquilibre initial persistant entre le patient et le professionnel de santé. Toutefois, quand bien même ces règles de conflit applicables au consommateur assurent une protection, les voies de réparation laissées au patient en cas de dommage restent des outils généraux peu enclins à donner une protection particulière au consommateur.

Illustration de la situation. Dans cette partie, le cas d'espèce consistera à la réalisation d'une relation de soin entre un patient ayant sa résidence habituelle en France, avec un médecin résidant habituellement en Allemagne, et dont la société est enregistrée en Pologne. Le lieu de réalisation de l'acte se localisera en Pologne. Dans ce cas, les juridictions compétentes seront les juridictions françaises. La loi applicable également sera déterminée au regard du lieu de résidence du patient qualifié de consommateur.

B. Une action en réparation néanmoins limitée

[958] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011, préc. Art.5

Le recours à l'action directe. La recevabilité de l'action directe est établie au regard à la loi applicable au contrat d'assurance[959]. En l'espèce, dans le cas du professionnel lié par un contrat d'assurance avec une assurance allemande ou polonaise, la loi de ces pays se verrait appliquée. Il ressort en effet de la jurisprudence que la loi étrangère s'applique. Cependant, la loi la plus favorable pourrait être reconnue comme applicable, la Cour de justice se montrant généralement clémente en présence d'un consommateur[960]. Par conséquent, il semble que le patient français voit le devenir d'une action directe conditionné par la loi de police d'assurance polonaise ou allemande. L'action directe reste néanmoins possible, l'exigence pour les États d'établir un mécanisme action directe étant imposé par la lecture conjointe du règlement Rome II[961] et de la jurisprudence *Prey-Fuller*[962]. Toutefois, et dans l'éventualité d'une position jurisprudentielle européenne clémente, il est possible que la loi française soit considérée comme applicable du fait des derniers développements de celle-ci[963]. Malgré ces différentes incertitudes portées par une jurisprudence en construction, il semble que le patient dispose d'une capacité à agir directement contre l'assureur du professionnel de santé, indifféremment de la loi applicable au contrat d'assurance. L'apport de la qualité de consommateur accordée au patient n'a comparativement que peu d'incidence sur le sort de cette action. Les mêmes conditions d'appréciation de la recevabilité de l'action directe se retrouvent en matière de droit commun des contrats.

Le recours à l'action subrogatoire. De manière identique à l'action directe, la recevabilité d'une action subrogatoire n'est guère appréciée au titre du statut juridique de consommateur. Toutefois, au titre du statut du patient, l'assureur subrogé peut être autant un organisme public que privé[964]. La loi prévoyant la recevabilité de leur recours est déterminée au regard de la police d'assurance ou par la loi. Dans le cadre d'un patient français, l'organisme en charge de son assurance qu'il soit public ou privé voit son action subrogatoire conditionnée par le droit français. Toutefois, il ressort des arrêts de la Cour de justice *Powell Hofsoe*[965], *MMA IARD*[966] et *Shearson*[967], que la cession de créances au profit d'un assureur professionnel public ou privé

[959] CJUE, 9 sept. 2015, n° C— 240/14, Prüller-Frey, préc.
[960] CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/12, Unamar, préc.
[961] Règl. (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007, préc.
[962] CJUE, 9 sept. 2015, n° C— 240/14, Prüller-Frey, préc.
[963] CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/12, Unamar, préc.
[964] *supra* p. 241
[965] CJUE, 31 Janv. 2018n° C-106/ 17, Pawel Hofsoe, préc.
[966] CJUE, 20 juill. 2017, n° C-340/16, MMA IARD, préc.
[967] CJCE, 19 janv. 1993, n° C-89/91, Shearson Lehman Hutton préc.

fait perdre à ces derniers les dispositions favorables au consommateur[968] . Ainsi, les dispositions favorables au patient consommateur en matière de règlement de conflit ne sont pas transférées au subrogeant. Dans le cas d'espèce précité, l'assureur dispose certes d'une action subrogatoire. Toutefois, la juridiction allemande ou polonaise gardera une compétence pour apprécier le litige. La loi française restera cependant applicable, l'action portant sur l'exécution du contrat avec le consommateur.

Le recours à l'action de groupe. Dans la situation où plusieurs consommateurs disposent d'un intérêt collectif, l'action de groupe s'envisage. Cependant, l'action de groupe intentée par un organisme de représentation des consommateurs reste cantonnée à la cessation d'infractions commises aux titres des directives listées en annexe de la directive sur l'action en cessation[969]. L'action du consommateur français à l'égard d'un professionnel étranger ne pourra porter sur la réparation des préjudices subis, mais sur la cessation d'atteintes au secteur couvert par la directive. À titre d'exemple, un recours en cessation s'avère possible en matière de clauses abusives[970], de voyages à forfait[971], ou au titre des médicaments à usage humain[972]. Le régime exposé devrait néanmoins faire l'objet d'évolution notable au regard du projet de directive sur les actions collectives[973]. Sous l'égide de cette proposition, les patients consommateurs disposant d'un intérêt collectif à agir disposeraient d'une capacité à engager une action en réparation du fait de la violation de la directive sur les soins transfrontaliers. Cette proposition assurerait ainsi la mise en œuvre d'un régime particulier de protection pour le consommateur ouvert au secteur de la santé, toutefois cet équilibre établi par cette approche se trouve remis en question par d'éventuelles clauses au contrat de soin.

Paragraphe II : Un régime limité en cas de dispositions contractuelles contraires

[968] *supra* p. 240
[969] *supra* p.244
[970] Dir. (UE) 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, préc
[971] Dir. (UE) 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, JOCE L 158 du 23.6.1990, p. 59.
[972] Dir. (UE) 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain : articles 86 à 100, JO L 311 du 28.11.2001, p. 67
[973] *supra* p. 244

Le contrat de consommation autorise sous certaines conditions le recours à des dispositions contractuelles permettant d'éviter la mise en œuvre des règles de conflit issues des règlements européens. Les effets varient alors s'il s'agit de clauses attributives de compétence (A.) ou bien de clauses de détermination de la loi applicable (B.).

A. Les effets des clauses attributives de compétence.

Un régime conditionné par la loi applicable. La présence de clauses se voit conditionnée par les dispositions du règlement Bruxelles I bis,[974] et par les dispositions légales de droit interne applicables au contrat.[975] L'existence de ces clauses s'avère être conditionnée puisque si la rédaction de la clause est postérieure au litige, alors, le règlement Bruxelles I bis prévoit l'inopposabilité de dispositions au consommateur[976]. En outre, ce texte limite la validité de ces clauses en cas d'action intentée par le professionnel. Ce dernier ne pourra faire valoir cette clause pour écarter la compétence de la juridiction du lieu de résidence du consommateur. Par ailleurs, la directive sur les clauses abusives impose la négociation individuelle de toute clause introduite dans un contrat de consommation[977]. Les dispositions contractuelles dérogeant aux règles de conflit en matière de compétence s'en trouvent fortement limitées. En comparaison, avec les clauses introduites dans des contrats de droit commun, la qualification de consommateur assure une protection avantageuse pour le patient. Les conséquences d'une qualification consumériste de la relation accordent donc un avantage particulier dans l'action en indemnisation du patient. Le privilège du statut de consommateur dans la rédaction de règles de conflit dans les contrats s'étend de manière identique au domaine des clauses de loi applicable.

B. Les effets des clauses de loi applicable

Une clause encadrée. L'existence de clauses relatives à la loi applicable en matière de consommation est encadrée par l'article 3 du règlement Rome I[978]. La règle de conflit déterminée par les parties ne saurait sous l'égide de ce texte venir limiter la protection due aux consommateurs dans leur lieu de résidence. L'arrêt ***Unamar*** précise la portée de cet article, en

[974] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, préc. Art. 19.
[975] *supra* p.237
[976] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, préc. Art. 19.
[977] Dir. (UE) 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, préc. Art. 3
[978] *supra* p.229

exposant que la loi déterminée par les parties moins favorable au consommateur ne s'appliquera pas. En comparaison avec le régime prévu par le droit commun, ces dispositions spécifiques au consommateur garantissent une protection particulière pour ce dernier. De manière générale, le statut de consommateur protège le patient contre les dispositions conventionnelles susceptibles d'établir des règles de conflit contraires à ses intérêts. Les conséquences de la qualification consumériste de la relation de soin engendrent ainsi un avantage certain dans ce domaine. D'autres bénéfices sont susceptibles d'être retrouvés en matière de relation faisant intervenir des intermédiaires.

Mise en situation. Pour apprécier les conséquences pratiques sur le régime applicable au patient qualifié de consommateur, l'exemple précédent sera modifié. Le patient français se trouve toujours lié à un médecin allemand exerçant son activité sur le territoire polonais. Mais, des clauses seront présentes dans le contrat qui le lie avec le patient, une, déterminant la juridiction compétente, l'autre, concernant la loi applicable au contrat. Le cas d'une clause de loi applicable prévue entre le patient français et le professionnel de santé allemand ne saurait venir priver le consommateur de la loi la plus favorable. En définitive, si la loi française est la plus favorable pour le patient, elle primera sur la clause. Cependant, si la loi déterminée par les parties s'avère plus avantageuse que celle prévue en France, la clause ne pourra être écartée. Concernant la clause attributive de compétence, elle devra le cas échéant respecter la loi française déterminée comme applicable du fait du statut de consommateur. Or le droit français par l'article 48 du code de procédure civile exclut l'emploi de ces clauses à tous contrats à l'exception de ceux faits entre commerçants. La clause serait alors inopérante. Toutefois, dans l'éventualité où une loi étrangère soit applicable à l'espèce et favorable à de telles clauses, les dispositions contractuelles devront respecter les dispositions prises par le règlement.

Sous-section II. Les effets de la résolution dans les relations multipartites

En présence d'intermédiaires dans la réalisation de l'acte de soin, les règles de conflit s'en trouvent affectées. La nature de l'intermédiaire constitue alors l'élément central pour apprécier les conséquences d'une qualification consumériste. Deux types d'acteurs peuvent participer à la mise en œuvre de la relation de soin. Ils se distinguent entre eux en fonction de leur rapport entretenu avec le contrat de la relation de soin. Dans le cas d'un intermédiaire partie au contrat et proposant certaines prestations contribuant à la relation de soin, le régime protecteur du

consommateur tend alors à s'appliquer (Paragraphe I). Toutefois, lorsque l'intermédiaire est extérieur au contrat, le régime ne dispose plus des mêmes avantages pour engager la responsabilité de cet acteur extérieur. Le régime applicable aux plateformes en ligne l'illustre parfaitement (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'effet en présence d'intermédiaires prestataires de service

Parmi les intermédiaires parties aux contrats, deux grands types d'acteurs sont à distinguer. D'une part, il y a les structures sanitaires qui vont assurer une série de prestations en vue de réaliser un acte de soins pratiqué par un professionnel de santé indépendant (1.). D'autre part, il est possible de retrouver les agences de voyages qui assurent une série de prestations conditionnant la réalisation de l'acte (2.).

A. La structure sanitaire intermédiaire de la relation de soin

Absence d'incidence dans le cadre d'obligations communes aux cocontractants. Le praticien et un établissement de soins liés avec le consommateur se voient être créanciers d'obligations envers ce dernier. Ces obligations peuvent être partagées entre eux, mais peuvent également être particulières. À titre d'exemple, dans le cadre d'un acte de soins, le praticien est soumis à une obligation d'information et la structure doit répondre à une obligation de fourniture du plateau technique. En parallèle, tous deux doivent répondre à une obligation générale de sécurité. Dans le cadre des obligations communes, les deux entités sont toutes deux qualifiées de professionnelles, et le consommateur pourra bénéficier des dispositions protectrices en matière de conflit de lois et de juridiction. La nationalité différente du professionnel et du lieu de réalisation de l'acte importe peu, à l'inverse du même cas dans une approche contractuelle de la relation[979]. En outre, l'article 16 prévoit la mise en œuvre d'une action récursoire entre les titulaires de la même obligation, la réparation intégrale du préjudice du patient peut alors être recherchée dans chacun des débiteurs de l'obligation commune. La qualification en contrat de consommation permet donc une détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente aussi avantageuse en présence d'un créancier professionnel qu'en présence de plusieurs de ces derniers.

[979] *supra* p. 140

Absence d'incidence dans le cadre d'obligations tenues par plusieurs créanciers. Dans le cas où chaque partie professionnelle au contrat de consommation dispose d'obligations particulières à l'égard du consommateur, la même solution précédemment exposée tend à s'appliquer. La nature de l'obligation et la qualité du débiteur, tant qu'il est qualifié de professionnel, ne sauraient venir remettre en cause les règles spéciales de conflit prévues en matière de consommation. En outre, la mise en œuvre de clauses attributives de compétence ou de la loi applicable prévoyant le recours à plusieurs lois nationales en fonction de la nature du créancier, ne saurait être opposée au consommateur en vertu des dispositions protectrices prévues dans les directives européennes et au sein des règlements. La nationalité des deux acteurs n'entrainera pas un découpage de la règle de conflit comme en matière contractuelle. Dans ce domaine, en fonction de l'obligation litigieuse, la juridiction compétente est appréciée en fonction de la nationalité de son débiteur[980]. La reconnaissance d'un contrat de consommation évite un tel découpage et assure une protection supérieure au patient.

Mise en situation. Pour apprécier les conséquences pratiques l'exemple initialement prévu en matière contractuelle sera repris. Il s'agira d'apprécier les règles de conflit dans le cas du patient français réalisant un acte auprès d'un praticien allemand associé à une clinique polonaise qui fournit une série de prestations au profit du patient et du praticien en vue de la réalisation de l'acte. En l'espèce, la loi française et la juridiction française seront compétentes à traiter indistinctement le litige contre le professionnel et la structure. Concernant l'obligation tenue par plusieurs créanciers, le patient pourra rechercher la réparation du fait d'un manquement contractuel auprès de l'établissement de santé polonais ou du praticien allemand, la juridiction et la loi applicable seront celles de son lieu de résidence, la France.

B. L'agence de voyage

Une analogie avec le régime contractuel. Le recours à une mise en situation spécifique n'apparait pas nécessaire quand une agence de voyages fournit des prestations de santé. En effet, il a pu être apprécié que dans le cadre de l'agence de voyages, le patient dispose d'une protection particulière en tant que consommateur de prestations de voyages[981]. Dans le cadre de ce régime de responsabilité spécifique, la qualification contractuelle ou consumériste de la relation de soin n'a alors aucune influence sur cette solution puisque l'engagement de leur

[980] supra p. 135
[981] supra p. 144

responsabilité répond toujours au domaine du droit de la consommation. Toutefois, en reconnaissant une qualification consumériste de la relation de soin, une uniformité se dégage dans les différentes formes de réalisation du tourisme médical. Cet avantage s'illustre par le fait que le régime applicable ne diffère pas en présence d'une agence ou en son absence. En matière contractuelle, il apparait bien plus avantageux pour le patient de réaliser l'acte de soins en ayant pris comme intermédiaire une agence de voyages, et ce, afin de bénéficier du régime protecteur issu du droit de la consommation. Néanmoins, découle de cette situation une différence de traitement peu justifiable pour le patient qui réaliserait l'acte directement avec le professionnel sans passer par cet intermédiaire et qui serait alors assujetti à des règles de conflit moins avantageuses. Aussi, reconnaitre une unicité du statut du consommateur en présence ou non d'une agence de voyages constituerait un avantage certain pour le patient. La présence d'une agence de voyages en tourisme médical n'influerait plus sa capacité à agir ni même les règles de conflit applicables. Au-delà des agences de voyages, l'existence d'intermédiaires en ligne interroge sur la pérennité de ces dispositions protectrices.

Paragraphe II : Les effets en présence de Plateforme en ligne de mise en relation

Le développement des nouvelles techniques de communication permet l'émergence de nouvelles formes d'intermédiation. Ces plateformes en ligne[982] qui assurent la rencontre du patient et du praticien ne se trouvent être actuellement soumises qu'à quelques règles permettant d'assurer une protection du consommateur patient. Ces règles ne sont toutefois susceptibles de s'appliquer qu'en présence d'une qualification en contrat de consommation (A.) même si elles ne mettent en place qu'un régime limité de protection (B.).

A. L'impact d'une qualification consumériste sur la responsabilité des plateformes.

Mise en œuvre des règles de droit interne en matière de consommation. En présence d'un intermédiaire, matérialisé par une plateforme en ligne, la loi applicable sera celle du lieu de résidence du consommateur, comme en dispose le règlement Rome I. Dans le cas de la loi

[982] A titre d'exemple : Le site Smilepartner recense une série de profession dans le secteur dentaire. URL : https://www.smilepartner.fr/ ; En matière de soins clinique, Le site ma clinique effectue ce type d'opération. Url : https://www.ma-clinique.com/ ; Enfin des sites organisent aussi ces interactions avec des clinique localisées en France à destinations de patient étrangers, tel que Elsan Care. URL : https://www.elsan.care/fr/patients-internationaux

française, ce sont les dispositions de l'article L111-7 du Code de la consommation qui tendrait à s'appliquer. En effet l'article définit ces intermédiaires comme « *des opérateurs de plateforme en ligne* »,[983] car leur activité consiste à « *la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service* ». Ces dispositions ont été établies par la loi « *croissance* » du 6 août 2015[984] et par la loi « *république numérique* » du 7 octobre 2016[985] en vue de répondre à une ubérisation croissante du modèle économique actuel[986]. Face à ce phénomène, apprécié par la doctrine comme un « *phénomène cyclonique* »[987] remettant en cause la protection du consommateur face à ces nouvelles pratiques, le législateur français fait preuve d'une certaine timidité dans l'encadrement des plateformes. En effet, la doctrine a souligné que les règles applicables aux régulateurs n'avaient pas pour objet l'engagement de leur responsabilité pour les services dont elles assurent la destination, mais davantage d'assurer l'information du consommateur.[988] Les plateformes se voient soumises à une obligation de loyauté et de transparence à l'égard de celui-ci[989]. Néanmoins, la doctrine critique ce régime applicable à ces intermédiaires. Pour eux, il n'appréhende pas le « r*ôle précontractuel et contractuel au sein de la relation entre le fournisseur et le client* »[990]. Le décret d'application de ce texte établit en 2017 le confirme [991] en n'abordant les obligations de ces plateformes au regard uniquement des informations à fournir au consommateur. Une même logique préjudiciable pour celui-ci s'établit également dans le droit de l'Union.

Mise en œuvre des règles de l'Union. L'Union européenne a effectué une tentative pour harmoniser les législations nationales dans l'encadrement des plateformes en ligne jouant le

[983] C. cons. Art L. 111-7 al. 1 *« Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne »*
[984] Loi « Croissance » n° 2015-990 du 6 août 2015, JORF n°0181 du 7 août 2015, texte n°1
[985] Loi « République numérique » n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, JORF n°0235 du 8 octobre 2016, texte n°1
[986] J. SENECHAL, « L'ubérisation et droit de la consommation », Dalloz, IP/IT, 2017, .363
[987] N. MARTIAL-BRAZ, « De quoi l'« ubérisation » est-elle le nom ?, » Dalloz IP/IT 2017. 133
[988] J. SENECHAL, « L'ubérisation et droit de la consommation, i*bid.*
[989] En ce sens. J. ROCHFELD ; C. ZOLYNSKI, » La « loyauté » des « plateformes », quelles plateformes, quelle loyauté ? », Dalloz IP/IT 2016. 520
[990] J. SENECHAL, « L'ubérisation et droit de la consommation, *ibid.*
[991] Décret n° 2017-1434 du 29 septembre 2017 relatif aux obligations d'information des opérateurs de plateformes numériques, JORF n° 0233 du 5 octobre 2017 texte n° 22

rôle d'intermédiaire. La directive 2000/31/CE[992] sur les prestataires de service de l'information prévoit en ce sens des obligations pour les États de venir établir des règles protectrices du consommateur face à ces plateformes. Ces règles se fondent pourtant uniquement sur le respect des dispositions de la directive 2005/29/CE sur les pratiques déloyales[993] et prévoient ainsi des obligations au titre de l'information du consommateur. En cohérence avec les dispositions françaises, la responsabilité des plateformes s'en trouve écartée. La jurisprudence de la Cour de Justice a pu cependant ouvrir une perspective de responsabilité des plateformes pour les services proposés par le fournisseur. L'arrêt *Whatelet*[994] a pu préciser qu'une plateforme de mise en relation pouvait avoir la qualité de « *vendeur* » dans un échange entre un consommateur et un particulier vendeur. La doctrine soulignait alors que les plateformes en ligne qui aident à l'établissement de relations entre consommateur et prestataire de services seraient des prestataires de service. Aussi, celles-ci seraient susceptibles de voir leur responsabilité engagée[995]. Associée à la notion de « *rôle actif* » dans la réalisation de la prestation, précisée par la Jurisprudence de la Cour de justice dans l'arrêt *L'Oréal*[996], la responsabilité de la plateforme peut être envisagée. Néanmoins, les avancés jurisprudentielles sur le sujet ne permettent encore de valider ces hypothèses et il s'avère que la présence de ces intermédiaires dans la relation du patient consommateur n'apporte à ce dernier qu'une protection limitée.

B. Un régime limité de protection.

Une action limitée du consommateur patient. En présence de plateformes de simple prise de rendez-vous[997], le patient ne dispose pas à son encontre d'une quelconque action en responsabilité. La plateforme en ligne n'étant pas considérée comme un prestataire dans la réalisation du contrat de soin. Ces plateformes sous peine de sanction, doivent néanmoins

[992] Dir.2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 - 0016

[993] Dir 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, préc.

