

LA NULLITE D'UN CONTRAT CONCLU EN VIOLATION D'UNE REGLE DEONTOLOGIQUE

(Note sous Cass.1^{ère} civ., 6 février 2019, n°17-20.463 : F-P+B)

Cédric LATIL, Docteur en Droit, Membre de l'AFDD

Généralement édictées par un groupement afin de fixer les devoirs de ses membres, les règles déontologiques apparaissent traditionnellement dépourvues de portée en droit positif, leurs effets se limitant au seul champ professionnel. Mais ce constat réducteur semble cependant devoir être remis en cause. De telles normes sont de plus en plus prises en considération par les juridictions ou même se muent en véritables règles de droit grâce à l'intervention du législateur. Ce phénomène est notamment perceptible en droit civil et, plus particulièrement, en matière contractuelle où un examen de la jurisprudence révèle que les codes de déontologie sont susceptibles d'avoir une incidence directe sur les relations contractuelles des professionnels qui y sont soumis (H. Barbier, « L'incidence croissante des codes de déontologie sur la formation et le contenu du contrat », *RTD civ.* 2017, p. 636). En témoigne, à nouveau, l'arrêt du 6 février 2019 de la première chambre civile de la Cour de cassation prononçant la nullité d'un contrat violant une règle d'un code de déontologie, non réglementaire, des professionnels de l'ostéopathie (v. également sur cette décision L. Leveueur, *CCC*, 2019, comm. 80 ; B. Maisonnat, *D.* 2019, p. 931, M. Richevaux, *LPA*, 10 mai 2019, p. 11). Une attention particulière doit dès lors être portée à cette décision dont nous retracerons brièvement au préalable les faits et la procédure.

En l'espèce, une ostéopathe avait été visitée sur le lieu de son activité professionnelle par le représentant d'une société spécialisée dans la publicité. Séduite par ses propositions, elle avait signé un bon de commande prévoyant la publication d'un encart dans un répertoire familial pratique d'urgence destiné à informer le public de son activité. Puis, prenant conscience le lendemain que le contrat qu'elle venait de conclure violait les règles déontologiques interdisant aux ostéopathes de recourir à la publicité, celle-ci le dénonça par courrier. La société avait néanmoins poursuivi l'exécution du contrat et facturé les prestations convenues. L'absence de paiement la conduisit à assigner l'ostéopathe devant la juridiction de proximité de Libourne. Sa demande fut rejetée, le juge saisi ayant constaté un défaut de communication, préalablement à la conclusion du contrat signé hors établissement, de l'ensemble des informations concernant le caractère illicite du contrat au

regard du Code de déontologie des ostéopathes ainsi qu'une absence, pour le professionnel agissant dans le cadre de son activité principale, du bénéfice d'un droit de rétractation. La société déboutée forma alors un pourvoi en cassation. Le moyen développé portait sur l'obligation d'information du prestataire et consistait à faire valoir que ce dernier n'était nullement tenu d'informer le client des règles professionnelles et déontologiques, ni de l'absence d'un droit de rétractation. C'est cependant une toute autre voie qu'a empruntée la Cour de cassation. Après avoir rappelé que « l'objet d'un contrat doit être licite à peine de nullité », celle-ci a décidé d'opérer une substitution de motifs et choisi de se placer sur le terrain de la nullité du contrat pour objet illicite. Selon la Haute juridiction, cette illicéité découlait de l'article 21 du Code de déontologie des professionnels de l'ostéopathie, pourtant sans valeur réglementaire, disposition faisant interdiction aux ostéopathes de recourir directement ou indirectement à des procédés publicitaires. La solution consacrée par l'arrêt rapporté ne manquera sans doute pas de surprendre en ce que c'est la violation d'une règle déontologique dépourvue de force contraignante (I) qui fonde l'illicéité de l'objet du contrat litigieux (II).