[994] CJUE, 9 nov. 2016, n° C-149/ 15, RTD civ. 2017. 171, obs. P.-Y. Gautier

[995] J. SENECHAL, « l'ubérisation et droit de la consommation », *ibid.*

[996] CJUE, 12 juill. 2011, n° C-324/ 09, Sté L'Oréal c/Sté eBay International, D. 2011. 1965, obs. C. MANARA ; *Ibid.* 2054, point de vue P. -Y. GAUTIER ; *Ibid.* 2363, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC ET P. TREFIGNY-GOY ; *Ibid.* 2012. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *ibid*. 2836, obs. P. SIRINELLI ; RTD eur. 2011. 847, obs. E. TREPPOZ.

[997] Une distinction est ici à faire entre les plateformes qui réalise simplement les rendez-vous en vue de réaliser des actes de soins, et les cliniques qui organise via internet des consultations en vue de réalisé des devis. Tels la société Jildent précité URL : https://www.jildent.fr/consultation-en-france

informer le patient consommateur sur les éléments contenus dans la directive 2000/31/CE, tels que leur critère de classement des résultats et des éléments permettant au consommateur de connaitre ses droits à l'égard du prestataire. Aucune action en responsabilité ne pourra être envisagée à l'égard de la plateforme, quand bien même cette dernière aborde sur son site quelle veille à la qualité des services fournis par les établissements[998]. Le statut de consommateur du patient ne lui permet que de disposer face à ces opérateurs que d'une série d'informations, à la différence des agences de voyages, aucune action en réparation ne peut être intentée contre eux. L'avantage d'une qualification consumériste de la relation de soin en présence de ce type d'intermédiaire apparaît alors existant, mais limité.

Mise en situation. Sera ici pris l'exemple d'une patiente française mise en relation avec un praticien allemand via une plateforme en ligne de rendez-vous. Ce type de plateforme de mise en relation se multiplie sur le territoire des États membres[999] et certains fournissent leur service d'intermédiaire de manière transnationale. À ce titre, ces plateformes ne seront pas tenues responsables en cas de préjudice survenu à l'occasion de l'acte de soins. Face à ces différents désavantages précités, la protection du patient en tant que « *partie faible* », consommateur, met en exergue une série de limites à la protection de leur intérêt. Certes ce régime se présente plus avantageux pour le patient que lors d'une qualification contractuelle de la relation de soin mais une série d'améliorations du régime nécessite d'être mise en œuvre.

Section II : Une approche consumériste de la relation de soin, source d'une nécessaire réforme du régime européen

La difficulté d'établir une protection effective dans le cadre du tourisme médical trouve sa source dans l'ambigüité entretenue par les statuts juridiques du patient et du consommateur. Chacun des statuts dispose ainsi de désavantage face à ces derniers. Une double réformation s'avère nécessaire. D'une part, le statut du patient apparaît peu incorporé dans la construction européenne en ce qu'il concerne les aspects touristiques de la pratique médicale (Sous-Section I). D'autre part, ces modifications pour poursuivre comme finalité une protection du patient

[998] Pratique communément admise dans la mise en relation avec des établissements sanitaires étrangers, via la mise en œuvre de Label interne de qualité.
[999] https://www.doctolib.fr/

suffisante nécessitent de revoir le statut juridique du consommateur et la place de ce dernier dans la construction du droit de l'Union européenne. (Sous-Section II).

Sous-Section I : Une réformation nécessaire de la place du patient

Assurer une protection effective du patient au titre du droit de la consommation nécessite de revoir le statut juridique de ce dernier. L'absence de mention expresse du patient en consommateur apparait alors préjudiciable. Sans une reconnaissance littérale de ce lien entretenu entre ces deux statuts, leur rapprochement ou leur fusion ne saurait être sereinement entrepris. En outre, en l'absence de position en ce sens affirmée par la Cour de justice de l'Union européenne, seule une démarche entreprise par les législateurs européens est en mesure combler ce vide interprétatif. Entrevoir une mention du patient dans le droit de la consommation dans les normes de l'Union (Paragraphe I) ne saurait toutefois s'effectuer sans une harmonisation du régime avec celui du consommateur (Paragraphe II).

Paragraphe I : Une intégration nécessaire du patient dans le droit de la consommation

Deux types d'intégration du patient dans les discussions relatives au consommateur dans les règlements européens sont à envisager. D'une part une intégration *a minima* du patient en tant que partie faible (A.), d'autre part en mentionnant expressément que le patient est un consommateur au sens des règlements Bruxelles I bis et Rome I (B.).

A. Une intégration insuffisante du patient en tant que « *Partie faible* ».

La reconnaissance d'un patient « *partie faible* ». La qualification juridique du patient dans le cadre des règlements Bruxelles I bis et Rome I, à défaut, de mention, relève d'une démarche prétorienne. Or, la Cour de Justice reste encore silencieuse sur le statut juridique du patient au regard des dispositions du droit international privé[1000]. Une modification des règlements européens pour intégrer la matière de la santé apparaît concevable pour pallier l'absence

[1000] Aucune décision en date, sur EUR-Lex, dernière consultation, 6 oct. 2020
Url : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0184

d'interprétation jurisprudentielle. En outre, une telle intégration, relève du possible au regard des différentes inclusions de la matière dans des propositions de directives. En effet le projet de réforme de l'action collective du consommateur marque cette tendance par la volonté d'inclure le domaine de la santé dans la nouvelle directive. Inclure le patient dans le règlement se réaliserait notamment en rappelant au considérant des directives[1001] que le patient s'identifie comme « *une partie faible* »[1002]. Cette intégration *a minima* assurerait que dans le cadre d'une relation de soin, le patient puisse bénéficier d'une protection « *au moyen de règle de compétence plus favorable à ces intérêts* ». Le patient pourrait ainsi rejoindre les parties protégées du règlement, tels l'assuré ou le consommateur. Toutefois, intégrer uniquement le patient en tant que partie faible suppose à sa suite une logique de rattachement à la notion de consommateur. Sans mention du patient en consommateur, la Cour de justice se doit alors d'apprécier quelle qualification donner pour assurer cette protection de la « *partie faible* ». Une telle intégration *a minima* semble alors insuffisante, la notion de patient au sein de droit de l'Union étant encore inspirée par son statut d'assuré social, notamment dans la directive sur les soins transfrontaliers. Il se concevrait alors que le patient est uniquement protégé dans les règlements européens au titre de son statut d'assuré. Le rattachement du patient au consommateur reste sous cette perspective encore conditionnée par l'interprétation qui en sera faite par les juges du fond et par la Cour de justice. Une démarche prétorienne aux conséquences aléatoires continue à se constituer dans ce modèle d'intégration. Ceci laisse alors à penser qu'une intégration littérale du patient en tant que partie faible consommateur se doit d'être mise en œuvre.

B. La mention expresse du patient en consommateur.

La modification du champ d'application des dispositions relatives au consommateur. Une intégration du patient en tant que consommateur peut être envisagée pour limiter les risques d'une interprétation prétorienne défavorable. Une telle refonte du régime ne nécessite pas néanmoins une réécriture totale des règlements pour intégrer le domaine de la santé. Au titre du règlement Bruxelles I bis, la modification de l'article 17 mérite une attention particulière. En effet, l'article dispose du champ d'application des dispositions protectrices du consommateur,

[1001] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, consid 23 C ;I Règl. (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Consid. 18

[1002]Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, consid 23 C ;I Règl. (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Consid. 18

en énumérant les contrats de consommations visés par cette section[1003]. Certes, le contrat de soin s'assimile éventuellement aux contrats présentés sous le c) [1004] de cet article 17,[1005] mais l'intégration d'un alinéa spécifique écarterait toute interprétation susceptible d'exclure l'application des règles protectrices du consommateur[1006]. Concernant le règlement Rome I, des modifications pourraient être apportées au considérant 26. En effet, à la différence de la détermination de la juridiction compétente, en matière de loi applicable, l'article 6 du règlement aborde le champ d'application des dispositions protectrices par la mise en œuvre de critères négatifs. Le quatrièmement de l'article précise les contrats de consommation visés en énumérant les contrats exclus du régime de protection. Face à cette appréciation particulière des règles de conflit favorables au consommateur, le règlement prévoit dans son considérant 26, une liste de contrats susceptibles d'être interprétés comme des contrats de consommation[1007]. Il énumère ainsi les services financiers et les contrats de vente de part de fonds commun de placement. Cette invitation du législateur européen auprès de la Cour de justice, caractérisée par l'emploi du conditionnel[1008], pourrait être étendue au domaine de la santé. Un considérant pourrait être ajouté ou modifié en ce sens[1009]. Bien qu'une modification du considérant 26 ne présente pas un caractère impératif, il apparaît suffisant pour introduire une interprétation du

[1003] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil , préc. Art 17 al. 1. *« 1En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice de l'article 6 et de l'article 7, point 5) : »*

[1004] *Lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.*

[1005] *supra* p. 56

[1006] Pourrait, ains être rédigéun d) à l'article 17 disposant *« lorsqu'il s'agit d'un contrat portant sur une prestation de soin établi avec un professionnel de santé, un établissement de santé privé ou public qui par tout moyen dirigé leurs activités vers ces États membres. »*

[1007] Considérant 26 *« Aux fins du présent règlement, les services financiers tels que les services et activités d'investissement et les services fournis par un professionnel à un consommateur et visés aux sections A et B de l'annexe I de la directive 2004/39/CE et les contrats de vente de parts de fonds communs de placement, qu'ils soient ou non couverts par la directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) (1), devraient être soumis à l'article 6 du présent règlement. Par conséquent, lorsqu'il est fait référence aux modalités et conditions d'émission ou d'offre au public de valeurs négociables, ou à la souscription et au remboursement de parts de fonds communs de placement, cette référence devrait englober tous les aspects liant l'émetteur ou l'offrant au consommateur, à l'exclusion de ceuxtouchant à la fourniture de services financiers »*

[1008] Ces contrats « Devrait être soumis »

[1009] Pourrait ainsi être rédigé *« Aux fins du présent règlement, les services de santé tels qu'apprécier par la directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers devrait être soumis à l'article 6 du présent règlement. »*

patient en consommateur à la condition que sa mention soit expressément réalisée dans l'article 17 du règlement Bruxelles I bis. La jurisprudence de l'Union en effet, fait preuve d'une volonté d'harmonisation de ces interprétations entre celles fondées sur le règlement Bruxelles I et celles fondées sur le règlement Rome I. Il a déjà pu être observé que les juges du Luxembourg ont pu faire appel au règlement Bruxelles I pour qualifier un acte juridique au sens du règlement Rome I. L'intégration du patient au sein du droit international privé applicable en droit de l'Union relève donc du possible et n'induit pas nécessairement une réforme générale des règlements. Toutefois, faire peser les règles du droit de la consommation en matière de conflit de lois et juridiction dans le domaine de la santé nécessite d'appréhender la dualité qu'elle génère entre le statut européen du patient et le statut en droit interne de ce dernier.

Paragraphe II : Une harmonisation complexe des dispositions consuméristes applicables à la santé

Intégrer le patient explicitement au statut du consommateur ne saurait se réaliser sans la mise en œuvre de certains aménagements. Le statut de patient et celui de consommateur devront ainsi coexister de manière pérenne (A.) Toutefois, concevoir cette dualité entrainera une réception sans doute difficile (B.).

A. La pérennisation de la coexistence des statuts.

La mise en œuvre d'une conception duale de la relation de soin. Qualifier la relation entre un patient et un professionnel de santé en contrat de consommation engendre une série d'avantages pour le patient. Néanmoins, cette appréhension de leur relation reste cantonnée à la démarche de détermination des règles de conflit. Une fois la compétence judiciaire et la loi applicable déterminées, la nature consumériste de la relation disparait au profit des dispositions générales relatives au droit de la santé dans les différents États membres. Dans le cas particulier du droit français, la relation de soin transfrontalière ne revêt plus les caractéristiques du contrat de consommation et les dispositions du code de la santé publique tendent à être les seules applicables. Le patient se trouve sous l'égide de deux statuts juridiques à deux instants de la procédure. La coexistence statutaire engendrerait certaines difficultés d'interprétation. À titre d'exemple, l'appréciation du contenu de l'obligation d'information varie en fonction des éléments auxquelles elle se rattache. Par conséquent, concernant l'information sur les voies de recours, les dispositions européennes applicables au consommateur imposent une telle

obligation au professionnel[1010] alors qu'en matière de santé, l'obligation d'information pèse sur les points de contact nationaux[1011]. Le professionnel de santé se voit au regard des dispositions européennes, dispensé d'informations à ce titre, à l'exception de le considérer en relation avec un consommateur. Le contenu des obligations particulières d'informations varie et n'assure pas la coexistence des statuts de patient et de consommateur. Elle nécessite alors que les juridictions nationales distinguent les informations à délivrer au patient de celles exigées pour le consommateur. Une telle coexistence des statuts engendre une nécessaire distinction par les juridictions de fond de la nature de l'obligation litigieuse. À ces adaptations nécessaires dans l'interprétation de la relation de soin par les juridictions s'ajoutent la compréhension de cette dualité et ses effets par les praticiens.

B. La difficile réception d'une dualité patient consommateur

Une réception difficile pour le professionnel de santé. De manière générale, chez le professionnel de santé subsiste une certaine réticence à voir la relation de soin sous l'angle du droit de la consommation[1012]. Néanmoins, la volonté d'apprécier la relation de soin dans sa particularité n'apparaît pas conciliable quand le professionnel entend proposer ses services à des ressortissants européens. Plus qu'un obstacle sémantique, la dualité de la qualification du patient engendre pour ce dernier une modification consistante de sa pratique. En effet, l'approche consumériste de la relation entraîne une extension de leur obligation d'informations à des éléments couverts par le droit de la consommation. Il est alors possible de reprendre l'exemple de l'information sur les voies de recours et de réparation. En outre, la reconnaissance d'une qualification consumériste engendre pour eux le risque d'une action devant des juridictions étrangères, et de devoir confronter leur pratique à la loi d'autres États membres. Pour le professionnel ou l'établissement de santé qui souhaiterait intégrer cette pratique, chaque acte, chaque relation sera soumise à défaut de dispositions contraires à la loi du pays de résidence du patient. Prendre connaissance et maîtriser des lois applicables au domaine de la santé des vingt-sept états membres de l'Union, constitue alors un frein considérable à l'extension de la pratique. La mise en œuvre du tourisme médical par les professionnels de santé et les établissements soulève des difficultés majeures. Et la conciliation des intérêts du patient

[1010] Dir.2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006relative aux services dans le marché intérieur, n° L. 376/36, 27.12.2006, préc. Art.21
[1011] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011, préc. Art. 6
[1012] supra p. 196

et du consommateur alourdirait certainement la mise en œuvre de la pratique. Pour résoudre ce problème, le concours des points de contact nationaux prévu au sein de la directive soin transfrontalier semble essentielle. La reconnaissance du statut de patient consommateur en droit international privé ne pourra être pleinement acceptée par les professionnels que par une réforme du rôle de ces points de contact nationaux. Ces derniers devraient voir leur rôle révisé pour assurer l'information des professionnels concernant les règles et voies de recours applicables dans le cadre du tourisme médical. Sans l'assistance juridique de ces intervenants institutionnels, les freins légaux à la pratique ne peuvent pas être à première vue levés. Si modifier le statut du patient au profit de celui de consommateur possède des avantages, sous couvert de certains aménagements, la protection du consommateur dans le cadre du droit international privé européen doit faire l'objet de certaines adaptations.

Sous-Section II : Une réformation nécessaire de la protection du consommateur

Le droit de l'Union en accordant une protection particulière au consommateur au sein de l'espace européen a permis de renforcer les dispositions préétablies dans les États membres. Mais ces considérations qui se traduisent par plusieurs aménagements pris par voie de directives ne se révélèrent pas suffisantes pour assurer la protection du patient. Le régime consumériste ne dispose en effet que de dispositions protectrices minimales. Un renforcement général de la protection du consommateur semble nécessaire (Paragraphe I) et plus particulièrement sur les voies de réparation (Paragraphe II).

Paragraphe I : Un renforcement général de la protection du consommateur

Le droit de la consommation établit dans les règles Bruxelles I et Rome I expose une relative protection des parties faibles. Cependant, des éléments spécifiques de ce régime s'avèrent insuffisants. D'une part, les clauses attributives de compétence et de détermination de la loi applicable engendrent parfois un régime dérogatoire défavorable pour le patient consommateur (A.). D'autre part, certaines parties prenantes au contrat de consommation trouvent leur responsabilité cantonnée à seulement quelques dispositions protectrices (B.).

A. Un renforcement du régime face aux clauses attributives.

Retour à une exclusion initiale des clauses. La problématique de l'emploi de clauses attributives de juridiction et de loi constitue un frein quant à la mise en œuvre d'une protection processuelle du patient. Malgré les dispositions protectrices prévues par la directive sur les clauses abusives[1013], leur mise en œuvre reste possible au regard de la place laissée à l'autonomie des parties dans les contrats de consommation déterminés en tant que tels par les règlements européens. Cette place laissée à la volonté des parties n'était pourtant pas établie initialement dans la convention de Rome et de Bruxelles, qui dans leur rédaction initiale ne prévoyait pas une extension de l'autonomie des parties aux règles de conflit. Un retour à ces dispositions initiales constituerait un plus pour le patient qui ne serait plus susceptible de voir les règles protectrices écartées au profit du contrat de consommation. Toutefois, ce retour en arrière renforcerait éventuellement le déséquilibre entre le patient et le professionnel de santé. Le renforcement de la protection du consommateur ne saurait s'envisager sans la mise en œuvre de contrepartie pour les praticiens en vue de préserver l'équilibre de leur relation. Pour se faire, les dispositions du règlement Rome I et Bruxelles I laissent la porte de l'arbitrage ouverte aux parties d'un contrat de consommation. La perte d'autonomie au titre des règles de conflit pourrait être compensée pour les parties par la mise en œuvre de règles alternatives du contentieux par voie d'arbitrage ou par la voie de la conciliation. Ceci permettrait sans aucun doute d'ouvrir le tourisme médical à d'autres formes de règlement du contentieux qui sont parfois déjà initiées dans le droit interne des États membres. La conciliation étant une pratique courante en matière de responsabilité médicale comme en attestent les dispositions légales présentes à titre d'exemple en France. Les articles L1142-5 et suivant du code de la santé publique[1014] autorisent en ce sens le règlement amiable des accidents médicaux. Au titre de la conciliation, les articles R1142-19 et suivant du code de la santé publique[1015] le précisent par l'institution d'une procédure spéciale en cas de litige devant la commission de conciliation et d'indemnisation. Ces procédures spéciales nécessiteraient cependant d'être transposées au litige transfrontalier en subissant une adaptation au particularisme de la relation en présence. L'assureur ou l'assurance maladie pourrait à titre d'exemple se substituer au patient dans le

[1013] Dir (UE) 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, préc. ; Dir. (UE) 2019/2161 modifiant la directive 93/13/CEE et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union européenne en matière de protection des consommateurs. Préc.
[1014] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 98 JORF, 5 mars 2002
[1015] Décret n°2012-298 du 2 mars 2012, art. 3

cadre de la conciliation. Les points de contact nationaux pourraient être également employés comme organe processuel central de cette dernière.

B. Un renforcement des obligations des intermédiaires.

Un intermédiaire à la relation constituée partie prenante à la relation. Le rôle des intermédiaires dans le cadre de la relation de soin se trouve encadré largement par les dispositions relatives aux agences de voyages. L'intégration des dispositions du droit de la consommation dans la pratique de ces agences permet une protection satisfaisante actuellement, en accord avec la pratique. Néanmoins, l'émergence de nouveaux acteurs d'intermédiation poussés par le phénomène d'ubérisation se trouve à la marge de ces dispositions protectrices. Si leur extension à ces plateformes en ligne constituerait une méthode pour assurer la protection du consommateur sa mise en œuvre apparait difficile. La responsabilisation de ces acteurs doit s'adapter aux formes spécifiques de cette pratique. La plateforme en ligne n'a pas d'interaction avec la pratique finale, mais pourrait être soumise à un mécanisme de responsabilité dans le cadre où elle ne garantirait pas certaines informations sur le professionnel. Il pourrait s'agir à titre d'exemple de contrôler son enregistrement à l'Ordre, ou vérifier les autorisations administratives préalablement exigées par les autorités administratives compétentes de l'État membre[1016]. En cas de défaut de ces prérequis à l'enregistrement du praticien sur la plateforme, la mise en œuvre de sa responsabilité pourrait être engagée. Le développement du tourisme médical instaure une nécessaire actualisation du rôle des acteurs institutionnels de ce phénomène et qui ont la charge de sa mise en œuvre. Enfin, si le rôle des intermédiaires et de la validité des clauses prévoyant des règles de conflit particulières reste des pistes viables d'amélioration de la protection du consommateur, les mécanismes de réparation présents et en projet doivent être revus.

Paragraphe II Une protection renforcée du consommateur dans les actions en réparation.

[1016] De telles démarches sont déjà entreprise en droit interne, concernant le contenu des profils des médecins sur la plateforme Doctolib. En ce sens A.-L. TILLY, « "Ôtez-moi ces mentions que je ne saurais voir" : l'engagement contraint et forcé des plateformes numériques dans la lutte contre les refus de soigner discriminatoires », RDS, n° 88, 2019, p. 248-253.

Parmi les pistes d'amélioration d'un régime de droit international privé appliqué au tourisme médical, l'approche consumériste de la relation de soin devrait permettre d'assouplir les conditions de validité de l'action subrogatoire (A.), et de l'action de groupe (B.).

A. Mise en œuvre de règle de conflit favorable au subrogé dans l'action subrogatoire.

L'extension des mesures protectrices du subrogeant consommateur au subrogé. L'amélioration des voies de recours des subrogés, assureur public et privé, impose une extension de la protection du consommateur dans le domaine de la règle de conflit. En effet, les recours subrogatoires en matière de santé sont rares et certains auteurs ont pu exprimer le même sentiment concernant le recours aux règlements européens en matière de consommation. Étendre la protection au subrogé, davantage susceptible d'engager le recours pourrait résoudre la difficile mise en œuvre de ces dispositions. Un revirement de la jurisprudence de la Cour de Justice, dans les arrêts *Powell Hofsoe*[1017], *MMA IARD*[1018] et *Shearson Leman Huton*[1019]permettrait d'établir une action subrogatoire au lieu de résidence habituelle du subrogé. Même dans l'éventualité où un tel renouveau assurerait une meilleure mise en œuvre des recours en réparation en matière de tourisme médical, il constituerait un frein pour les praticiens en exercice et leur assureur. Toutefois, l'assureur qui couvre le risque inhérent à cette pratique devrait s'il s'engage à réparer les atteintes causées, pouvoir prendre en compte le surcoût économique d'un procès à l'étranger. Tout comme le médecin qui prend le risque d'être attrait devant une juridiction étrangère en entreprenant une démarche commerciale avec des patients étrangers en vue de dégager un profit. Les bénéfices à étendre la protection garantie au patient à ses assureurs, permettraient alors à ces derniers de se saisir plus fréquemment des affaires inhérentes au tourisme médical. Au titre de l'État français et de l'assurance maladie, les recours inexistants actuellement auraient certainement des chances supérieures d'être intentés. Cette protection pourrait améliorer la protection du consommateur en incitant ses assureurs à venir engager des actions en réparation des dommages qu'ils couvrent.

B. Amélioration de la capacité de recours du patient à l'action de groupe. (Proposition de directive)

[1017] CJUE, 31 Janv. 2018n° C-106/ 17, Pawel Hofsoe, préc.
[1018] CJUE, 20 juill. 2017, n° C-340/16, MMA IARD, préc.
[1019] CJCE, 19 janv. 1993, n° C-89/91, Shearson Lehman Hutton, préc.

L**a nécessité d'amender le projet de directives relatives à l'action de groupe**. Le projet de directive sur l'action de groupe en discussion au sein du parlement européen[1020] permet d'envisager dans un futur proche la prise en compte de la protection particulière du consommateur patient. En permettant le recours collectif en matière de santé dans l'espace européen, il constituerait la première reconnaissance littérale du statut de consommateur, du patient. Cependant, il demeure certaines incohérences dans le projet qui risque de faire de cette reconnaissance, une source d'incertitude majeure dans la protection du patient. Le projet prévoit en effet d'établir la protection en exposant qu'un tel recours relève du possible si une atteinte à une directive explicitement mentionnée dans le projet est constatée. Or, seule la directive sur les soins transfrontaliers est mentionnée en ce qui concerne l'action de groupe des patients. Ceci interroge alors sur la possible limitation du statut de consommateur du patient dans le cadre spécifique des soins remboursés. La directive expose que seuls sont couverts par ce texte, les patients ayant recours à des soins remboursés dans leur pays d'origine. La distinction opérée entre les patients de soins remboursés avec ceux de soins non remboursés[1021] devrait en théorie créer une distinction au titre de la qualité de consommateur. Le projet de directives assurerait par référence aux soins transfrontaliers à une reconnaissance du consommateur au seul patient réalisant des actes pris en charge par leur système assurantiel. Une telle distinction constituerait une vraie gageure dans l'établissement d'une reconnaissance du statut du consommateur patient. Le statut protecteur se trouverait conditionné à la nature de l'acte remboursé en jeu, ce qui ne coïncide pas avec les conditions généralement appliquées pour définir le consommateur. À la lecture actuelle du projet, un patient qui réalisait un acte non remboursé dans un pays État membre de l'Union ne saurait être considéré comme un consommateur susceptible d'engager une action de groupe. Une telle conclusion ne saurait être pertinente, les consommateurs qui prennent en charge eux-mêmes la contrepartie à la réalisation de l'acte devraient également pouvoir recourir à l'action de groupe. En l'état, des modifications du texte s'imposent donc, en précisant que les atteintes à la directive sur les soins transfrontaliers s'étendent aux actes non remboursés à titre d'exemple. Sans ces précisions apportées aux textes, seule la Cour de justice pourra étendre la qualification au consommateur d'acte non remboursé, ce qui s'envisage aisément, en soulevant notamment le déséquilibre qu'expose le texte au regard de la protection du patient en Europe. Malgré tout, si le projet du législateur européen se réalise. La protection

[1020] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE, préc.

[1021] Etablit par J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.*

du patient sous l'égide du droit de la consommation ne s'appréhendera plus uniquement au plan théorique, mais constituera le signe d'une véritable considération pratique du tourisme médical. À défaut d'un droit spécial du patient touriste, un droit de la consommation appliqué au patient prendra ainsi le relais. La construction d'un droit spécial applicable au tourisme médical sera alors amorcée.

CONCLUSION

L'existence d'une définition européenne du tourisme médical

L'existence avérée d'une qualification autonome des composantes du tourisme médical. Le tourisme médical dans l'espace européen se trouve attaché à de nombreuses incertitudes. Sans réglementation spécifique, seul un recours aux dispositions préétablies dans le droit de l'Union permet d'appréhender et de définir cette pratique. Définir le tourisme médical passe donc par l'appréciation juridique de ses composantes. L'étude porte alors sur la qualification juridique de la relation de soin. Or cette qualification au niveau de l'espace européen s'exprime uniquement dans la résolution des conflits de juridictions et de loi. La construction européenne n'a pas établi une conception autonome des actes et des faits juridiques, mais a établi des harmonisations qualificatives *a minima*[1022]. Les règlements Bruxelles I bis et Rome I jouent alors un rôle prépondérant dans la détermination de l'approche européenne. Un acte juridique comme la relation de soin se trouvera susceptible de disposer de qualifications différentes en fonction de la nationalité des parties à cet acte. Pour déterminer laquelle de ces qualifications de droit interne s'applique au fond, une seconde qualification indépendante de celle des États membres est établie par les règlements. À titre d'exemple, dans le cas d'un patient français et d'un professionnel néerlandais, deux qualifications de l'acte sont possibles, l'une soumise au droit français l'autre au droit néerlandais. Pour déterminer laquelle des deux qualifications sera applicable au fond, la relation sera qualifiée au niveau européen. En fonction de cette qualification, l'une des deux conceptions de la relation prévues dans les états membres primera sur l'autre. Définir le tourisme médical dépend donc de la conception de la pratique prévue dans

[1022] M. MINOIS, « Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations », thèse, 2016, Centre de droits des affaires et de gestions, op.cit.

chaque État. Cependant la résolution des conflits de juridictions et de loi permet d'apprécier globalement la pratique et de déterminer les voies d'action ouvertes aux parties. Le tourisme médical au regard de cette approche arbore plusieurs qualifications au niveau européen autonome de celles retenues en droit interne.

L'existence de qualification autonome. Soutenir qu'une définition est autonome revient à dire que les conceptions nationales ne s'appliquent pas au moment de l'établissement de la règle de conflit. L'autonomie s'apprécie en dehors de ces interprétations nationales des actes et des faits juridiques. Celle-ci ne doit donc pas être influencée par des conceptions étatiques. Pour aborder les notions indépendamment, il est nécessaire pour le droit de l'Union de laisser ce rôle interprétatif à un organe indépendant. Laisser la compétence interprétative au juge du fond et aux juridictions suprêmes des États membres ne permet pas d'assurer une harmonisation européenne des qualifications et laisserait « *des concepts erronés, se propager* »[1023] comme le souligne Mame MINOIS. Cette compétence interprétative des normes européennes et notamment celles relatives à l'harmonisation de la justice[1024] furent établies par les dispositions de l'article 267 du TFUE. Les juges de la Cour de justice de l'Union se voient attribuer ce rôle. En cas d'absence d'interprétation des dispositions européennes, les juridictions suprêmes des états membres ont alors l'obligation de formuler un renvoi en interprétation. Les juges du Luxembourg disposent ainsi d'une latitude complète pour effectuer un travail de qualification des actes et faits juridiques sans avoir à solliciter des conceptions nationales préétablies[1025]. En étendant cette compétence au domaine du droit international privé européen, l'interprétation des actes dépend de la lecture des juges européens des dispositions relatives aux règlements Bruxelles I et Rome I.

L'existence de la qualification harmonisée dans l'espace juridique européen. La logique interprétative accordée par le TFUE devrait sous-entendre que chaque qualification dépend du texte qui la prévoit. Par exemple, la notion de « *matière contractuelle* » prévue par le règlement de Bruxelles I doit être interprétée au regard de ce seul texte. Réciproquement la notion d'obligation contractuelle prévue dans le règlement Rome I ne devrait être interprétée que par

[1023] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, thèse, 2016, Centre de droits des affaires et de gestions, *op.cit.* p. 165, n°231.
[1024] Rappeler par l'arrêt CILFIT qui impose le renvoi en interprétations des textes établissant les règles spéciales européennes du droit international privé ; CJCE, 6 oct. 1982, CILFIT, préc., pt. 16 s.
[1025] J.-M. THOUVENIN, *Les techniques interprétatives du juge de l'Union européenne, op.cit.*, p. 491 s

ce dernier. La qualification se fondant sur un texte, il conviendrait d'apprécier plusieurs qualifications en fonction de la teneur des règlements. L'appréciation de la relation de soin dans le cadre du conflit de juridictions se révèlerait différente quand elle porte sur un conflit de lois, chacune de ces dimensions étant traitées par des textes différents. Or, l'inverse s'est produit, une qualification conjointe des notions prévues aux règlements a eu lieu. La « *matière contractuelle* », la matière « *délictuelle* » et le « *contrat de consommation* » disposent d'une qualification harmonisée au sein des deux règlements et autonome des conceptions de ces notions dans les différents États membres de l'Union. Cette harmonisation conceptuelle est le fruit d'une construction réglementaire et jurisprudentielle. D'une part, les règlements Bruxelles I et Rome I disposent dans leurs considérants respectifs[1026] d'une volonté d'assurer une cohérence entre les textes. Cet objectif de cohésion des concepts dans les règlements européens évite par conséquent qu'un acte puisse disposer d'une qualification duale. Par exemple, un acte juridique apprécié comme contractuel dans les règlements de Bruxelles I ne pourra être qualifié dans le même temps de délictuel dans le règlement Rome I. D'autre part, la jurisprudence s'appropriait cette règle pour apprécier la nature des actes. Les arrêts *Kerr*[1027] *et INA-INDUSTRIJA NAFTE d. E.a*[1028]*, et Tacconi*[1029] l'attestent. Chacun d'eux démontre l'approche transversale du juge européen. Ce dernier dans ces arrêts utilise le principe de cohérence pour interpréter la nature d'acte juridique en fonction des deux règlements. Par exemple dans l'arrêt *Kerr*, les juges employaient le règlement de Bruxelles pour résoudre un conflit de lois, les silences du règlement Rome I l'avaient poussé à employer des éléments qualificatifs exposés en matière de conflit de juridictions. Une fois appréciée que la qualification européenne existe et se trouve harmonisée, il convient d'analyser quelle qualification retenir pour la relation de soin en droit international privé européen. Les renvois en interprétation révèlent alors trois qualifications possibles pour la relation de soin, chacune exposant une vision différente du tourisme médical dans l'espace européen.

L'apport qualificatif des règlements dans la définition du tourisme relation de soin.

Une interprétation contractuelle du tourisme médical. Les dispositions européennes relatives aux règles de conflit en droit international privé déclinent le régime applicable en

[1026] Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, consid. 1.
[1027] CJUE 8 mai 2019, n° C-25/18, Brain Andrew Kerr c/ Pavlo Postnov et Natalia Postnova, préc.
[1028] CJUE, 19 nov. 2019, n° C-200/19, Ina-industrija nafte d.d. e.a., préc.
[1029] CJCE, 17 sept. 2002, n° C-334/00, Tacconi, préc.

fonction de l'intégration des faits et des actes dans deux « *matières* ». Le règlement Bruxelles I et Rome I prévoit ainsi qu'un acte s'intègre dans la « *matière contractuelle* » ou dans « *la matière délictuelle* », tout cumul étant impossible[1030]. Le législateur européen reprend une dichotomie classique en droit, mais n'en précise que vaguement les contours. La Cour de justice dans une série d'arrêts de principe éclaire cette « *zone grise* »[1031] et incrémente au fil de ces interprétations des éléments définitionnels centraux. L'arrêt *Jakob Handte*[1032] illustre les premiers efforts du juge du Luxembourg pour donner une qualification de la notion de « *matière contractuelle* », non sans une certaine sècheresse[1033] soulevée par la doctrine, l'arrêt expose que cette matière comprend tous les actes intégrants « *un engagement librement consenti d'une partie envers une autre* »[1034]. Pour éviter « *les divergences conceptuelles des États* »[1035], la Cour retient donc une définition du contrat fondé sur son plus petit dénominateur commun, « *l'accord de volonté* ». À la suite de ces dispositions, la cour est venue préciser dans ses arrêts *Effer*[1036] et *Engler*[1037] que les engagements unilatéraux s'intègrent aussi dans cette matière[1038]. Ces interprétations du règlement Bruxelles I se retrouvent à l'identique dans le règlement Rome I. Ce dernier ne prévoit pourtant pas initialement de renvoi à la notion de « *matière contractuelle* », mais davantage à celle « *d'obligation contractuelle* ». Cependant, l'arrêt *Ergo*[1039] rendu en interprétation du règlement Rome I, reconduit la position entretenue précédemment en retenant qu'une obligation contractuelle « *désigne une obligation juridiquement consentie par une personne à l'égard d'une autre* »[1040]. Certes, la définition varie, mais l'accord de volonté prévaut dans les deux cas.

Une qualification contractuelle de la relation de soin. Dans une tentative de définir contractuellement la relation de soin, il convient d'apprécier si certains de ces éléments

[1030] CJCE, 27 sept. 1988, n°189/87, Kalfelis, préc. ; expose un principe de non-cumul de l'action, un acte ne peut être contractuelle et délictuelle concomitamment.
[1031] CJCE, 27 sept. 1988, n°189/87, Kalfelis, préc.
[1032] CJCE, 17 juin 1992, n° C-26/91, *Jakob Handte*, préc.
[1033] J. KULLMANN, Rev. crit. DIP. 1992. 726.
[1034] CJCE, 17 juin 1992, n° C-26/91, *Jakob Handte, préc*
[1035] Intervention de B. ANCEL à la suite de la communication de M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les lettres d'intention en droit international privé », TCFDIP 1994. 125, spéc. p. 150 *« il n'y a pas de conceptions qui, même avec l'Angleterre et même avec l'Allemagne, soient absolument irréductibles entre elles. Les contrats servent à la même chose, à réaliser les mêmes opérations. Il n'y a pas de discordances énormes »*
[1036] CJCE, 4 mars1982, n° 38/81, Effer, préc.
[1037] CJCE, 20 janv. 2005, n° C-27/02, Engler, préc. ; CJCE, 14 mai 2009, n° C-180/06, Ilsinger, préc.
[1038] Op cit Francs n°18
[1039] CJUE, 21 janv. 2016, n° C-359/14, n° C-475/14, ERGO Insurance et Gjensidige Baltic, préc.
[1040] CJUE, 21 janv. 2016, n° C-359/14, n° C-475/14, ERGO Insurance et Gjensidige Baltic, préc. Pt. 44

constitutifs permettent de préciser la nature de ce contrat. Mais aussi, si certaines spécificités de la relation n'entrainent pas une exclusion pure et simple de ces actes de la matière contractuelle. En analysant les éléments constitutifs de la notion de prestation de service, prévue à l'article 5-1 du règlement Bruxelles I et dans l'arrêt *Falco*[1041]. La relation de soin obtient pour finalité la réalisation d'une prestation de service. Cette dernière se définit au regard des règlements comme la réalisation d'une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération. Cette définition du service s'établit de manière autonome et indépendamment des rapprochements effectués entre le soin et le service dans le cas de l'article 50 du TFUE. Dans la notion de service établie en droit international privé, la réalisation d'un acte de soin renvoie à l'obligation de payer le prix. Or, dans le cadre de la relation de soin entendue dans le tourisme médical, il arrive parfois que le patient ne soit pas celui qui fournit la contrepartie à la prestation. Néanmoins, par l'existence d'une activité rémunérée et par l'interprétation donnée par l'arrêt *Engler*[1042] sur le caractère pécunier de la relation, il est permis d'apprécier la relation de soin présente dans le tourisme médical comme une prestation de service. Grâce à ces éléments, il devient alors envisageable d'apporter une définition contractuelle au tourisme médical dans l'espace juridique européen. En exposant qu'il s'agit de l'activité économique consistant à la fourniture de prestations de nature médicale par un professionnel de santé à un patient de nationalité différente. Toutefois, l'absence d'interprétation en ce sens de la Cour de justice au regard des règlements européens nécessite d'étendre cette analyse à la possible qualification délictuelle de la pratique.

Une qualification délictuelle écartée pour la relation de soin. De la même manière que l'appréciation d'un domaine contractuel, la « *matière délictuelle* » s'interprète au regard des interprétations réalisées par la Cour de justice. L'œuvre prétorienne des instances européennes constitue le socle d'une définition de la matière délictuelle. L'arrêt *Kaleflis*[1043] renseigne alors sur ce qui est attendu par « *matière délictuelle* ». Les juges conditionnent la mise en œuvre des règles de conflit spécifiques à ce domaine en l'absence d'un rapport contractuel et par l'existence des éléments constitutifs d'une responsabilité délictuelle. Concernant l'éventualité d'une telle responsabilité, la Cour de justice interprète ces conditions d'engagement également de manière autonome[1044]. La responsabilité civile médicale semble face à cette interprétation

[1041] CJCE, 23 avril 2009, n° C-533/07, Falco Privatstiftung et Rabitsch, préc.,
[1042] CJCE, 20 janv. 2005, n° C-27/02, Engler, préc.
[1043] CJCE, 27 sept. 1988, n°189/87, Kalfelis, préc.
[1044] CJUE, 25 oct. 2012, n° C-133/11, Folien Fischer AG et Fofitec AG c. Ritrama SpA., préc., pt. 45 ; CJCE, n° C-261/90, 26 mars 1992, Mario Reichert (Reichert II), préc.

réunir ces éléments qualificatifs. [1045] Cependant, en actant de la subsidiarité de l'approche délictuelle, en exigeant l'absence d'un contrat entre les parties, cela empêche la mise en œuvre de ces conceptions aux titres de la relation de soin et du tourisme médical. L'existence d'obligation légale pour les professionnels de santé susceptible de voir reconnaitre une responsabilité délictuelle ne suffit pas pour reconnaitre une conception délictuelle de la relation avec le patient. Généralement, ces obligations, certes légales, trouveront à s'appliquer en la présence d'un contrat. Les manquements à ces obligations légales constitueront également des manquements contractuels. Le tourisme médical et la relation de soin qui en découle semblent ainsi fortement influencés par le droit des contrats établis dans les règlements européens. Ce lien étroit conduit à pousser plus avant l'interprétation de la relation pour la considérer comme un contrat spécial, un contrat de consommation.