I – LA VIOLATION D'UNE NORME DEONTOLOGIQUE DEPOURVUE DE FORCE CONTRAIGNANTE

L'interdiction faite aux ostéopathes de recourir à des procédés publicitaires dans le cadre de leur activité professionnelle, dont le non-respect a eu pour conséquence la nullité du contrat, était aménagée par une norme qui, en principe, aurait dû être dépourvue de toute portée en droit positif. Il est traditionnellement enseigné qu'un code de déontologie n'a aucune force obligatoire et que les règles qui en sont issues ne sauraient être assimilées à de véritables règles de droit (Ph. Malaurie, P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ-Lextenso, coll. « Droit civil », 7^{ème} éd., 2018, n°28, pp. 45-46). La raison tient à la nature de ces normes. Il s'agit de règles édictées par l'organe représentatif d'une profession dont la finalité est de fixer à destination des membres du corps professionnel concernés un ensemble de devoirs et de comportements dans leurs relations avec les usagers et les autres membres du corps concerné et ce afin de garantir une pratique conforme à l'éthique (H. Aubry, « Réflexion sur l'évolution récente des règles de déontologie en droit des affaires », *D.* 2009, p. 2504 ; J.-L. Bergel, « Du concept de déontologie à sa consécration juridique », in *Droit et déontologies professionnelles*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 9, spéc. p. 14 ; P. Deumier, « Les sources de l'éthique des affaires - Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Libre Droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 337 ; N. Decoopman, « Droit et déontologie – Contribution à l'étude des

modes de régulation », *in Les usages sociaux du droit*, CURAPP, 1989, p. 87). Celles-ci n'émanent donc ni du législateur, ni d'une autorité administrative mais des professionnels eux-mêmes ou de leurs représentants, en d'autres termes de personnes privées. Or, point de droit hors de la sphère étatique ! De sorte que la portée d'une règle déontologique paraît assez limitée. Tout au plus, sa violation sera sanctionnée par une juridiction disciplinaire. Mais elle ne saurait, en principe, donner lieu à une sanction civile telle que la nullité d'un contrat ou la reconnaissance de la responsabilité civile de son auteur. Certes, une action en justice est susceptible d'être concomitante à une action disciplinaire mais celles-ci ne sauraient dépendre l'une de l'autre (v. ainsi Cass. civ. 1^{ère}, 18 avr. 1961 : *JCP G.* 1961, II, 12184, note J. Savatier ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1958 : *D.* 1959, p. 283, note J. Brethe de la Gressaye : « Vu (...) le principe de l'indépendance de l'action civile et de l'action disciplinaire »). De ce point de vue, les règles déontologiques ne sauraient être assimilées à de véritables règles de droit et celles-ci composent respectivement deux corps normatifs étant, *a priori*, distincts et indépendants. Ce type de normes est cependant susceptible d'avoir une portée en droit positif lorsqu'elles sont reprises par un instrument contraignant. Tel est par exemple le cas lorsque, comme le prévoit, l'article L. 4217-1 du Code de la santé publique, un code de déontologie est adopté et édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'État. En pareille hypothèse, les règles qui en sont issues sont pourvues d'une valeur réglementaire de sorte que le juge doit en tenir compte comme s'il s'agissait de véritables normes contraignantes. Dans le cas contraire, elles n'ont, *a priori*, aucune portée en droit positif. Qu'en est-il pour les ostéopathes et plus particulièrement pour le Code de déontologie des professionnels de l'ostéopathie dont il était question dans l'arrêt rapporté ?

La règle déontologique sur laquelle s'est fondée la Cour régulatrice était dépourvue de toute valeur contraignante. Pour bien en comprendre les raisons, il est d'abord nécessaire de préciser que l'ostéopathie ne constitue pas une profession de santé au sens du Code de la santé publique mais une activité de soins, son organisation rendant ses praticiens autonomes (v. sur ce point J. Moret-Bailly, », *RDSS*, 2009, p. 290). À cet égard, elle « ne dispose pas d'un ordre professionnel qui serait tenu de préparer un code adopté par décret, obligatoire pour tous les membres de la profession et sanctionné par des peines disciplinaires, prononcé par un organe juridictionnel » (D. Truchet, Préface au Code de déontologie de l'ostéopathie, accessible en ligne sur le site du Syndicat français des Ostéopathes). L'analyse de l'arrêt révèle d'ailleurs un élément surprenant : le Code de déontologie concerné n'est pas unique car il existe plusieurs Code de déontologies concernant la profession d'ostéopathe. Cet aspect n'est cependant pas relevé par la Cour de cassation, celle-ci faisant seulement référence au « Code de déontologie de la profession d'ostéopathe ». On peut s'en étonner car cette appellation n'est pas, à elle seule, suffisante