Une qualification en contrat de consommation. L'emploi du droit de la consommation pour établir une définition de la relation de soin dans le tourisme médical tend à se justifier. Les deux droits s'illustrent généralement dans un jeu d'influence[1046]. Le droit de la consommation a contribué au droit de la santé contemporain et inversement. En l'absence de dispositions particulières au titre de la santé dans le droit international privé et par la présence d'une influence croissante du droit de la consommation dans les normes européennes, appréhender la relation de soin sous cet angle se trouve légitimé. Toujours dans une logique d'autonomie, les règlements Bruxelles I et Rome I et la Cour de justice établirent une définition minimale du contrat de consommation. Ce dernier s'apprécie au regard de deux éléments centraux relatifs à la qualité des parties. D'une part, le contrat de consommation doit faire intervenir un professionnel et d'autre part un consommateur. Les juges du Luxembourg précisèrent que le consommateur devait nécessairement être une personne physique[1047] réalisant un contrat « *étranger à son activité professionnelle* »[1048] . Il doit également se trouver face au cocontractant professionnel « *économiquement plus faible et juridiquement moins expérimenté* »[1049] . Le professionnel quant à lui est qualifié de personne « *qui exerce des activités commerciales ou*

[1045] Fondé sur la réunion, d'une faute, d'un dommage, et d'un lien de causalité
[1046] G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé » *op.cit.*
[1047] CJCE, 19 janv. 1993, n° C-89/91, Shearson Lehmann Hutton c/TVB, préc. pt. 17 ; La Cour de justice a par la suite employé une expression plus douce qui est celle de « moins favorable », CJCE, 20 janv. 2005, n° C-464/ 01, Grubber, préc., pt 33 CJCE, 22 nov. 2001, n° jatte C-541/99 et C-542/99, Idealservice, préc.
[1048] CJCE, 21 juin 1978, n° 150/77, Bertrand c/Paul Ott, pt 21 : JCP G 1979, II, 19051, note F.-C. Jeantet ; RTD com. 1979, p. 170, note Y. LOUSSOUARN ; P. BOUREL ; Rev. crit. DIP 1979, p. 119, note E. MEZGER
[1049] CJCE, 19 janv. 1993, n° C-89/ 91, Shearson Lehman Hutton, préc. pt. 17

professionnelles »[1050]. Son expérience[1051] et le caractère répété des actes constituent des éléments susceptibles[1052] de le rattacher à cette qualification. Par conséquent, ces précisions jurisprudentielles permettent d'accueillir le professionnel de soin au sein de la définition en droit de la consommation. Cependant, le champ d'application des règles de conflit spéciaux de ce droit au sein des règlements se trouve conditionné à l'existence d'une particularité. Le professionnel doit diriger par tout moyen son activité vers un patient ressortissant d'un autre État membre que le sien[1053]. Ces éléments réunis, la possibilité d'apprécier le patient en consommateur en matière de tourisme médical ressort. Le tourisme médical européen pourrait être défini comme l'ensemble des pratiques médicales réalisées entre un patient consommateur et un professionnel de santé, ressortissants européens et ayant leur lieu de résidence localisé dans un des États membres. En outre, cette qualification possible devient souhaitable en considérant les conséquences associées en matière de détermination de règle de conflit. Néanmoins, pour déterminer laquelle des deux qualifications emportera l'assentiment futur des juges du Luxembourg, il convient d'étudier les conséquences de ces qualifications sur les règles de conflit et lesquelles de celles-ci contribuent le plus à assurer une protection du patient au niveau européen.

Les conséquences des différentes approches.

Conséquence au titre d'une approche générale en droit des obligations. Si un rattachement est réalisé entre les règles de conflit applicables en matière contractuelle et la relation de soin, alors, il convient d'apprécier les conséquences processuelles pour les parties de cette interprétation. À ce titre, des variations dans le régime applicable se constatent par les différentes expressions du tourisme médical. Cependant, quand l'acte à caractère médical se réalise avec des intermédiaires, ou en faisant intervenir plusieurs États membres, le constat reste désavantageux pour l'expression du droit des patients. Dans le flou laissé par la directive sur les soins transfrontaliers qui reconnait un droit d'accès à la justice sans néanmoins préciser son contenu[1054], l'expression du droit des patients se trouve occultée dans l'établissement des règles de conflit. Dans les actions en réparation, l'individu qui recherche la réparation d'un préjudice

[1050] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, art. 15
[1051] CJUE, 11 juil. 2002, n° C-96/00, Rudolf Gabriel, préc. pt. 39
[1052] CJCE, 19 janv. 1993, n° C-89/ 91, Shearson Lehman Hutton, préc. pt. 17
[1053] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, art. 17
[1054] Dir. (UE) 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011, Préc. Art. 5 « Responsabilité de l'états membres d'affiliation »

survenu doit généralement porter son action devant une juridiction étrangère en se fondant sur la loi étrangère. En disposant d'une règle de conflit fondée au lieu du domicile du défendeur[1055] ou sur le lieu de réalisation de la prestation[1056], le patient se trouve dépossédé de tout recours à ces législations nationales. En outre, les actions subrogatoires et les actions directes des victimes contre l'assureur du praticien conduisent aux mêmes difficultés d'accès. La problématique du coût de l'instruction d'une demande en réparation à l'étranger constitue nécessairement un frein à la réparation. La position des parties au litige s'en trouve alors fortement déséquilibrée au bénéfice du praticien, qui pourra rédiger des clauses de juridiction et de loi applicable opposable au patient, ce dernier ne disposant pas d'une position susceptible de lui laisser une chance de négocier. Seules certaines situations particulières peuvent apporter un dénouement heureux pour le patient au titre des règles de conflit. Il s'agit par exemple, des agences de voyages spécialisées dans le tourisme médical. En présence de ces opérateurs, les règles de conflit sont à l'avantage du patient qui se trouve dans une position moins déséquilibrée en pouvant attraire ces intermédiaires devant la juridiction de leur État membre, et dans la loi qui y est habituellement appliquée. Néanmoins, ce régime particulier n'est pas réellement en mesure de venir légitimer une approche contractuelle. Car, les règles de conflit applicables aux agences de voyages se fondent sur le droit de la consommation. Dans ce cas-ci, la seule issue positive pour le patient cocontractant est d'établir une action fondée sur le droit de la consommation. Il est alors envisagé que toutes relations de soin même en l'absence d'agence soient des contrats de consommation. Les conséquences de cette approche se révèlent d'ailleurs plus avantageuses. Sans un rapprochement entre la notion de consommateur et de patient, il est possible de voir que le droit général des obligations occulte le statut privilégié de ce dernier. Le régime général ne s'intéresse alors qu'aux contractants et non à l'équilibre contractuel entre les parties. Seul le droit de la consommation établit une protection spécifique du cocontractant, patient dans une relation déséquilibrée, dans le silence des règles de conflit. Le rattachement des deux notions apparait judicieux pour apporter une protection étendue en Droit international privé européen appliqué au patient.

Les conséquences processuelles d'une approche consumériste de la relation de soin.

[1055] Règl. (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, Art. 5-1 b ; Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, Art. 4
[1056] Règl. (UE) n° 1215/2012, préc. Art. 5. 1. a)

Considérer la relation de soin comme un contrat de consommation au sens des règlements européens, permet la mise en œuvre de règles de conflit favorables au patient[1057]. En exposant des règles protectrices du consommateur, le législateur européen étend cette recherche de rééquilibrage inhérente au droit de la consommation, au domaine de la détermination de la juridiction compétente et de la loi applicable. En effet, les régimes de droit international privé applicables dans l'espace européen prévoient une détermination de la règle de conflit au lieu de résidence habituelle du consommateur. En l'occurrence, le patient dispose ainsi d'un recours fondé sur la loi de son lieu de résidence habituelle et devant la juridiction géographiquement la plus proche. Les droits du patient européen s'en trouvent renforcé. En présence d'intermédiaires, l'emploi des dispositions consuméristes accorde la mise en œuvre de règles de conflit favorables dans la plupart des cas[1058]. Cependant, la création de nouvelles formes d'intermédiation, par voie numérique, introduit de nouvelles difficultés. Ces nouveaux acteurs restent encore protégés contre les actions intentées contre eux. En outre, la caractérisation d'un patient consommateur autorise la mise en œuvre des règles protectrices établies en ce sens par les directives européennes. Le patient dispose par conséquent d'une protection contre les clauses attributives de compétence et de loi applicable par l'emploi de la directive sur les clauses abusives[1059]. Les tentatives de revenir sur les règles de conflit établies par voie de clause et d'établir un régime plus favorable pour le professionnel ne devraient pas, outre mesure atteindre la protection du patient. Les voies de réparation particulière au droit de la consommation s'ouvriraient aussi largement au patient. Par exemple, le recours collectif des patients consommateurs serait susceptible d'être reconnu en l'état. Néanmoins, dans ce cas de figure, le praticien se trouve dans une situation bien plus délicate dans la mise en œuvre d'une activité médicale transfrontalière. Le poids de ces dispositions constitue alors un frein au développement de la pratique. Ouvrir son activité médicale à l'ensemble des ressortissants européens, impose pour le professionnel de santé de réaliser ses prestations en conformité avec le droit interne de chacun des états membres avec le risque d'être attrait par des juridictions nationales étrangères. Les effets processuels de ces règles de conflit constituent alors un véritable frein au développement de la pratique. Ces limites sont le fruit d'une prise en compte encore trop limitée de l'existence du tourisme médical qui nécessite l'établissement d'adaptation du droit européen.

[1057] *supra* p.223
[1058] Dir. (UE) 2015/2302 du parlement européen et du conseil du 25 novembre 2015, préc. ; Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 , préc. Art. 6, art. 15
[1059] Dir. (UE) 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, préc.

Une reconnaissance nécessaire du tourisme médical.

Au regard des conséquences sur les règles de conflit que chaque qualification de la relation de soin entraine, il convient d'apprécier deux voies pour assurer une protection effective du patient. D'une part, le tourisme médical et le patient pourraient se voir attribuer un régime autonome de celui prévu en droit de la consommation. D'autre part, une intégration encore plus poussée dans le droit de la consommation serait susceptible d'assurer une reconnaissance effective du tourisme médical.

La mise en œuvre d'un régime autonome applicable au tourisme médical. Distinguer les droits du patient de ceux du consommateur constitue une piste sérieuse pour assurer une reconnaissance effective du tourisme médical. Envisager de distinguer le patient du régime protecteur du droit de la consommation sollicitera cependant d'établir une série de règles spéciales pour le patient. Il reviendrait alors aux règlements européens de Bruxelles et de Rome, une qualification autonome de la relation de soin en instaurant une série de règles de conflit favorable au patient. La directive sur les soins transfrontaliers devra alors dans le même temps s'intégrer dans ce régime en précisant avec une meilleure clarté, les droits du patient. La directive actuellement aborde que succinctement la question de la règle de conflit en n'assurant qu'un droit à l'accès à la réparation en justice. Des dispositions spéciales devront également être prévues au titre des clauses abusives. Il s'agirait en somme d'établir un régime d'actions et de réparations inspiré du droit de la consommation, mais autonome à ce dernier. Les rapports entre le droit de la santé et le droit de la consommation renverraient alors à l'identique aux jeux d'influence qu'il est possible de retrouver en droit français[1060]., où le droit de la santé est influencé par le droit de la consommation dans la mise en œuvre des dispositions garantissant la protection du patient. Cette influence existante se distingue en droit de l'Union dans les fondements employés. Le travail pour établir un tel régime constituerait un vrai défi pour le législateur européen. Cependant, ce dernier tend actuellement à prendre un chemin intermédiaire en reconnaissant la nécessité d'une protection du patient, mais en la rendant effective par une plus grande intégration du droit de la santé dans le droit de la consommation européen.

[1060] G. ROUSSET, « L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé » *op.cit.*

L'intégration avancée du tourisme médical dans le droit de la consommation. La seconde piste susceptible d'être suivie pour établir une protection du patient dans le tourisme médical européen revient à l'intégration plus poussée de ce dernier dans le droit de la consommation. Ces positions semblent être ainsi retenues par le législateur européen.

Une approche consumériste existante et en cours d'extension.

Au regard du projet de directive sur les recours collectifs de consommateur qui ouvre cette forme d'action aux contentieux fondée sur la directive sur les soins transfrontaliers, un rapprochement de la notion de patient et de consommateur tend à se préciser. Le législateur européen choisit ainsi une approche différente de celle de l'autonomisation de la notion de patient. Celui-ci voit dans cette perspective ses droits assurés par une intégration au statut de consommateur. Il obtient alors la protection prévue par les règles de conflit spécifiques prévues dans ce droit. Cependant, si l'établissement d'une approche autonome de relation de soin semble être exclu, alors il convient de remarquer que le rapprochement au titre du droit de la consommation nécessite une série d'adaptation pour assurer une expression satisfaisante du droit des patients. D'une part, sans considération du patient en dehors du régime prévu au titre des soins transfrontaliers, les rapprochements avec le droit de la consommation se trouveront cantonnés aux propres limites de cette notion. En effet, les soins transfrontaliers établis dans la directive de 2011 ne s'intéressent pas au tourisme médical[1061], mais au remboursement des soins. Sans élargissement des règles de protection au patient en dehors de ce cadre, seule une interprétation extensive de la Cour de justice permettrait la reconnaissance pleine et entière du patient consommateur. Une telle prise de position ne devrait néanmoins pas poser de difficulté, il paraît peu probable que les juges du Luxembourg accordent une protection conditionnée au caractère remboursé du soin. D'autre part, la Cour de justice européenne devra en ce sens assurer une reconnaissance du rapprochement du statut de patient au droit de la consommation, à l'ensemble des textes relatifs aux recours en justice et à la détermination des règles de conflit applicable. Établir de manière explicite l'association des statuts de patient de de consommateur, assurerait ainsi une plus grande clarté pour les acteurs de cette pratique, cette voie apparait à privilégier à défaut d'émergence d'un droit international de la santé européenne.

[1061] J. GAUBERT. Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, *op.cit.*,

Vers un droit international de la santé européen. M.MOLINARI s'interroge et énonce « *Le droit international public de la santé existe-t-il* ?»[1062]. Étendre cette question à un éventuel « *droit international privé européen de la santé* » apparait hors propos dans ce cas de figure. Il apparaitrait plus pertinent de se demander si « *le droit international de la santé européen doit il exister ?* ». En l'absence de disposition et d'interprétation permettant d'établir l'existence de cette matière, le patient se trouve en situation de faiblesse face au régime général applicable en matière contractuelle et délictuelle. Cependant, cette question sur la nécessaire existence d'un droit international privé de la santé européenne apporte une réponse négative. Sans l'existence de ce droit, le patient peut se voir reconnaitre une protection au titre du droit de la consommation. Le droit international privé européen de de la consommation lui, existe par les dispositions prévues dans les règlements Bruxelles I bis et Rome I et il permet d'assurer une protection effective du patient, contre les freins s'opposant à son accès à la réparation. Toutefois, seuls le législateur européen et la Cour de justice pourront explorer ce régime. Actuellement, la pérennisation de ces concepts reste hypothétique, mais ceci rappelle les affirmations de Guy de Maupassant sur la notion de voyage. L'auteur écrit « *Le voyage est une espèce de porte par où l'on sort de la réalité comme pour pénétrer dans une réalité inexplorée qui semble un rêve* »[1063]. Ce voyage pour explorer la réalité du tourisme médical ne fait que commencer.

[1062] P. MOLINARI, « Émergence et structuration du droit de la santé: du colloque singulier à la théorie des droits sociaux », Actes de la 10e Journée de droit de la santé, Institut de droit de la santé ; Neuchâtel (Suisse), Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel, Neuchatel, 2004, p. 9 S.
[1063] G. DE MAUPASSANT, *Au soleil*, folio classique, Gallimard, Paris, 2015

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITES, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

II. OUVRAGES SPÉCIAUX ET COLLECTIFQ

III. ARTICLES, COMMENTAIRES

IV. CONTRIBUTIONS

V. JURISPRUDENCES, NOTES, OBSERVATION, ET CONCLUSIONS

VI. TEXTES LÉGISLATIFS ET RÈGLEMENTAIRES

VII. THÈSES CITÉES

VIII. RAPPORT, COMMUNICATION ET DOCUMENTS DIVERS

IX. ROMANS

X. COLLOQUES, INTERVENTIONS ORALES, SYMPOSIUM, ENTREVUES

XI. SITES

I. TRAITES, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

S. ABRAVANEL

Droit des assurances, 3e éd., Ellipses, 2020.

M.-É. ANCEL et H. GAUDEMET-TALLON

Compétence et exécution des jugements en Europe, LGDJ, 6e éd., 2018

M.-É. ANCEL, P. DEUMIER et **M. LAAZOUZI**

Droit des contrats internationaux, Sirey, 2ième, 2019.

H. BATIFFOL

Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, 2002.

B. BEIGNIER et **S. BEN HADJ** YAHIA

Droit des assurances, 3e éd., LGDJ, Lextenso, 3ième, éd, 2018.

B. BEIGNIER et J. ; M. DO CARMO SILVA (dir.),

Code des assurances 2019, 13e éd., LexisNexis, 2019.

J. BIGOT (dir.), J. KULLMANN et **L. MAYAUX**

Traité de droit des assurances, t. 5, Les assurances de dommages, préf. G. DURRY, LGDJ, Lextenso, 1er éd., 2017.

M. BLANQUET

Droit général de l'Union européenne, 11° édition, Sirey, Dalloz, 2018.

R. BONNET, N. CATALA

Droit social europé*en*, Litec, 1991.

D. BUREAU et H. MUIR WATT

Droit international privé : PUF, 4e éd., 2017, n° 924,

R. CABRILLAC

Dictionnaire du vocabulaire juridique 2021, Jurisclasseur, Objectif droit, Litec, 2020.

J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ

Droit de la consommation : Précis, Dalloz, 2006.

M-**F. CALLU, M**. GIRER, **G. ROUSSET**

Dictionnaire du droit de la santé, secteur sanitaire, médico-social et social, ed Lexis Nexis, 2017.

H. CAPITANT

Vocabulaire juridique, PUF, Dicos Poche, 13e éd., 2020.

B. HOERNI

Ethique et déontologie médicale, 2ème éd, Masson, 2000.

G. HOTTOIS, J.-N. MISSA

Nouvelle encyclopédie de bioéthique, De Boeck Université, 2001.

F. KESSLER

Droit de la protection sociale, Dalloz, coll. Cours, 6ème éd., 2020.

Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR

Droit des assurances, Dalloz, 14e éd., 2017.

G. LARDEUX,

Droit international privé des obligations contractuelles : Larcier, 2016.

E. LEROY LADURIE

Le siècle des Platter, Tome 1 (1499-1628) et Tome 2 (1595-1599), Fayard, 1995.

Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL. P. DE VAREILLES-SOMMIERES

Droit international privé, 10ième éd., Précis droit privé, 2016, Dalloz.

P. MAYER ET V. HEUZE

Droit international privé, LGDJ, 12e éd., 2019.

P. PAILLER

Manuel de droit européen des assurances, Bruylant, coll. " Droit de l'Union européenne ", 2019.

K. PARROT

L'interprétation des conventions en droit international privé, Dalloz, 2006.

X. PRETOT

Le droit social européen, PUF, coll. Que sais-je ?, 2e éd., 1993.

P. RODIERE,

Traité de droit social de l'Union européenne, LGDJ, Lextenso, 2008.

N. RZEPECKI

Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2002.

N. SAUPHANOR-BROUILLAUD

Les contrats de consommation : règles communes, 2ième édition, LDGJ, 2018.

F-X TESTU

Contrats d'affaires, Dalloz référence, 2010.

F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE

Droit civil. Les obligations, Dalloz, 12e éd., 2018.

G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL,

Traité de droit civil, LGDJ, 4ième éd., 2013.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX ET COLLECTIF

M.-É. ANCEL et H. GAUDEMET-TALLON

Compétence et exécution des jugements en Europe. Matières civiles et commerciales : LGDJ, 6e éd., 2018.

F. BARON F

Marché intérieur et droit social de l'Union européenne, PUM, 1998.

J. BOURRINET, D. NAZET-ALLOUCHE, (dir.)

Union européenne et protection sociale, La documentation française, 2002.

M. BÉLANGER

Les Communautés européennes et la santé, Presses universitaires de Bordeaux, 1985,

J. P. BESANCENOT

Climat et santé médecine et social, PUF, 2001.

F. BOULANGER

Tourisme et loisirs dans les droits privés européens, Economica, 1996

J. BOURRINET, D. NAZET-ALLOUCHE, (dir.)

Union européenne et protection sociale, La documentation française, 2002 .

P. DUHAMEL, R. KNAFOU, M. STOCK

Le tourisme et la rencontre de l'autre, voyage au pays des idées reçues, L'autre, 2005.

H. BORN, M. FALLON, J.-L. VAN BOXSTAEL

Droit judiciaire international chronique de jurisprudence 1991-1998, in Les dossiers du journal des tribunaux, Larcier, 2001.

L. CADIAT, C. LABRUSSE-RIOU, I. LAMBERTIERRE (dir.)

Santé, marché, droit de l'homme, coll thème et commentaire, Dalloz, 1996.

G. DUHAMEL,

Vie des Martyrs, Petite biblio Payot classiques, 2015.

E. DURKHEIM,

Les règles de la méthode sociologique, Paris, PUF, 2013.

D. DUVAL-ARNOULD

Prise en charge des patients et réparation des dommages consécutifs aux soins, Dalloz, 2019.

M. FALLON, P. LAGARDE, **S. POILLOT**-PERUZZETTO (dir.)

La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé. Dalloz, 2009.

E. FRANKENSTEIN

Projet de code européen de droit international privé, Leiden, brill, 1950.

S. FRIOUX, P. FOURNIER, **S. CHAUVEAU**

Hygiène et santé en Europe. De la fin du XVIIIe siècle aux lendemains de la Première Guerre mondiale, SEDES, coll. Histoire, 2011.

W. GESLER

Bath's reputation as a healing place, Putting health into places: Landscape, Identity and Well-Being, Chapitre 2, Syracuse, 1998.

M. HOROWITZ, J. ROSENWEIG, C. JONES

Medical tourism : globalization of the healthcare marketplace, Us national library of medecine, national institute of health, 2007.

R. KNAFOU

Tourismes, Moments de lieux, Belin, 2005.

A. LAUDE, D. TABUTEAU (dir.)

Code européen de la santé, éd. Edition de santé, coll. Hygiéa, 2009.

A. LECA

Droit de la médecine libérale, PUAM 2005.

F. LECLERC

« *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux* », LGDJ, 1996.

B. MATHIEU

Directives européennes et conflits de lois, LGDJ, 2015.

P. MAVRIDIS

La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne - confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux, Bruylant, Bruxelles, 2003.

H. MUIR-WATT

Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?, **T. AZZI, O. BOSKOVIC** [dir.], 2015, Bruylant.

P.-E. NYGH

Autonomy in International Contracts, Oxford Private International Law Series, 1999.

V. R. POTTER

" Bioethics, science of survival ", Perspectives in Biology and medicine, Johns Hopkins University Press,, 1970.

R. PRUTHI

"Medical Tourism in India", New Delhi, Arise Publishers, 2006.

J.-**J. RIBAS**

La politique sociale des Communautés européennes, Dalloz, Paris, 1969.

N. RZEPECKI

Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2002.

N. SAUPHAN

L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 2000.

R. SAVATIER

Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui, Dalloz 1959.

A. SENGUPTA

"medical tourism : reverse subsidy for the elite" ; Us national library of medecine, national institute of health, medgenmed, 2011.

F. SCHOCKWEILER

La codification du droit international privé dans la communauté européenne , E pluribus unum, Liber Amicorum Georges A. L. Droz, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff publisher, 1996.

J.-**M. THOUVENIN**

Les techniques interprétatives du juge de l'Union européenne, RGDIP, 2011.

V. TOLEDANO

La médecine de Maïmonide, quand l'esprit guérit le corps, in press eds, 2018.

P. VELLAS

Législation sanitaire et personnes âgées, réalisée par le Bureau régional de l'OMS pour l'Europe, publications régionales, Séries européenne, n°33, 1990.

A. WILLIAMS

"Therapeutic landscapes: the dynamic between place and welln1ess,' University Press of America, 1999.

III. ARTICLES, COMMENTAIRES ET FASCICULES

B. ANCEL

« Commission pour le droit européen du contrat : Les principes du droit européen du contrat. L'exécution, l'inexécution et ses suites », Rev. crit. DIP, 1997.

« Qualification », Répertoire de droit international Dalloz, 2009.

P. ANCEL et P. FAUVARQUE-COSSON

RDC 2005/3.

J.-M. AUBY

« Aperçus sur la situation juridique du malade dans le système de santé français », L.P.A, 21 mai 1997.

B. AUDIT

« Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », RCADI ,1984-III,

« Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul », RIDC, 1998.

« L'interprétation autonome du droit international privé communautaire » JDI, 2004.

C. AUBERT DE VINCELLE

« Vers un droit européen des actions de groupe » Chron, CCC 2019. 3, no 17.

T. AZZI

« Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », D. 2009. 1621, no 5.

H. BATIFFOL,

« Projet de convention C.E.E sur la loi applicable aux obligations contractuelles », RTD eur, 1975, 181.

F. BELLIVIER, J. ROCHFELD

« Commentaire de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », R.T.D civ., 2002.

J.S. BERGE

« L'enseignement du droit international privé par le droit européen : expérience, actualité du GDR », Réseau universitaire européen, ressource numérique du CNRS.

J.-S. BORGHETTI

« L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », D. 2016. 1386, no 39.

R. BIGOT

« La loi applicable à l'action directe en matière non contractuelle contre l'assureur » Civ. 1re, 18 déc. 2018, FS-P+B+I, n° 18-14.827 et 18-18.709 ; Dalloz actualité 30 janvier 2020.

M. BOUTEILLE

« L'évolution consumériste de la notion d'acte médical », J.C.P E, 2001.

M. BÉLANGER

« Droit communautaire et assurance maladie, à propos des arrêts Decker et Kohll » R.G.D.M, n° 4, 2000, p. 19-32.

« La situation juridique des patients d'après le droit communautaire » L.P.A, 21 mai 1997, n° 61.

J.-P BERAUDO

« Compétences en raison de la matière : contrats d'assurance et contrats conclus par les consommateurs », JCl. Europe traité. Fasc. 3010, LexisNexis, 2019.

C. BERLAUD

« Protection de l'assuré consommateur » Gaz. Pal., Lextenso, 2014.

J.S, BERGE, D. PORCHERON, G. VIERA DA COSTA CERQUIERA

« Le juge du droit international privé européen, Droit international privé et droit de l'Union européenne », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2017.

P. BERLIOZ

« La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1, b, du règlement « Bruxelles I » » JDI, 2008, p. 675.

« Cour de Justice de l'Union européenne : du dialogue à la cassation ? » in Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ?, RTD com. 2012 n° 2

« Le contrat de concession est un contrat de fourniture de services au sens du règlement Bruxelles », JCP, n° 6, Lexisnexis, 2014, 180.

S. BOLLEE

« À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », D. 2008. 2161, no 4.

J. BOURRINET, D. NAZET-ALLOUCHE, (dir.)

« Union européenne et protection sociale », La documentation française, 2002.

P. A. BOUVIER

« Explosion du tourisme médical, des voyageurs d'un nouveau type », rev med suisse 2008, volume 4. 01.

O. BOSKOVIC

« La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », D. 2008.

« règlement Rome II (obligations non contractuelles) » Répertoire Dalloz, 2012, no 8.

M. BRIDGE

« What is to be done about sale of goods? », Law Quaterly Review, 2009, p. 671-698.

P. CARRERA, N. LUNT

« A European perspective on medical tourism: the need for a knowledge base, International Journal of Health Services, 2010.

R. CHINAI, R. GOSWAMI

« medicals visas mark growth of indian medical tourism », bull. world Heath organ,, US National Library of médecine, National institutes health, 2007.

O. CACHARD

« La régulation internationale du marché, électronique » : LGDJ, 2002.

CALAIS_AULOY

« L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD com, 1998.

C. CHARBONNEAU, F.-J. PANSIER

« Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades » Gaz. Pal., mai 2002, n° 121.

V. CHASLES

« Se déplacer pour se faire soigner : une mobilité en expansion, généralement appelée « tourisme médical » », Géoconfluences, 2011.

V. CHRISTIANOS

« Action en cessation » Répertoire droit européen, Dalloz, 2003.

J.-L. CLERGERIE, C. KARATHANASI

« La mobilité des patients et le remboursement des dépenses médicales dans l'Union européenne » R.D.S.S, 2009.

C. DEBOST

« Étendue et charge de la preuve de l'obligation d'information » RDS, n° 41, 2011.

R. DE GRAAFFI et B. MORON-PUECH

« Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle, réflexions comparatistes à l'occasion du projet de réforme du droit français de la responsabilité civile, Revue de la recherche juridique, droit prospectif » 2017, p. 71-89.

T. DOURAKI

« Principes des droits du patient en Europe », R.T.D.H, avril 1996, n° 26.

L. D'AVOUT

Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux. Recueil Dalloz, Dalloz, 2014.

N. DE GROVE-VALDEYRON

« La directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, véritable statut juridique européen du patient ou simple clarification d'un régime de mobilité ? », Rtd eur., n° 1, mars 2011.

H. DELEBECQUE

« Assurances. Subrogation légale. Loi applicable. Loi applicable aux rapports tiers solvens/créancier », RTD com. 2010.

B. ESCHAPASSE

« Servier a-t-il tenté d'acheter le silence des victimes du Mediator ? », Le Point, 18 oct. 2019.

T. EHRBECK

« Mapping the market for Medical travel » , Mc Kinsey Quarterly, 2008.

J. **-C. FILLON**

« Soins transfrontaliers les conséquences d'une approche marchande « Liaisons soc. eur., n° 223, 2009.

J. FOYER

« Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », JDI, 1991. 601.

« Filiation », Répertoire de droit international, D. 2015.

H. FABRE

« Chirurgie esthétique : le patient devient un consommateur averti et responsable » Gaz. Pal., 1997.

L. FRANÇOIS-MARTIN

« Prohiber certaines clauses abusives pour protéger l'assuré, cahier pratique », l'argus des assurances, cahier pratique, mai, 2011.

S. FRIOUX, P. FOURNIER, **S. CHAUVEAU**

Hygiène et santé en Europe. De la fin du XVIIIe siècle aux lendemains de la Première Guerre mondiale, SEDES, coll. Histoire, 2011.

S. FRANCQ

« Règlement Rome I (obligations contractuelles) » Répertoire de droit international. Dalloz, 2013.

« Le droit international privé comme outil de régulation du marché intérieur : la consommation, in Conflits de lois et régulation économique », LGDJ, 2008, p. 115.

B. FAUVARQUE-COSSON

« La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats », RDC, 2005.

H. GAUDEMET-TALON

« Détermination de la loi applicable. - Domaine de la loi applicable », JCl Droit international, fasc.552-15, Lexisnexis, 2020.

« Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement « Rome I » du 17 juin 2008. - champ d'application. - clauses générales », JCl. Europe Traité, fasc.3200, 2020.

« Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement « Rome I » du 17 juin 2008 - domaine applicable », JCl Europe traité, Date de la dernière mise à jour : 1er Mars 2020, Paris, LexisNexis, Fasc. 3021.

E. GRAAFF

« Concurrent Claims in Contract and Tort: A Comparative Perspective », ERPL, 4 - 2017.

F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ

« The Rome I Regulation: Much ado about nothing? », European Legal Forum 2008, I-78.

J.-P GRADEL

« L'hypothèse d'un code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européenne (Pavie) », Gaz. Pal, 2003.

W. S GESLER.

« Aspects culturels des systèmes de soins de santé », Bulletin de la Société Neuchâteloise de Géographie, n° 39, Neuchâtel : Société neuchâteloise de géographie, 1995.

B. HAFTEL

« Entre « Rome II » et « Bruxelles I », l'interprétation communautaire uniforme du règlement « Rome I» » , JDI 2010. 761, no 24.

J. -**L. HARPERIN**

« La naissance de l'obligation de sécurité », Gaz. Pal., 1997.

P. ICARD,

« Présentation du Colloque portant sur l'Europe de la santé », R.G.D.M, n° 44.

R. JAFFERALI,

« Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles (1re partie) », RGAR 2008. 386, no 14.

M. KERAMEUS

« La compétence internationale en matière délictuelle dans la convention de Bruxelles » TCFDIP 1993. 255.

J. KROPHOLLER

« Europäisches Zivilprozeßrecht » 2005, sub Art. 5, no 75.

LAGARDE ET A. TENENBAUM

« De la Convention de Rome au règlement Rome I », Rev. crit., DIP, 2008. p. 727.

P. LAGARDE

« Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1975. 649.

« Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », Rev. crit. DIP 1991, p. 316.

« Groupe européen de droit international privé », Rev. crit. DIP 2000.

« Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles », Rev. crit. DIP 2006.

Y. LAMBERT-FAIVRE

« Fondement et régime de l'obligation de sécurité », D., 1994.

C. LATIL

« Règles de compétence protectrices des parties faibles - Contrats de consommation » , JCl, Droit international, Date de la dernière mise à jour : 1er Janvier 2020, Paris, Lexisnexis,, fasc. 584-150.

« Les sources du droit des contrats, « Contrat : généralités » » , répertoire du droit civil, **D. 2019.**

A. LAUDE

« Le consommateur de soins » D. 2000, chron, p. 415.

« Les droits collectifs des usagers du système de santé », petite affiche, 19 juin 2002, n° 122.

P.-H. LHERNOULD

« La libre circulation des patients en Europe, Cycle de droit européen de la Cour de cassation », L.P.A, 16 juin 2008, n° 120.

« Une caisse de sécurité sociale est-elle tenue de rembourser les frais médicaux engagés par un assuré dans un autre État membre ». Note sous CJUE, 28 avril 1998, Kohll et Decker, R.D.S.S, 1998.

C. LEBORGNE

« Le tourisme médical : une nouvelle façon de se soigner », les tribunes de la santé, les tribunes de la santé, n°15, 2007, p47-43.

C. LE PEN

« « Patient » ou « personne malade » ? Les nouvelles figures du consommateur de soins », Revue Economique, vol 60, 2009.

C. LEQUILLERIER

« L'ubérisation de la santé », Dalloz ÏP/IT, 2017.

P. LE ROUX, **K. QUINQUE**, AS. BONNEL, **N. HASTIER**, **B. LE LUYER**

« Climatothérapie : quels bénéfices ? », Revue Française d'Allergologie et d'Immunologie Clinique, volume 45, 2005.

J. LÜTTRINGHAUS

« Rome I Regulation », F. FERRARI [dir.], 2014, Sellier, no 5.

J. MEL

« La notion de consommateur », L.P.A, 31 janvier 2006, n° 22,

J. MORET-BAILLY

« Les modes de définitions des professions de santé », Revue de droit sanitaire et social, Sirey, Dalloz, 2008.

L. MAYAUX

« Contrat d'assurance », Répertoire de droit civil, 2014.

P. MAVRIDIS

« La libre circulation des patients : la boucle est-elle bouclée ? » Cycle de droit européen de la Cour de cassation «, L.P.A, n° 119, juin 2013.

P. MISTRETA

« Loi n° 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, réflexions critiques sur un droit en pleine mutation «, JCP, 2002, I, 1075-1083.

U. MARTIN, J. LULF

« Droit Judiciaire : Les nouveautés du règlement « Bruxelles I bis », »

URL : https://avocat.de/app/frankreichrecht/_media/09-08-15-les-nouveaux-rglements-bruxelles-i-bis.pdf?PHPSESSID=27e2f4da9aa8d1307fa0a12d312bb703

A. MARMISSE-D'ABBADIE d'ARRAST

« Notion de matière contractuelle, article 7 point 1 sous a) du règlement (UE n°1225-2012) », Rtd. com, D., 2019. 996.

N. MACREADY

« Developing countries court medical tourits », The Lancet, 2007, volume 369, issue 9576.

N. MARTIAL-BRAZ,

« De quoi l' «ubérisation « est-elle le nom? », Dalloz, IP/IT 2017. 133.

G. MEMETEAU

« Le patient consommateur et le professionnel de santé, usager », Petites Affiches, 5 déc. 2002, n° 243.

D. MAZEAUD

« La commission Lando : le point de vue d'un juriste français, L'harmonisation du droit des contrats en Europe », 2001, Economica, p. 141

« Un droit européen en quête d'identité, les Principes du droit européen du contrat », Recueil Dalloz, 2007.

E. METAIS, C. VALETTE

« Approche européenne en matière de recours collectifs pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs - une modification législative imminente », JCP E 2019, no 1251.

E. MOSSIALOS, **W. PALM**

« La Cour de justice européenne et la libre circulation des patients dans l'Union européenne », RBSS, 2004.

F. MILLET

« Le sort du principe de l'interprétation dans le sens le plus favorable au consommateur », D. 2020. 1280.

C. NOURISSAT

« La fourniture de services n'est pas la prestation de services », Procédures, comm, Lexisnexis, 2009.

M.-L. NIBOYET-HOEGY

« CONTRATS INTERNATIONAUX. - Détermination du droit applicable . - Principes concurrents du principe d'autonomie », JCl. Droit international, fasc. 552-40, Lexisnexis, 2018.

A. O'BRIEN, **D. K. SOKOL**,

« Lessons from the Ashya King case », British Medical Journal 2014.

V. PARISOT

« Vers une cohérence des textes européens en droit du travail ? Réflexion autour des arrêts Heiko Koelzsch et Jan Voogsgeerd de la Cour de justice », JDI 2012-2.

G. PINET

« Les contributions de l'OMS en matière de reconnaissance des droits des patients », L.P.A, 21 mai 1997, n° 61.

I. PRETELLI

« Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée », Revue critique de droit international privé, 2015.

F. PICOD, J. RIDEAU

« Renvoi préjudiciel », Rép. Dalloz, 2013, no 1.

F. POCAR

« La protection de la partie faible en droit international privé », RCADI, 1984.

X. **PRETOT**

« La sécurité sociale en Europe », Dr. soc., n° 1, janvier 1987.

V. PINGEL,

La protection de la partie faible en droit international privé : Dr. soc. 1986, 133.

N. PETRONI-MAUDIÈRE

« L'institution d'une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque d'une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale », RGDM, n° 6, 2001.

J. ROCHFELD ; **C. ZOLYNSKI**,

« La « loyauté » des « plateformes », quelles plateformes, quelle loyauté ? », Dalloz IP/IT 2016. 520.

G. ROUHETTE I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, R. FILIPPO

« Principes du droit européen du contrat, version française » , Revue internationale de droit comparé, n°56-3, 2004.

P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET

« Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen du contrat », Dalloz, 2003.

C. ROYNIER

« Les professionnels de santé en Europe : contribution à une définition unitaire, les tribunes de la santé », n° 48, Global Media Santé.

H. SCICLUNA

« Droits des patients dans les textes du Conseil de l'Europe », L.P.A, 21 mai 1997, n° 61.

K. SCHUTYSER

« Les droits du patient en Europe : tableau comparatif », R.G.D.M, mars 2004, n° 12.

J. SENECHAL

« L'ubérisation et droit de la consommation », Dalloz, IP/IT, 2017, .363.

H. SLIM

« Responsabilité civile délictuelle en droit international privé », J.-Cl, Res sur., fasc. 255, 2016, n° 1.

S. SMITH

« Foreign direct Investment and trade in health services: a review of the literature », Social science & Médecine, volume 59, issue 11, 2004, 23.

A.-L. TILLY

« « Ôtez-moi ces mentions que je ne saurais voir» : l'engagement contraint et forcé des plateformes numériques dans la lutte contre les refus de soigner discriminatoires » , RDS, n° 88, 2019, .

C. TUBEUF

« Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et « *culpa in contrahendo* », Revue de droit commercial belge, 2008. 535, no 11.

J.-**M. THOUVENIN**

« Les techniques interprétatives du juge de l'Union européenne », RGDIP, 2011,

C.THIBIERGE-GUELFUCCI

Libres pros sur la transformation du droit des contrats, RTD civ, 1997.

A. THIERIET-DUQUESNE

« Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'harmonisation totale », LPA no 83, 27 avr. 2009.

P. VÉRON

« Relation de soin et non-droit : l'introuvable obligation de soigner » , RDS, n° 39, 2011.

F. VIALLA

« à propos du contrat d'exercice libéral et de la patrimonialité de la clientèle « care et cure » », RDSS 2007, page 662.

« Propos introductifs à une analyse juridique des recommandations de bonnes pratiques », RDS, n° 15, 2007.

P.-L. VIDAL

« L'information du patient : le devoir devient un droit ! » , RDS, n° 43, 2011.

N. WATTE et A. NUYTS

« Vers une interprétation uniforme et cohérente des conventions de Rome et de Bruxelles », Rev. Dr. ULB 1994. 21.

IV. CONTRIBUTIONS

S. BARIATTI, É. PATAUT

« Rapport introductif », in M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO [dir.], *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang S.A, 2011.

G. BEDMINSTER

« Le point de vue de l'infirmier à l'hôpital » in JOLLY (D.), JOLLY (C.) (dir.), *Malade ou client ?*, Economica, 1993, -138.

S. BEJAN

« Les fondements de la micro-économie de la santé : le marché de la médecine libérale » , in P. -L. BRAS, G. DE POUVOURVILLE, D. TABUTEAU (dir.), *Traité d'économie et de gestion de la santé*, éd. De Santé, Les presses de Sciences-Po, 2009.

S. BOLLEE

« La responsabilité extracontractuelle du cocontractant en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du professeur BERNARD AUDIT : les relations privées internationales*, LGDJ, Lextenso, 2014.

M.CABRILLAC

in Mélanges en l'honneur de REMY CABRILLAC, Litec, Dalloz, 1990.

N. CHARPIOT

« Le point de vue du directeur d'hôpital public » in JOLLY C. JOLLY C. (dir.) *Malade ou client ?*, Economica, 1993.

S. COHEN

« Le point de vue du chirurgien-dentiste » in JOLLY (D.), JOLLY (C.) (dir.), *Malade ou client ?*, Economica, 1993.

R. DUCOS ADER

« De quelques éléments de comparaison entre le droit de la santé et le droit de la consommation «, *in Etude offerte à J-M AUBY*, Dalloz, 1992, 739.

M. ECKELMANS

« Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome », *in Mélanges VANDER ELST*, 1986, Nemesis, 243-253.

S. FRANCQ

« Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence. De la cohérence terminologique à la cohérence systémique en passant par la théorie générale », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?,* Dalloz, 2009, p. 35.

« Le droit international privé comme outil de régulation du marché intérieur : la consommation, *in Conflits de lois et régulation économique* », LGDJ, 2008.

S. FRANCQ ET F. JAULT-SESEKE

« Les lois de police, une approche de droit comparé », *in Le règlement Rome I., colloque Credimi*, dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Litec, 2011.

V. HARTLEY

« Consumer protection provisions in the EEC Convention », *in Contract Conflicts*, P.M. North : Amsterdam, 1982.

V. HEUZÉ

« De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, in Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, 2005, Dalloz.

J. KNETSCH

« La réparation du dommage extracontractuel en droit international privé », *in Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, in Mélanges en l'honneur du Professeur B. ANCEL*, LGDJ, Lextenso éd., 2018.

C. LACROIX

« Tourisme medical et dentaire lowcost : indemnisation hard discount, *in forum shopping médical* », in D. BRACH-THIEL, J.-**B. THIERRY** (dir.), Collection " santé , qualité de vie et handicap ", PUN, 2015.

P. LAGARDE

« *La culpa in contrahendo* à la croisée des règlements communautaires », *in Nouveaux instruments du droit international privé*, Liber Fausto Pocar, Milan, Giuffrè, 2009.

A. LAMBOLEY, **B. PITCHO, F. VIALLA**

« Le consumérisme dans le champ sanitaire un concept dépassé ? » *in Etudes de droit de la consommation*, liber amirocum Jean Calais-AULOY, Dalloz, 2004, 1197. 581.

M. LATINA

« L'harmonisation européenne du droit des contrats de consommation et le droit commun des contrats », *in Les nouvelles échelles du droit commun*, Larcier, 2013.

A. LAUDE

« Vers un code européen de la santé ? », *in Le Code de la santé publique, un demi-siècle après sa légalisation*, Éditions de santé/Presses de Sciences Po, 2008.

J. LEENEN, G. PINET, A. -V. PRIMS

« Trends in Health Legislation » in *Europe*, publié pour le bureau régional de l'OMS pour l'Europe, Masson, 1986.

S. LEMAIRE

« La qualification », in T. AZZI ET O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commu*n, Bruylant, 2015.

É. LOQUIN

« La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juillet 2007 (Rome II) », in S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008.

P. MANKOWSKI

« Dépeçage unter der Rom I-VO », in Festschrift für Ulrich Spelenberg, 2010, Sellier.

C. NOURISSAT,

« Le dépeçage », in CORNELOUP et JOUBERT, *Le règlement communautaire* « *Rome I* « *et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011.

E. PATAUT

« Codification et théorie générale du droit international privé «, in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *" Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ? "*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang S.A, 2011.

E. RIAL-SEBBAG, F. TABOULET

« Vers une Charte européenne des droits des patients », in M. BLANQUET, N. DE GROVE-VALDEYRON (dir.), *Etudes de droit communautaire de la santé et du médicament*, Service des Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2009.

F. SCHOCKWEILER

« La codification du droit international privé dans la communauté européenne », *in E pluribus unum, Liber Amicorum Georges A. L. Droz,* The Hague/Boston/London, 1996, Martinus Nijhoff publisher.

A. SINAY-CYTERMANN

« La protection de la partie faible en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges P. Lagarde, Dalloz, 2005.

M.STOCK et R. KNAFOU

« La définition du Tourisme » in J. LEVY et M. LUSSAULT., *Dictionnaire de la géographie et de l'espace des sociétés*. Paris, Belin, 2013.

F. TERRE, Y. LEQUETTE

" Charge de la preuve. Medecin. Obligation D'information. Execution ", in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12e édition 2007.

J. THIROLOIX

« Le point de vue du médecin de ville », in JOLLY (D.), JOLLY (C.) (dir.), *Malade ou client* ?, Economica, 1993, 164.

P. de VAREILLES-SOMMIERES

« L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe. Sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *in Mélanges en l'honneur de Ph. MALAURIE, Liber amicorum*, Defrénois 2005.

F. VIALLA, P. VERON

« Qualification juridique du « colloque singulier » : faut-il en finir avec le contrat ? », *Mélanges en l'honneur de Pr. P. MOLINARI*, Thémis, Montréal, 2018.

M.-PH. WELLER

« Les rattachements dans les conflits de lois », in M. FALLON, P. LARGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO [dir.], *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009.

V. JURISPRUDENCES, NOTES, OBSERVATION, ET CONCLUSIONS

JURISPRUDENCE EUROPEENNE DE LA CJUE (anciennement CJCE)

CJCE, 27 mars 1963, n°28/62 Da Costa en Schaake NV e.a. c. Aministratie der Balastingen.

CJCE, 19 mar. 1964, n°75-63, Unger.

CJCE, 6 oct. 1976, n° 12/76, Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG.

Rev. crit. DIP. 1977. 761, note P. GOTHOT ET D. HOLLEAUX.

JDI 1977. 702.

obs. J.-M. BISCHOFF ET A. HUET.

CJCE, 30 nov. 1976, Handelskwekerij Bier c. Mines de potasse d'Alsace.

D. 1977. 614, note G. A. L. DROZ.

Rev. crit. DIP. 1977. 568, note P. BOUREL.

JDI 1977. 728, note A. HUET.

CJCE, 21 juin 1978, n° 150/77, Bertrand c/Paul Ott.

JCP G 1979, II, 19051, note F.-C. Jeantet.

RTD com. 1979, note Y. LOUSSOUARN.

Rev. crit. DIP 1979, note E. MEZGER.

CJCE, 22 févr. 1979, n° :133/78, Gourdain c. Nadler.

Rev. Crit. DIP. 1979. 661, note J. LEMONTEY.

CJCE, 16 déc. 1980, n° C-814/79, État néerlandais c. Reinhold Rüffer.

JDI 1982. 463, note J.-M. BISCHOFF.

CJCE, 4 mars1982, n° 38/81, Effer.

CJCE, 6 oct. 1982, CILFIT,

CJCE, 2 février 1984, n° C - 315/92, Clinique.

Europe, 1994, avril, note D. SIMON.

M. VAN HUFFEL, Revue européenne de droit de la consommation, 1994, p. 95.

CJCE, n° C-261/90, 26 mars 1992, Mario Reichert c. Dresdner Bank AG, (Reichert II).

JDI 1993. 461, note A. HUET.

Rev. crit. DIP. 1992. 714, note B. ANCEL.

CJCE, 26 mai 1982, n° 133/81, Roger Ivenel c. Helmut Schwab.

Rev. crit. DIP. 1983. 120, note H. GAUDEMET-TALLON.

JDI 1982. 948, note J.-M. BISCHOFF ET A. HUET.

CJCE, 6 oct. 1982, n°283/81, CILFIT c. Ministero della Sanità J. PERTEK.

CJCE, 8 mars 1988, n° 9/87, Arcado c. SA Haviland.

Rev. crit. DIP. 1988. 610, note H. GAUDEMETTALLON.

JDI 1989. 453, note A. HUET.

CJCE, 27 sept. 1988, n°189/87, Athanasios Kalfelis contre Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie, et autres.

CJCE, 17 juin 1992, n° C-26/91, Jakob Handte.

Clunet, 1993.469, obs. BISCHOFF, JCP, 1992.II.21927, note LARROUMET.

RTDE. 1992.709, note P. de VAREILLES-SOMMIERES.

JCP. 1992. éd. E. 363, note JOURDAIN, JCP 1992.II.21927, note LARROUMET.

JCP. 1993.I.3644 obs. VINCEY et 3666, obs. BOUTARD-LABARDE.

RTD Civ. 1993.131, obs. JOURDAIN.

D. 1993. SC. 214, obs. KULLMAN.

JCP G 1992. II. 21927, obs. Ch. Larroumet.

RTD eur. 1992. 712, note P. DE VAREILLES-SOMMIERES.

CJCE, 19 janv. 1993, n° C-89/91, Shearson Lehmann Hutton c/TVB.

Rev. crit. DIP 1993, note H. GAUDEMET-TALLON.

JDI 1993, obs. A. HUET.

D. 1993, sommes., obs. J. KULLMANN.

CJCE, 15 sept. 1994, n° C-318/ 93, Brenner et Noller c/Dean Witter Reynolds

JDI 1995, obs. J.-M. BISCHOFF.

Rev. crit. DIP 1995, note R. LIBCHABER.

CJCE, 3 juill. 1997, n° C-269/95, Benincasa.

JDI 1998, note J.-M. BISCHOFF.

Procédures 1997, comm. 201, obs. H. CROZE.

RTD com. 1998, obs. M. LUBY.

CJCE, 28 avril 1998, n° C-158/ 96, Kohll.

CJCE, 27 oct. 1998, n° C-51/97, La RéUnion européenne SA e.a. c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV.

Rev. crit. DIP. 1998. 322, note H. GAUDEMET-TALLON.

JDI 1999. 625, note F. LECLERC.

MF. 1999. 9, note PH. DELEBECQUE.

CJCE, 15 juin 1999, n° C - 140/97, Rec. I- 03499.

JCP, 1999, note M. Ch. BOUTARD-LABARDE.

Europe, août 1999, obs D. SIMON.

CJCE 23 nov. 1999, no 369/96, Arblade e.a., pt. 31.

CJCE, 27 juin 2000, n° jtes C-240/98 à C-244/98, Océano Grupo Editorial SA c/Rocio Murciano Quintero et a.

CJCE, 22 nov. 2001, n° C-541/99 et C-542/99, Idealservice.

JCP G 2002, II, 10047, note G. PAISANT.

RTD civ. 2002, obs. J. MESTRE ET B. FAGES.

D. 2002, sommes. comm. 2929, note J.- P. PIZZIO.

AJ p. 90, obs. C. RONDEY.

CJCE, 17 sept. 2002, n° C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS).

Rev. crit. DIP. 2003. 668, note P. REMY-CORLAY.

Defrénois 2003. 254, obs. R. LIBCHABER.

JDI 2003. 668, note A. HUET.

CJCE, 1er oct. 2002, n° C-167/00, Verein für Konsumenteninformation c. Karl Heinz Henkel,

JDI 2004. 903, note F. LECLERC.

Rev. crit. DIP. 2003. 682, note P. RÉMY-CORLAY.

RTD com. 2003. 204, note A. MARMISSE.

CJCE 14novembre 2002, n° C-271/00, Steenbergen.

RTD eur. 2003. 529, note P. RODIERE.

CJCE, 15 janv. 2004, n° C433/01, Freistaat Bayern.

JDI 2004. 635, obs. A. HUET ; Rev. crit.

DIP 2004. 465, note E. PATAUT.

CJCE, 5 févr. 2004, n° C-18/02, DFDS Torline A/S c. SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation.

Rev. crit. DIP. 2004. 791, note É. PATAUT.

CJCE, 9 sept. 2004, n° C-70/ 03, Comm. c/Espagne.

JDI 2005, note J.-S. BERGE et M.-N. BACHELLIER.

RDC 2005/3, obs. P. DEUMIER.

CJCE, 20 janv. 2005, n° C-27/02, Engler.

CJCE, 20 janv. 2005, n° C-464/ 01, Grubber.

D. 2006, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE.

Contrats, conc. consom. 2005, comm. 100, obs. G. RAYMOND.

Europe 2005, comm. 104, note L. IDOT.

JCP G 2005, I, 169, n° 16, note A. MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST.

Procédures 2005, comm. 209, note C. NOURISSAT.

Rev. crit. DIP 2005, note J.-M. JUDE.

CJCE, 14 mai 2009, n° C-180/06, Ilsinger.

CJCE, 23 avril 2009, n° C-533/07, Falco Privatstiftung et Rabitsch.

CJCE, 17 sept. 2009, n° C-347/08, Vorarlberger Gebietskrankenkasse c/ WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG : Rec. CJCE 2009, I.

CJUE, 14 mars 2006, n° C-177/04, Commission c/ France.

CJUE, 23 avril 2009, n° C533/07, Falco Privatstiftung et Rabitsch.

CJCE, 4 juin 2009, n° C-243/ 08, Pannon GSM Zrt. c/Eszsébet Sustikné Gyorfi.

RTD civ. 2009, obs. P. REMY-CORLAY.

CJUE, 20 mai 2010, n° C-111/ 09.

CJUE, 7 déc. 2010, n° C-585/08, Peter Pammer c/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co.

CJUE, 7 dec. 2010, n° C-144/09, KG Hotel Alpenhof GesmbH c/ Olivier Heller.

Rev. crit. DIP 2011, note O. CACHARD.

D. 2011, note M.-E. PANCRAZI.

JCP G 2011, 129, note L. D'AVOUT.

CJUE, 12 juill. 2011, n° C-324/ 09, Sté L'Oréal c/Sté eBay International.

D. 2011. 1965, obs. C. MANARA.

D. 2011. 2054, point de vue P. -Y. GAUTIER.

D. 2011. 2363, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC ET P. TREFIGNY-GOY.

D. 2012. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE.

D. 2012. 2836, obs. P. SIRINELLI.

RTD eur. 2011. 847, obs. E. TREPPOZ.

CJUE, 6 sept. 2012, n° C-190/ 11, Mühlleitner.

Rev. crit. DIP 2013, note A. SINAY-CYTERMANN.

Europe 2012, comm. 468, obs. L. IDOT.

Comm. com. électr. 2009, chron. 1, obs. M.-É. ANCEL.

Procédures 2012, comm. 351, obs. C. NOURISSAT.

JCP G 2012, 1019, obs. D. BERLIN.

CJUE, 25 oct. 2012, n° C-133/11, Folien Fischer AG et Fofitec AG c. Ritrama SpA.

Conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen sous CJUE, 25 oct. 2012.

CJUE, 7 févr. 2013, n° C-543/10, Refcomp SpA c. Axa Corporate Solutions Assurance SA et autres.

D. 2013. 1110, NOTE S. BOLLEE.

D. 2013. 1509, obs. F. JAULT-SESEKE.

Europe 2013, comm. 194, obs. L. IDOT.

Procédures 2013, comm. 104, obs. C. NOURISSAT.

Rev. crit. DIP 2013. 710, note D. BUREAU.

RTD civ. 2013. 338, obs. P. RÉMY-CORLAY.

RTD com. 2013. 381, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST.

RTD com. 2013. 384, note PH. DELEBECQUE.

JDI 2013. 1201, note S. Clavel.

JCP G 2013. 1129, note C. NOURISSAT.

JCP G 2013. 516, note PH. GUEZ ; JCP G 2013. 981, note D. AKCHOTI.

CJUE, 14 mars 2013, n° C-419/ 11, eska spoitelna c/Gerald Feichter.

CJUE, 11 avr. 2013, n° C-645/11, Land Berlin.

Europe 2013, comm. 290, obs. L. IDOT.

Rev. crit. DIP, 2014, 110, Note M. LAAZOUZI.

JDE 2013. 408, n°7, obs. A. NUYTS et H. BOULARBAH.

CJUE, 14 nov. 2013, n° C-478/ 12, Maletic.

Procédures 2014, comm. 8, obs. C. NOURISSAT.

Europe 2014, comm. 49, obs. L. IDOT.

Gaz. Pal. 2014, n° 9, p. 9, obs. S. Prieur.

CJUE, 18 juill. 2013, n° C-147/12, ÖFAB.

CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/12, Unamar.

D. 2014. 60, note L. d'AVOUT.

RDC 2014. 80, obs. P. DEUMIER.

JDI 2014. 625, note J.-M. JACQUET.

DMF 2014. 299, note O. CACHARD.

Europe 2013, comm. 12, obs. L. IDOT.

JCP 2013. 2222, note C. NOURISSAT.

RLDA 2014. n°92, p56, note P. DALMAZIr.

Journ. Tribunaux 2014. 297, note P. HOLLANDER.

Conclusions de l'avocat général WAHL sous CJUE, 10 déc. 2015, n° C-350/14, Florin Lazar c. Allianz SpA.

CJUE, 17 oct. 2013, n° C-218/ 12, Lokman Emrek c/Vlado Sabranovic.

Rev. crit. DIP 2014, note O. BOSKOVIC.

Comm. com. électr. 2014.

chron. 1, obs. M.-É. ANCEL.

D. 2014, obs. F. JAULT-SESEKE et, obs. L. D'AVOUT.

REDC 2015/2, p. 77, note S. BOGDANOV**.**

CJUE, 19 décembre 2013, n° C-9/12, Corman-Collins SA c/ La Maison du Whisky SA.

CJUE, 13 mars 2014, C 548/12, Brogsitter.

CJUE, 28 janv. 2015, n° C-375/13, Harald Kolassa c. Barclays Bank plc.

D. 2015. 770 ; note L. D'AVOUT.

D. 2015. 1056, obs. F. JAULT-SESEKE.

RDC 2015. 547, note B. HAFTEL.

Procédures 2015, comm. 76, obs. C. NOURISSAT.

Europe 2015, comm. 133, obs. L. Idot ; RTD eur. 2015. 234, note E. GUINCHARD.

CJUE, 3 septembre2015 n° C-110/ 14, Costea.

CJUE 9 sept. 2015, n° C-240/14, eleonore prüller-frey c/norbert brodnig, axa versicherung ag.

D. 2015. 1838, obs. H. GAUDEMET-TALLON.

D .2016. 1045, obs. F. JAULT-SESEKE.

RTD eur. 2016. 664, obs. L. GRARD.

CJUE, 10 déc. 2015, n° C-350/14, Florin Lazar c. Allianz SpA.

Europe 2016, comm. 82, obs. L. IDOT.

CJUE, 23 déc. 2015, n° C- 297/ 14, Rüdiger Hobohm.

D. 2016, obs. F. JAULT SESEKE.

RTD com. 2016, obs. A. MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST.

Europe 2016, comm. 81, obs. L. IDOT.

Procédures 2016, comm. 53, obs. C. NOURISSAT.

CJUE, 21 janv. 2016, n° C-359/14, n° C-475/14, ERGO Insurance et Gjensidige Baltic.

CJUE, 21 avr. 2016, n° C-572/14, Austro-Mechana.

D. IP/IT 2016. 358, note **T. AZZI CJUE**,

CJUE, 15 juin 2016, n° C-249/16, Saale kareda.

CJUE, 14 juillet 2016, n° C-196/15, Granarolo.

CJUE, 28 juill. 2016, n° C-191/ 15, VKI c/AMAZON.

D. 2016, note F. JAULT-SESEKE.

D. 2017, obs. H. GAUDEMET-TALLON.

CJUE, 9 nov. 2016, n° C-149/ 15.

CJUE, 20 juill. 2017, n° C-340/16, MMA IARD.

CJUE, 4 mai 2017, n°. C-339/15, Vanderborght ;

AJDA 2017. 1709, chron. P. BONNEVILLE, E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE, C. GÄNSER

CJUE, 11 juin 2015, n° C-98/14, Berlington Hungary e.a.

RTD eur. 2016. 195, obs. A. DEFOSSEZ.

RTD eur. 2016. 357, obs. F. BENOIT-ROHMER.

CJUE, 25 janvier 2018, n° C 498/16, Facebook Ireland Limited.

CJUE, 31 Janv. 2018, 31 Janv. 2018, n° C-106/ 17, Pawel Hofsoe.

CJUE, 23 oct. 2018, n° C-296/18, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Garonne.

CJUE, 8 mars 2018, n° C-64/17, Saey Home & Garden.

CJUE, 14 févr. 2019, n° C-630/ 17, Milivojevi.

CJUE, 28 févr. 2019, n° C-579/17, Buak.

CJUE 8 mai 2019, n° C-25/18, Brain Andrew Kerr c/ Pavlo Postnov et Natalia Postnova.

CJUE, 3 oct. 2019, n° C-208/ 18, Facebook.

CJUE, 9 octobre 2019 ; n° C-548/18., BGL BNP Paribas SA contre TeamBank AG Nürnberg.

CJUE, 19 nov. 2019, n° C-200/19, Ina-industrija nafte d.d. e.a.

CJUE, 5 déc. 2019, n° C-421/1819, Ordre des avocats du barreau de Dinant.

JURISPRUDENCE FRANCAISE.

COUR DE CASSATION

Civ. Civ. 5 déc. 1910, American Trading Co,

Clunet 1912, 1156.

Civ., 21 nov. 1911.

S. 1912. 1. 73, note LYON-CAEN.

D. 1913. I. 249, note SARRUT.

Civ. 11 janv. 1922,

GAJC, 12e éd. 2008, n° 18.

Civ. 28 mars 1939.

Civ. 20 mai 1936.

RTD civ. 1936. 691, obs. R. DEMOGUE.

GAJC, 12e éd., 2008, n° 162-163.

Civ. 1re, 22 juill. 1986.

RGAT 1986. 595, note G. VINEY.

Civ. 1re, 28 avr. 1987, n° 85-13.674.

D. 1988, p. 1, note DELEBECQUE.

D. 1987, sommes. comm. 455, obs. J.-L. Aubert.

RTD civ. 1987, obs. J. Mestre.

JCP G 1987, II, 20893, note G. PAISANT.

Civ. 2e, 26 mai 1992, Bull. civ. II, n° 154.

RTD civ. 1992. 766, obs. P. JOURDAIN.

Civ. 1re, 24 janv. 1995 :

JCP G 1995, I, 3893, chron. G. VINEY, n° 28.

Civ. 1re, 3 et 30 janv. 1996.

D. 1996, 228, note G. PAISANT.

JCP G 1996, I 3929, chron. FR. LABARTHE, n° 1.

JCP G 1996, II, 22654.

Civ. 1re, 17 juill. 1996.

JCP G 1996, II, 22747, note G. PAISANT.

D. 1997, IR 4, Dalloz affaires 1/1997.

Civ. 1re, 21 janv. 2003, n os 00-13.342 et 00-19.001.

RGDA 2003. 442, note KULLMANN.

Civ. 2e, 6 oct. 2005.

D. 2005. AJ. 2677, obs. É CHAVRIER.

CCC 2006, comm. 43, note M. MALAURIE-VIGNAL.

Civ. 1re, 25 janv. 2000, n° 98-17359.

Civ. 1re, 20 déc. 2000, n° 98-15.546 et n° 98-16.103.

Rev. crit. DIP 2001. 682, note V. HEUZE.

RTD com. 2001. 504, obs. B. BOULOC.

RTD com. 2001. 1057, obs. P. DELEBECQUE.

RCA 2001, n° 132.

JCP 2001. I. 338, obs. G. VINEY.

RGDA 2001. 330, note J. LANDEL.

RGDA 2001. 1065, note V. HEUZE.

Droit et patr., juin 2001, obs. J. MONEGER**.**

Civ. 1re, 4 juin 2002, n° 99-21.899.

Civ. 1re, 8 juill. 2003.

JCP G 2004, II, 10107, note DUVERT.

Civ. 1re, 15 mars 2005, n° 02-13.085.

Civ. 2 e, 30 juin 2005, n o 03-21.071.

Civ. 1re, 12 juill. 2005, n° 02-16.915.

Civ. 1re, 23 mai 2006, n° 03-15.637.

Rev. crit. DIP 2007, p. 85, note D. COCTEAU-SENN.

D. 2006, AJ, obs. V. AVENA-ROBARDET.

D. 2007, pan. obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE.

RDC 2006, obs. P. DEUMIER.

JCP G 2007, I, 109, n° 10, obs. M. ATTAL.

Dr. et patrimoine déc. 2006, note M.-E. ANCEL**.**

Civ. 1re, 6 mars 2007, no 06-10946.

D. 2007. AJ. 951, obs. É. CHEVRIER.

Civ., 1re, 1er juin 2016, n° 15-13.236.

Civ. 2e, 13 juill. 2006, no 05-18.104,

RGDA 2006. 984, note MALEVILLE.

Civ. 1er, 23 janv. 2007, n° 04-16018

RTD Com. 2007 p.625, obs. Ph. DELEBECQUE,

Gaz. Pal. 13 avr. 2007, **obs**. Fr. MELIN ;

Civ. 1re, 23 janv. 2008, n° 06-21.898

Civ. 1re, 22 oct. 2008, n° 07-15.823, Monster Cable.

D. 2009. 200, note F. JAULT-SESEKE.

D. 2008. 2790, obs. I. GALLMEISTER.

Rev. crit. DIP 2009. 1, étude D. BUREAU ET H. MUIR WATT.

RTD com. 2009. 646, obs. P. DELEBECQUE.

JDI 2009. 599, note M.-N. BACHELLIER et F.-X. TRAIN.

RDC 2009. 691, note E. TREPPOZ.

JCP G 2008. II. 10187, note L. D'AVOUT.

Civ. 1er, 11 mars 2009, n° 07-21639.

RTD com. 2010. 459, obs. Ph. DELEBECQUE.

Gaz. Pal. 03 févr. 2010, p. 17 ; obs. R. CARAYOL.

Rev. crit DIP 2009. 518, note O. BOSKOVIC.

Gaz. Pal. 26 juin 2009, p. 31, obs. C. GORY.

Civ. 1re, 2 avr. 2009, n° 08-11.231.

Civ. 1re, 4 juin 2009.

JDI 2010. 852, note V. ESPINASSOUS.

Civ. Civ 1er,9 juillet 2009, n° 08-11073.

Civ. 1re, 8 juill. 2010, n° 09-67.013, Doga.

D. 2010. 1797, obs. X. DELPECH.

D. 2010. 2884, note M. AUDIT et O. CUPERLIER.

D. 2010. 2540, obs. N. DORANDEU.

D. 2010. 2933, obs. T. CLAY.

Rev. crit. DIP 2010. 743, note D. BUREAU et H. MUIR WATT.

RTD com. 2011. 667, obs. P. DELEBECQUE,

RTD com/ 2012. 525, obs. E. LOQUIN.

Rev. arb. 2010. 513, note R. DUPEYRE.

Civ. 1re civ., 23 juin 2011.

Civ. 1re, 17 nov.2011, no 10-23.093.

RGDA 2012. 382, note BRUSCHI.

Civ. 2e, 16 mai 2012, n° 11-30027.

Gaz. Pal. 2012, n° 265-266, p. 44, obs. J. MOREL-MAROGER.

Dr. et patr. 2013, n° 221, p. 67, note M.-E. ANCEL.

Civ. 2e, 1er juin 2012, nos 09-72.552 et 10-10.843.

RGDA 2012. 33, note PELISSIER.

Civ. 1 re, 13 déc. 2012, n o 11-27.631.

RGDA 2013. 362, note BRUSCHI.

Cass, 1re, 09 mar. 2015, n° 14-15.720.

Civ. 1re, 9 sept. 2015, n° 14-22.794.

JCP 2015. 991, note F. MAILHE.

Civ. 1re, 25 nov. 2015, n° 14-20.760.

Civ. 1re, 11 oct. 2017, n° 15-23.435.

D. 2018, obs. S. CLAVEL.

D. 2018, obs. L. D'AVOUT.

Civ. 1re, 14 mars 2018, n° 16-28.302.

D, 2018, 1934comm. L. DAVOUT S. BOLLET.

Civ. 2e, 22 nov. 2018, n° 17-27.730.

Civ. 1re, 1er oct. 2014, n° 13-21.801.

Civ. 1re, 23 juin 2011, n° 10-30.645.

D. 2011. 2245, note S. TISSEYRE.

D. 2012. Pan. 844, obs. E. POILLOT.

RTD com. 2011. 627, obs. BOULOC.

Civ. 1er, 17 avril 2019, n° 18-14240.

Civ. 1re, 18 déc. 2019, n° 18-14.827 et 18-18.709.

Civ. 1re, 1e, 20 nov. 2019, n° 18-21854.

Civ. com., 18 oct. 1994, n° 92-19070.

Civ. com., 23 mars 1999, no 97-11884.

Rev. crit. DIP. 2000. 224, note F. LECLERC.

Civ. Com. 19 déc. 2006, no 05-19.723, Bull. civ. IV, no 255.

D. 2007. 2562. obs. S. BOLLEE.

Civ. com., 6 févr. 2007, no 04-12178.

D. 2007. 653, Obs. E. CHEVRIER.

Rdc 2007. 653, Note J.-S. BORGHETTI.

JCP G 2007. II. 10108, NOTE F. MARMOZ.

Civ. com. 19 déc. 2006 Civ. com., 22 mai 2013, no 12-13052.

JCP G 2013, doctr. 975, no 4, obs. C. NOURISSAT.

Civ. Com. 29 janv. 2010.

RTD transports, 2010, n° 89, obs. **M. NDENDÉ.**

Civ. com., 18 janv. 2011, no 10-11885.

D. 2011. 366, obs. X. DELPECH.

RDC 2011. 941, NOTE E. TREPPOZ.

JCP E 2011. 1179, note D. DE LAMMERVILLE ET N. AYNES.

Civ. com., 13 déc. 2011, no 11-12024.

Civ. com., 21 oct. 2008, no 07-12336.

CCC 2009, comm. 8, obs. N. MATHEY.

RDC 2009. 197, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

Civ. com., 3 déc. 2013, n° 12-26.416.

Civ. com., 20 mai 2014.

Rev. crit. DIP. 2014. 832, note O. BOSKOVIC.

D. 2014. 2488, note N. DORANDEU.

D. 2015. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON.

AJCA 2014. 242, note A.-M. LUCIANI.

Civ. com., 25 mars 2014, Guerlain.

Rev. crit. DIP. 2014. 823, note O. BOSKOVIC.

D. 2014. 1250, note F. JAULT-SESEKE.

D. 2014. 1967, obs. S. BOLLEE.

D. 2015. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON.

JCP G 2014. 619, note D. BUREAU.

RTD civ. 2014. 656, note H. BAREGLEMENT.

RTD civ. 2014. 848, note L. USUNIER.

Civ. Com. 16 févr. 2016, n° 14-25.146.

Cass. crim 6 juill. 1994.

Gaz. Pal., somm, p305.

Cass. crim. 15 mai 1984, Amzallag.

D. 1986, jurisp., note G. MEMETEAU.

D. 1985, IR, note J. PENNEAU.

COUR D'APPEL

CA Paris, 16 déc. 1974.

JDI 1976. 146, obs. D. HOLLEAUX.

CA Paris, 16 déc. 2010, no 10/18709.

CA Versailles, 10 déc. 2009, no 09/03705.

CCIP-CA, 12 févr. 2019,

CA Paris, 22 févr. 2019, n° 17/14719

1ère INSTANCE

TGI Paris, 7 juin 1974,

D. 1975. 639, 2e esp. note G. A. L. DROZ ;

Rev. crit. DIP. 1974. 696, 1re esp., note P. LAGARDE ;

JDI 1975. 82, 4e esp., note D. HOLLEAUX

CONSEIL D'ETAT

CE, 19. Fev. 1992, n°19021992, Roths.

CE 29 juill. 1998, n° 153464 ; M. Roy.

CE 8 déc. 2000, n° 199299, colombe.

CE, 24 juillet 2009, MA n° 304325.

CE, 24 juillet 2009, n° 308876.

CE, 6 nov. 2019, n°416948.

RDSS 2020. 394, obs. P. CURIER-ROCHE.

CAA Paris, 12 février 2016, n° 12/12401, Facebook.

VI. TEXTES LÉGISLATIFS ET RÈGLEMENTAIRES

TEXTES INTERNATIONAUX

OMC

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce du 30 octobre 1947.

Accord instituant l'organisation mondiale du commerce de Marrakech du 15 avril 1994, Marrakech.

GACS, Accord général sur le commerce des services, annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en 1994.

Communauté européenne et ses états membres liste d'engagements spécifiques, supplément I, révisé, 4 octobre 1995, GATS/SC/31/suppl.1/ rev1 sur les activités services assurantiels et connexe et sur les services bancaires.

Communauté européenne et ses états membres, liste d'engagement spécifiques, supplément II, 28 juillets 1995, GATS/SC/31/suppl1.2 sur les personnes physiques et leur mobilités, GATS/SC/31/suppl.2.

Communauté européenne et ses états membres, liste d'engagement spécifiques, supplément III,11 avril 1997 sur les services relatifs aux télécommunications ; GATS/SC/31/suppl.3.

Communauté européenne et ses états membres, liste d'engagement spécifiques, supplément IV, 26 février 1998 sur les services financier et assurantiels; GATS/SC/31/suppl.4.

UNION EUROPEENNE

Traité

Traité instituant la Communauté économique européenne, 1957, version consolidée n° C 325

Du 24 décembre 2002.

Traité sur l'Union européenne, 1992, version consolidée, JO C 83 du 30 mars 2010.

Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée, JO C 83 du 30 mars

2010.

Acte unique européen, JO L 169 du 29 juin 1987.

Traité d'Amsterdam, JO C 340 du 10 novembre 1997.

Traité de Nice, JO C 80 du 10 mars 2001.

Traité de Lisbonne, modifiant le Traité sur l'Union européenne

Convention et Charte

La Convention de Bruxelles de 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO L 299 du 31 décembre 1972.

La Convention de Rome du 19 juin 1980, n° 80/934/CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JO L 226 du 09 octobre 1980.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 07 décembre 2000, JO du 18 décembre 2000, C- 364-1.1.

Résolutions

Résolution du Parlement européen sur une Charte européenne des droits des patients du 19 janvier1984, JO n ° C 46du 20 février 1984.

Résolution du Parlement européen sur une Charte européenne sur les droits de la personne des handicapés du 14 décembre 1995, JO n ° C 17 du 22 janvier 1996.

Règlement

Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000.

Règlement n° 883/2004 du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 166 du 30 avril 2004.

Règlement n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007.

Règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO n° L 177/6 du 4 juillet 2008.

Règlement n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, 12 décembre 2012, relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), JO L 351 du 20 décembre 2012.

Règlement n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JO L 119 du 4 mai 2016.

Protocole

Premier protocole du 19 décembre 1988 concernant l'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, JO L 48 du 20 février 1989.

Deuxième protocole du 19 décembre 1988 attribuant à la Cour de justice des Communautés européennes certaines compétences en matière d'interprétation de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, JO L 48 du 20 février 1989.

Directive

Directive n° 79/112/CEE relative au rapprochement des législations nationales en matière d'étiquetage et de présentation des denrées alimentaires ainsi que de la publicité faite à leur égard, JO 79 n° L 33/1 du 18 décembre 1978.

Directive relative à l'indication des prix des denrées alimentaires, n° 79/581, JO 79, n° L 158/19.

Directive n° 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JO L 210 du 8 août 1985.

Directive n° 85/577/CEE du Conseil du 20 déc. 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, JO L 372 du 31 décembre 1985.

Directive (UE) n° 87/102/CEE du Conseil du 22 déc. 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, JO L 42 du 12 février 1987.

Directive n° 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, JO L 158 du 23 juin 1990.

Directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ; JO L 95/29 21 avril 1993.

Directive n° 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers du 26 oct. 1994, JO L 280 du 29 octobre 1994.

Directive n° 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil abrogeant la directive n°

85/577/CEE du Conseil, JO L 171 du 07 juillet 1999.

Directive n° 96/46/CE du Parlement européen et du **Conseil du 24 octobre 1995** relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 du 23 novembre 1995.

Directive n° 98/27 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, JO L 166 du 11 juin 1998.

Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JO L 171 du 7 juillet 1999.

Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinctions de race ou d'origine ethnique, JO L 180 du 19 juillet 2000.

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JO L 178 du 17 juillet 2000.

Directive n° 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, JO L 311 du 28 novembre 2001.

Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JO L 271 du 9 octobre 2002.

Directive n° 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JO L 201 du 31 juillet 2002.

Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, JO L 149 du 11 juin 2005.

Directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO L 376/36, du 27 décembre 2006.

Directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, JO L 33 du 3 février 2009.

Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil JO L 133 du 22 mai 2008.

Directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, JO L 211 du 14 septembre 2009.

Directive n° 2009/22/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, JO L 110 du 1er mai 2009.

Directive n° 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droitsdes patients en matière de soins de santé transfrontaliers, JOUE, L 88 du 4 avril 2011.

Directive n°2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 09 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins transfrontaliers, JO L 88/45 du 04 avril 2011.

Directive (UE) 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil, JO L 326 du AA décembre 2015.

Directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, JO L 136 du 22 mai 2019.

Directive n° 2019/2161 du parlement européen et du conseil du 27 novembre 2019, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, JO L 328, 18decembre 2019.

Liste d'engagements et Programmes

Programme préliminaire pour une politique de protection et d'information du consommateur, 14 avril 1975, JO C 1992 du 25 avril 1975.

Proposition de directive

Proposition de directive du parlement européen et du conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE, COM/2018/184 final.

Proposition de directive du Conseil du 18 janvier 1991, sur la responsabilité du prestataire de services, COM(90) 482 final.

Résolution du Conseil

Résolution A2-157/89, J.O. C.E. C 158 du 26 juin 1989.

Résolution A3-0329/94, JOCE, no C 205, 25 juill. 1994.

Convention

La Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine.

La Convention d'Oviedo du 04 avril 1994 pour la protection des droits de l'homme et de la dignité humaine à l'égard des applications de la biologie et de la biomédecine

La Convention sur les Droits de l'Homme et de la biomédecine, Oviedo, 1997.

Déclaration sur les droits des patients en Europe approuvée, Amsterdam en 1194.

Résolution du Conseil de l'Europe

Résolution (75) 7 du Comité des Ministres relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès, adoptée le 14 mars 1975, lors de la 243e réunion des Délégués des Ministres.

TEXTES NATIONAUX

Loi

Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, JORF n°117 du 21 mai 1998.

Loi n° 2022-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002.

Loi "Croissance", n° 2015-990 du 6 août 2015, JORF n°0181 du 7 août 2015.

Loi "République numérique", n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, JORF n°0235 du 8 octobre 2016.

Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF n° 0022 du 27 janvier 2016.

Ordonnance

Ordonnance n° 2016-301, 14 mars 2016 JO 16 mars 2014, Ord. ratifiée par **L. n° 2017**-203, 21 févr. 2017 : JO 22 févr. 2017.

Ordonnance n° 2017-1717 du 20 déc. 2017, JO du 21 décembre 2017.

Décret

Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale, JORF n°0108 du 8 mai 2012.

Décret n° 2017-1434 du 29 septembre 2017 relatif aux obligations d'information des opérateurs de plateformes numériques, JORF n° 0233 du 5 octobre 2017.

Arrêté

Arrêté du 23 décembre 2010 portant nomination à la Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique.

Circulaire

Circulaire n° DSS/DACI/2010/363 du 4 octobre 2010 relative à l'entrée en application des nouveaux règlements (CE) n°883/2004 et 987/2009 de coordination des systèmes de sécurité sociale : dispositions maladie et maternité.

VII. THÈSES CITÉES

F. BARON F

Marché intérieur et droit social de l'Union européenne, PU, 1998.

B. DUMOLLARD

Les effets de 'intégration des directives consuméristes sur certains aspects du droit des contrats français et allemand, ss la dir de **F. FERRAND**, Univ, Lyon 3, 2001.

J. GAUBERT

Les soins de santé transfrontaliers, approche juridique des soins médicaux transfrontalier dans l'Union européenne, thèse, Université de Montpellier, 2013.

M. GIRER

Contribution à une analyse rénovée de la relation de soin : essai de remise en cause du contrat médical, Bordeaux : Les Études hospitalières, bordeaux 2008talier dans l'Union européenne, thèse, Université de Montpellier, 2013.

F. DESSI

L'évolution de la médecine libérale : de la patrimonialité à la commercialité , thèse, Montpellier, 2019.

A. DUBUIS

Les droits du patient en droit de l'Union européenne, Bruylant,2017.

M. MINOIS

Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations, thèse, 2016, Centre de droits des affaires et de gestions, Paris Descartes.

E. POILLOT

Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats, LGDJ, cool bibl de droit privé, 2006.

V. PITCHO B

Le statut juridique du patient, les Études hospitalières, coll, thèses 2004, 666 p.22.

C RAJA-ROQUE.

Droit de la concurrence et droit de la santé, étude d'un entrecroisement normatif, thèse, sous la direction de **D. MAINGUY**, Montpellier, 2010.

G. ROUSSET

L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé, Collection thèse, LEH, 2009.

IX. ROMANS

P. BECK,

Un journal, Flammarion, 2008, Paris.

G. DE MAUPASSANT.

Au soleil, folio classique, Gallimard, Paris, 2015

VIII. RAPPORT, COMMUNICATION ET DOCUMENTS DIVERS

RAPPORT

CJUE

Rapport annuel de la Cour de justice de l'Union européenne de 2015.

COMMISSION EUROPENNNE

Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis, COM[2005] 456 final.

Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence, COM[2007] 447 final.

Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence, COM[2007] 447 final.

J.-**P. DINTILHAC**

Rapport Dintilhac, Bulletin d'information de la Cour de cassation, n° 633, 1er février 2006.

D. EVRIGENIS et K.D KERAMEUS

Rapport n° C 298, relatif à l'adhésion de la République Hellenique à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, publié au journal officiel des communautés européennes, 24 novembre 1986.

M. GIULIANO et **P. LAGARDE**

"Rapport concernant la convention sur la loi application aux obligations contractuelles", JOCE, C 282, du 31 oct. 1980,

P. JENARD

Rapport sur la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal officiel des communautés européennes, 1979.

P.-H. KECKLEY, H.-R. UNDERWOOD

« Medical Tourism : update and implications,. Washington », Deloitte Center for Health Solutions, 2011.

J. KERVASDOUE

Valoriser les atouts de la France pour l'accueil des patients étrangers, rapport, Juin 2014.

A. KHELIFA

Mondialisation des soins et tourisme médical, étude commandée par l'institut Montparnasse, collection recherche.

N. LUNT, R. SMITH, M. EXWORTHY, S. T. GREEN, D. HORSFALLE, R. MANNIO

« Medical Tourism: Treatments, Markets and Health System Implications: A scoping review » , Directoire pour l'emploi et les affaire sociale, Rapport OCDE, 2011.

P LARGARDE

« Guide barème européen pour l'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique », Louvain-la-Neuve.

O. LANDO, H. BEAL

«Principles of European Contract Law, Part 1 : Performance, Non performance and Remedies », ed Martinus Nijhoff , 1995.

TRAM

« Medical tourism: a global analysis », Tourism Research and Marketing (TRAM), 2006.

LIVRE VERT

European Contract Code. Preliminary Draft, 2001, Universita Di Pavia,2001.

Livre vert sur la transformation de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, COM 2002, 654 final.

Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection du consommateur, COM[2006] 744 final.

Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM[2010] 348 final.

COMMUNICATION

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action, COM[2003] 68 final.

Communication du Conseil sur les valeurs et principes communs aux systèmes de santé de l'Union européenne, 20 avril 2004, COM (2004) 304 final.

Communication du Comité des régions sur la modernisation de la protection sociale pour le développement de soins de santé et de soins de longue durée de qualité, accessibles et durables : un appui aux stratégies nationales par la « méthode ouverte de coordination », 20 avril 2004, COM (2004) 304 final.

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre, COM[2004] 651 final.

RECOMMANDATION

Recommandation 2013/396/UE de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres, JO L 201/60 du 26 juillet 2013.

AVIS

Avis du Comité économique et social européen sur la "Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE" [COM(2018) 184 final, 2018/0089.

CODE

Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, adopté le 28 novembre 2001.

Code civil.

Code de procédure civile.

Code de la consommation

X. COLLOQUES, INTERVENTIONS ORALES, SYMPOSIUM, ENTREVUES

B. ANCEL

À la suite de la communication de M.-**N. JOBARD**-BACHELLIER, "Les lettres d'intention en droit international privé?", TCFDIP 1994. 125.

C. DAVER, F. VIALLA

« Brèves réflexions sur les possibles implications déontologiques du tourisme médical », in A. LECAS (dir.), *La déontologie médicale, actes du VII colloque d'Aix en Provence du 1er et 2 décembre 2006*, PUAM, 2006.

L. DUBOUIS

« Santé et discrimination dans le droit de l'Union européenne » in **A. LECA et D. VIRIOT**-BARRIAL (dir.), *Santé et discriminations, Actes du IXe colloque du CDSA*, Les Cahiers de droit dela santé du Sud-Est, n° 11, Bordeaux, LEH, 2010.

D. FASQUELLE,

« Rapport introductif », *in Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer, Le droit communautaire de la consommation*, 14 et 15 janvier 2000.

Y. GAUTIER,

« Le renvoi préjudiciel, un instrument efficace de dialogue ?», IN **F. LICHERE**, **L. POTVIN**-SOLIS, **A. RAYNAUD** (Directive), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité* ? Actes de la journée d'études organisée le 10 février 2003 à la Faculté de droit, économie et administration de l'Université de Metz, Bruxelles, Némésis, Bruylant, 2004.

P. MOLINARI

« Émergence et structuration du droit de la santé : du colloque singulier à la théorie des droits sociaux », *Actes de la 10e Journée de droit de la santé, Institut de droit de la santé* ; Neuchâtel (Suisse), Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel, Neuchâtel, 2004

L. PORTES,

« Du consentement à l'acte médical » (Communication à l'Académie des Sciences Morales et Politiques, 30 janvier 1950), *in À la recherche d'une éthique médicale*, Paris, Masson et PUF, 1955, p.163.

G. REBECQ

« L'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels », *Actes du Ixe colloque du CDSA* », Aix-en-Provence, LEH, 2009.

M. ROBINEAU,

« Le statut juridique de la « nomenclature Dintilhac », in **A. LECA (dir**.), **G. LEONETTI** et **G. REBECQ** (dir.), *L'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels, Actes du Ixe colloque du CDSA*, Aix-en-Provence, LEH, 2009.

F. VIALLA

Intervention orale master II Droit et Gouvernance des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, Montpellier, 2018-2019.

XI. SITES

Bases de données Lynx Lex, Université Paris II Panthéon Assas.

URL : https://www.lynxlex.com/

Bases de données de l'Union européenne : Eur-Lex

URL : https://eur-lex.europa.eu/homepage.html

Bases de données de l'OMC

URL : https://www.wto.org/french/res_f/statis_f/data_pub_f.htm

TABLE DES MATIERES

TABLES DES ABREVIATIONS 5
SOMMAIRE 9
INTRODUCTION GÉNÉRALE 10
Partie I : L'incursion de la matière contractuelle dans le tourisme médical européen 37
Titre I : L'incursion de la matière contractuelle sur l'acte constituant du tourisme médical 38
CHAPITRE I : La qualification contractuelle de la relation de soin 39
Section I : Une qualification particulière au titre du droit international privé de l'Union 39
Sous-Section I : Une qualification autonome face à la qualification en droit interne 40
Paragraphe I : Une autonomie qualificative initialement rejetée 40
Paragraphe II Une autonomie qualificative établie au sein de l'Union 43
Sous-Section II : Une qualification harmonisée au titre des règlements européens 46
Paragraphe I : La recours au règlement Bruxelles I bis dans la résolution du conflit de juridictions 47
Paragraphe II : Le recours au règlement Bruxelles I bis pour la résolution du conflit de lois 50
Section II : Une qualification concordante avec la notion de prestation de service 55
Sous-Section I : Une relation de soin qualifiée de contrat 56
Paragraphe I : L'apport substantiel de la jurisprudence de l'Union. 57
A. Les précisions rendues au titre du règlement Bruxelles I 57
B. Les précisions rendues au titre du règlement Rome I. 59
Paragraphe II : La réunion des éléments caractéristiques du contrat dans la relation de soin 61
Sous-Section II Une relation de soin entendue comme un service 62
Paragraphe I : La notion de fourniture de service au sens du règlement de Bruxelles. 63
Paragraphe II : La notion de prestation au sens du règlement Rome I 64
Chapitre II : Une qualification délictuelle inadaptée de la relation de soin 67
Section I : Une qualification délictuelle subsidiaire 68
Sous-Section I : Une qualification subordonnée à l'absence d'un contrat 68
Paragraphe I : Une qualification doublement conditionnée au sens du règlement Bruxelles I bis 69
A. Le rejet du cumul des responsabilités 69
B. L'acceptation d'un principe de subsidiarité de la qualification délictuelle 72

Paragraphe II : Une cohérence reconnue entre le règlement Bruxelles I et les règlements de Rome 74
A. Une harmonie qualificative à démontrer 74
B. Une harmonie qualificative reconnue 75
Sous-Section II : Une qualification fondée sur la notion de responsabilité 77
Paragraphe I : Les conditions de constitution de la responsabilité 77
A. Les conditions établies 78
B. Les conditions précisées 79
Paragraphe II : Les conditions réunies au titre de la relation de soin 82
Section II : Une qualification délictuelle inadéquate 83
Sous-Section I : Une inadéquation de la qualification avec la méthodologie répartitrice de la Cour de Justice 83
Paragraphe I : Une répartition basée sur la source de l'obligation 84
Paragraphe II : Une répartition favorable à une qualification contractuelle 86
Sous-Section II : Une Inadéquation fonctionnelle de la qualification 89
Paragraphe I : Une pertinence limitée de l'action délictuelle 89
A. Des effets processuels indéniables 89
B. Des effets processuels délétères 92
Paragraphe II : Une approche fonctionnelle de la qualification défavorable 93
A. L'opportunité de l'emploi de la méthode de rattachement 93
B. Les limites de l'approche par rattachement fonctionnelle 95
Titre II : Les conséquences d'une approche contractuelle du tourisme médical 97
Chapitre I : Les conséquences de la qualification sur le régime applicable 99
Section I : Les effets du régime sur les règles de conflit applicables 99
Sous-Section I : La résolution du conflit de juridictions 100
Paragraphe I : Une compétence localisée au lieu de survenance de l'obligation caractéristique 100
A. Une compétence doublement établie au titre de l'obligation caractéristique 100
B. Une règle de conflit particulière aux prestations de services 103
Paragraphe II : Une compétence établie par exception au titre de clause d'attribution de compétence 104
A. La licéité reconnue aux clauses d'attribution de compétence 104
B. Une compétence désavantageuse pour le patient 107
Sous-Section II : La résolution du conflit de lois 109
Paragraphe I : Un régime de principe d'établissement de la loi applicable par voie de clause 109
A. Le principe d'autonomie. 109

B. Le formalisme exigé dans l'établissement du droit applicable.....111
Paragraphe II : Un régime particulier à défaut de clause de loi applicable 112
A. Le régime d'attribution pour les prestations de service. 113
B. Un régime désavantageux pour le patient 114
Section II : Les conséquences sur les actions en indemnisation 115
Sous-Section I : Le recours possible à l'action directe 116
Paragraphe I : Un recours à l'action directe établi initialement en matière non contractuelle 116
A. Un recours à l'action directe initialement prévu en droit interne 116
B. Un recours précisé par le règlement Rome II. 119
Paragraphe II : Un recours à l'action directe reconnue en matière contractuelle 120
A. La reconnaissance d'un lien contractuel 120
B. Une appréciation de la recevabilité source d'une insécurité pour le patient. 122
Sous-section II : Le recours limité à l'action subrogatoire 122
Paragraphe I : L'action subrogatoire de l'assureur 123
A. Une recevabilité de l'action subrogatoire conventionnelle. 123
B. Les conséquences du régime de recevabilité de l'action subrogatoire dans un rapport subrogé, subrogeant, patient. 125
Paragraphe II : L'action subrogatoire de l'organisme de sécurité sociale 126
A. La recevabilité d'une action subrogatoire par un organisme de sécurité sociale ...127
B. Un système existant de subrogation légale inappliqué aux organes publics de l'indemnisation. 128
CHAPITRE II : Les conséquences du régime sur l'exercice de la relation de soin 130
Section I : Les effets du régime sur les recours du fait du tourisme médical 130
Sous-section I : Les effets de la résolution dans les relations de soin bipartites 131
Paragraphe I : Le plateau technique comme déterminant du régime de droit international privé 131
A. Le cas du praticien étranger usant le plateau technique de son État d'exercice 131
B. Le cas du praticien étranger utilisant un plateau technique étranger.....133
Paragraphe II : L'exclusion du plateau technique comme déterminant des règles de droit international privé 135
A. Le cas du praticien et du patient de même nationalité employant un plateau technique étranger 135
B. Le cas particulier du praticien et du patient de nationalité différente soumis à la loi du lieu de résidence du patient. 137
Sous-section II : Les effets de la résolution dans les relations multipartites. 138
Paragraphe I : Le créancier de l'obligation litigieuse déterminant du régime applicable139
A. Le cas de plusieurs créanciers d'une même obligation. 139

B. Le cas de plusieurs obligations tenu par plusieurs créanciers.....141
Paragraphe II : L'attribution de la compétence en présence d'un tiers intermédiaire ...141
A. La mise en œuvre d'un régime spécial au titre des agences de voyages.....142
B. Une mise en œuvre non conditionnée par la nationalité de l'agence.....145
Section II : Une approche contractuelle de la relation de soin, source d'une nécessaire réforme du régime 147
Sous-Section I : Une réforme européenne des règles de conflit au profit du patient 147
Paragraphe I : Une réforme nécessaire au titre du droit des patients 148
A. Une harmonisation approfondie de l'action en responsabilité.....148
B. Une harmonisation de la responsabilité incomplète.....150
Paragraphe II : Les voies de réformation européenne 151
A. La mise en œuvre des règles d'engagement de la responsabilité au titre de la directive.....152
B. La prise en compte de la notion de patient au sein des règlements Bruxelles I bis et Rome I. 153
Sous-Section II : Une réformation possible du droit interne des États 155
Paragraphe I : l'établissement d'un régime d'exception par la reconnaissance d'une loi de police.....155
A. Une exclusion possible des dispositions de l'Union par la présence d'une loi de police.....155
B. Une appréciation des lois de polices conditionnées.....157
Paragraphe II : La refonte *a minima* de l'interprétation des directives européennes 160
A. L'extension du statut d'agence de voyages aux mutuelles et aux complémentaires 160
B. Une réformation tendant à une extension de la conception consumériste du patient. 161
Conclusion intermédiaire.....162
Partie II : L'incursion du droit de la consommation dans le tourisme médical 164
TITRE I : Une qualification possible en contrat de consommation 167
Chapitre I : La réunion des éléments constitutifs du contrat de consommation 167
Section I : Une qualification possible au regard de la qualité des parties.....168
Sous-section I : La définition des parties retenue dans le règlement Bruxelles I.....169
Paragraphe I : La qualification de consommateurs 169
A. La notion de consommateur. 170
B. Une qualification de consommateur restreinte 173
Paragraphe II : La qualité de professionnel.....174
A. Les éléments constitutifs du professionnel.....175
B. Une qualification du professionnel étendue 176

Sous-section II : La qualité des parties retenues dans le règlement Rome I 176
Paragraphe I : La qualification de consommateur.....177
A. La notion de consommateur. 178
B. Une qualification possible du patient consommateur.....179
Paragraphe II : La qualité de professionnel.....180
A. Les éléments constitutifs du statut de professionnel.....180
B. Une qualification du professionnel de santé possible 181
Sous-section I : Les contrats soumis aux dispositions spéciales du règlement Bruxelles I..182
Paragraphe I : L'exigence d'un contrat conclu par l'existence d'une activité dirigée 183
Paragraphe II : Appréciation jurisprudentielle de la notion d'activité dirigée.....184
Sous-section II : Les contrats soumis aux dispositions spéciales du règlement Rome I.....187
Paragraphe I : L'existence d'un contrat offrant une partie de ces prestations sur le lieu de résidence du consommateur.....188
Paragraphe II : Appréciation contemporaine de la notion d'activité dirigée.....189
Chapitre II : L'incursion possible du droit de la consommation dans la qualification de la relation de soin. 192
Section I : Un recours envisageable au droit de la consommation.....193
Sous-Section I : Une influence reconnue dans le droit interne des États.....193
Paragraphe I : Une influence initiale reconnue dans les États membres 193
A. Une incidence possible du droit de la consommation sur le tourisme médical.....194
Paragraphe II : Une influence existante.....195
A. Une réception des professionnels de santé. 195
B. Une pratique en inadéquation avec les prérequis administratifs. 197
Sous-Section II : L'influence reconnue en droit européen.....198
Paragraphe I : Une influence confirmée 198
A. Une confirmation liée à l'appréciation des critères de rattachement au droit de la consommation. 199
B. Une position du législateur européen concordante avec une approche consumériste de la santé. 200
Paragraphe II : Une contribution louable en vue d'assurer la protection des intérêts collectifs 200
A. Une influence remarquée en droit interne dans le recours collectif.....201
B. Une influence étendue au sein de l'Union européenne 202
Section II : L'incursion limitée du droit de la santé dans le droit de l'Union 203
Sous-Section I : L'incidence limitée du droit de la santé sur le droit de l'Union.....203
Paragraphe I : Une compétence restreinte au domaine de la santé publique 204
A. D'une compétence tacite à une compétence expresse.....204

B. Une compétence abordée sous l'angle de la santé publique.....205
Paragraphe II : Une compétence exprimée au titre du remboursement des soins transfrontaliers.....206
A. Un droit de la santé applicable uniquement aux soins transfrontaliers.....207
B. Une qualification excluant la dimension touristique.....209
Sous-Section II : Une incursion limitée au regard du statut juridique du patient.....210
Paragraphe I : Le statut du patient.....211
A. La genèse incomplète du statut de patient européen.....211
B. Les lacunes du statut européen du patient.....214
Paragraphe II : Un statut juridique incomplet face à celui de consommateur.....215
A. Des similitudes marquantes.....216
B. Une exhaustivité avantageuse du droit de la consommation.....218
Titre II : Les conséquences découlant de la qualification en droit de la consommation.....220
Chapitre I : Les conséquences de la qualification sur le régime applicable.....221
Section I : Les effets du régime sur les règles de conflit.....221
Sous-Section I : La résolution du conflit de juridictions.....221
Paragraphe I : Une attribution de compétence favorable au consommateur demandeur.....222
A. La mise en œuvre d'une option au profit du patient consommateur.....222
B. L'établissement d'un régime conditionné à la qualité des parties.....223
Paragraphe II : Un rejet de principe des clauses d'attribution de compétence.....224
A. Une mise en œuvre limitée des clauses attributives de juridiction.....224
B. Des clauses attributives de compétence présumées abusives.....225
Sous-Section II : La résolution du conflit de lois.....226
Paragraphe I : Un régime fondé par principe sur la loi des parties.....227
A. Un choix de détermination de la Loi applicable conditionnée.....227
B. La règle de résolution de conflit en l'absence de choix.....229
Paragraphe II : Une règle de conflit sujette à des atténuations.....230
A. Une atténuation au regard des lois de police.....230
B. Des atténuations au regard des directives sectorielles.....232
Section II : Les conséquences sur l'indemnisation.....235
Sous-Section I : Les effets sur les voies de recours individuelles.....235
Paragraphe I : Les conséquences limitées de la qualification sur l'action directe.....235
A. L'absence d'incidence du statut de consommateur.....236
B. Une action directe préexistante en matière de produit défectueux.....238
Paragraphe II : Les conséquences limitées de la qualification sur l'action subrogatoire 239

A. L'absence partielle d'incidence du statut de consommateur. 239
B. L'action subrogatoire envisagée pour l'assureur du consommateur patient 241
Sous-section II : Les effets limités sur les actions collectives.....242
Paragraphe I : Les conditions limitatives à l'action collective 243
A. Une limitation du recours en droit interne français. 243
B. Une limitation en droit de l'Union européenne. 244
Paragraphe II : Vers la reconnaissance d'une action collective en réparation 246
A. Une démarche européenne d'ouverture de l'action collective 246
B. Une ouverture étendue à la réparation en matière de santé. 248
CHAPITRE II : Les conséquences d'une consumérisation de la santé 251
Section I : Les effets du régime sur le contentieux médical 251
Paragraphe I : Le domicile habituel du consommateur déterminant central du régime 252
A. Un régime favorable au consommateur patient 253
B. Une action en réparation néanmoins limitée.....254
Paragraphe II : Un régime limité en cas de dispositions contractuelles contraires.....256
A. Les effets des clauses attributives de compétence. 257
B. Les effets des clauses de loi applicable.....257
Sous-section II. Les effets de la résolution dans les relations multipartites.....258
Paragraphe I : L'effet en présence d'intermédiaires prestataires de service 259
A. La structure sanitaire intermédiaire de la relation de soin.....259
B. L'agence de voyage.....260
Paragraphe II : Les effets en présence de Plateforme en ligne de mise en relation 261
A. L'impact d'une qualification consumériste sur la responsabilité des plateformes. 261
B. Un régime limité de protection. 263
Section II : Une approche consumériste de la relation de soin, source d'une nécessaire réforme du régime européen 264
Sous-Section I : Une réformation nécessaire de la place du patient.....265
Paragraphe I : Une intégration nécessaire du patient dans le droit de la consommation 265
A. Une intégration insuffisante du patient en tant que « *Partie faible* ».....265
B. La mention expresse du patient en consommateur. 266
Paragraphe II : Une harmonisation complexe des dispositions consuméristes applicables à la santé 268
A. La pérennisation de la coexistence des statuts. 268
B. La difficile réception d'une dualité patient consommateur.....269
Sous-Section II : Une réformation nécessaire de la protection du consommateur 270
Paragraphe I : Un renforcement général de la protection du consommateur 270

A. Un renforcement du régime face aux clauses attributives. 271
B. Un renforcement des obligations des intermédiaires. 272
Paragraphe II Une protection renforcée du consommateur dans les actions en réparation.....272
A. Mise en œuvre de règle de conflit favorable au subrogé dans l'action subrogatoire. 273
B. Amélioration de la capacité de recours du patient à l'action de groupe. (Proposition de directive).....273
CONCLUSION 275
BIBLIOGRAPHIE 287
TABLE DES MATIERES 340

LE TOURISME MÉDICAL DANS L'ESPACE DE L'UNION EUROPÉENNE

Contribution à la qualification de la relation de soin

Mots-clés : tourisme médical, droit international de la santé, relation de soin, droit de la consommation
Key-words : Medical tourism, International health law, health relationship, consumer law

Le tourisme médical européen, par son développement croissant, interroge. La notion de relation de soin s'illustre par l'existence en son sein de divers invariants que le Droit aborde pour maintenir un équilibre dans ladite relation. En l'absence d'un corpus normatif européen protecteur, est-il possible que les invariants de la relation de soin se trouvent altérés par le tourisme médical, jusqu'à engendrer une redéfinition de la notion ?

Seule une analogie avec le droit européen des contrats permet d'analyser la relation de soin, au titre notamment du règlement de Bruxelles I bis et du règlement Rome I portant sur la compétence en matière civile et commerciale.

Ce règlement instaure, dans l'objectif d'harmoniser et de centraliser les règles de résolution des conflits de juridiction, un régime de qualification des actes juridiques autonomes et indépendants des qualifications nationales. La conséquence de ce régime est qu'un même acte peut revêtir une qualification ambivalente. Un acte peut être considéré par le règlement comme ayant une nature contractuelle, alors que le droit interne lui reconnaît une qualification délictuelle, et vice versa. Préciser la nature juridique des interactions entre les acteurs permet alors d'analyser l'influence de ces qualifications sur la relation de soin.

Le constat est alors double car deux invariants de la relation de soin se voient immédiatement impactés par le tourisme médical. D'une part, la relation de soin appréciée comme un colloque singulier se voit substituée par une série d'interactions contractuelles. À ce titre, le médecin n'est plus le seul acteur du soin car des relations contractuelles connexes existent. Les rapports entre le patient, son assureur et l'agence de tourisme médical intègrent pleinement la relation de soin. D'autre part, la relation de soin fondée naturellement sur un rapport de confiance bascule vers un rapport de défiance, voire de méfiance. En effet, les actes entourant la réalisation du soin, poussent à définir le patient tel un consommateur. Cette acception n'apparaît pas seulement problématique pour le patient, mais aussi pour les professionnels de santé, et cela interroge sur la nécessité de l'existence d'un droit international privé de santé. Est-il et doit-il être ?

European medical tourism, by its growing development, raises questions. The notion of care is illustrated by various invariants that the Law addresses to maintain a balance in the health relationship. In the absence of a protective European policy, The care is altered by medical tourism, to the point of leading to a redefinition of the concept?

Only a analogy with European contract law makes possible to analyze the care relationship, in particular the Brussels I bis regulation and the Rome I regulation relating to jurisdiction in civil and commercial matters.

This regulation establishes, with the aim of harmonizing and centralizing the rules for resolving conflicts of jurisdiction, a system for qualifying legal acts that are autonomous and independent of national qualifications. The consequence of this regime is that the same act can have an ambivalent qualification. An act may be considered by the regulation as having a contractual nature, while domestic law recognizes it as delictual, and vice versa. Specifying the legal nature of the interactions between the actors then makes it possible to analyze the influence of these qualifications on the care relationship.

Observation is double because two invariants of the care relationship are immediately impacted by medical tourism. On the one hand, the care relationship appreciated as a singular conference is replaced by a series of contractual interactions. As such, the doctor is no longer the only player in care because related contractual relationships exist. The relationship between the patient, his insurer and the medical tourism agency fully integrates the care relationship. On the other hand, the care relationship based naturally on a relationship of trust tilts towards a relationship of mistrust. Indeed, the acts surrounding the realization of the care, push to define the patient as a consumer. This meaning does not appear only problematic for the patient, but also for health professionals, and it questions the need for the existence of private international health law. Is he and should he be?

Thèse réalisée au sein de l'UMR 5815 Dynamique du droit
Laboratoire du Centre Européen d'étude et de recherche en Droit de la santé.
39 Rue de l'Université, 34060 Montpellier