pour déterminer le corps normatif sur lequel elle se fonde : c'est la référence à l'article 21 qui permet d'établir qu'il s'agit du Code rédigé par le Registre des Ostéopathes de France (ROF). Cela ne change cependant rien à son absence de force contraignante. Mais comme a pu le faire remarquer un auteur, ce type de normes n'appartient pas pour autant à la sphère du « non-droit » (D. Truchet, préc.). Il s'agit selon lui plutôt du droit souple (sur cette notion v. notamment C. Thibierge, « Le droit souple », *RTD civ.* 2003, p. 599 ; v. également Association H. Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, 2009). Ce qui signifie qu'un manquement aux dispositions du Code n'expose son auteur, sauf à ce qu'elles soient constitutives d'une infraction pénale, qu'à des sanctions limitées telles que l'exclusion du Syndicat des ostéopathes (D. Truchet, préc.). En ce sens, l'article 1^{er} du Code de déontologie figurant dans les motifs de l'arrêt rapporté indique que les dispositions qu'il énonce s'imposent aux ostéopathes membres du ROF et que les infractions à ces dispositions relèvent de l'organe disciplinaire de ce registre. Dans ce contexte, on conçoit mal que le manquement déontologique ait ici une portée positive. Il reste alors à déterminer les raisons pour lesquelles le non-respect d'une norme de droit souple a eu pour conséquence l'illicéité de l'objet du contrat.

II – LA VIOLATION D'UNE NORME DEONTOLOGIQUE FONDANT L'ILLICÉITE DE L'OBJET DU CONTRAT

L'incidence d'une norme déontologique de droit souple sur la formation et le contenu du contrat soulève de nombreuses interrogations et donne en tout cas matière à réflexion. À vrai dire, la voie empruntée par la Cour de cassation n'est pas nouvelle. Ce n'est pas la première fois que le juge intègre des règles déontologiques dans la sphère du droit positif (Ph. Malaurie, P. Morvan, *op. cit.*, n°28, p. 46). Les exemples en ce sens ne manquent pas. L'un des plus évocateurs est sans doute celui de la responsabilité civile : le manquement déontologique a plusieurs fois servi au juge de référentiel pour qualifier une faute civile (v. notamment sur ce point J. Moret-Bailly, « Règles déontologiques et faute civile », *D.* 2002, p. 2820). On peut cependant légitimement éprouver une réticence à admettre la nullité d'un contrat au seul motif qu'il serait contraire à une réglementation d'origine privée. Tout au plus, le juge serait éventuellement susceptible de prendre en considération les normes concernées, à titre d'élément de fait, pour apprécier par exemple la responsabilité d'un ostéopathe (D. Truchet, *op. cit.*).

Toutefois, deux arguments peuvent être successivement avancés au soutien de la solution consacrée par l'arrêt adopté.

Le premier consiste à tenir compte de l'existence d'un engagement unilatéral de volonté par le professionnel concerné. Il est bien connu que cet acte juridique particulier fait depuis longtemps l'objet de controverses doctrinales et suscite des incertitudes auxquelles le droit positif n'a, pour l'heure, pas mis un terme (v. notamment sur ce point C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, Defrénois, 2006, préf. Y. Lequette ; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit contemporain*, PUAM, 1995, préf. J. Mestre). Il a cependant été admis qu'une obligation puisse naître de l'engagement par lequel une seule personne manifeste sa volonté de s'obliger (v. en dernier lieu Cass. civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n°14-20.498 : *D.* 2015, p. 2361, note D. Mazeaud ; *RTD. civ.* 2016, p. 339, obs. H. Barbier). Or, dans la mesure où un professionnel s'engage expressément à respecter des règles suffisamment précises, il a pu être soutenu qu'en pareille hypothèse l'existence d'un engagement unilatéral de volonté ne devrait pas être ignoré (H. Aubry, « Réflexions sur l'évolution récente des règles de déontologie en droit des affaires » préc., spéc. n°12). Il a d'ores et déjà été relevé que les dispositions du Code de déontologie figurant dans les motifs de l'arrêt rapporté s'imposent aux ostéopathes membres du ROF. Or, l'article 2 du même Code précise que « tout ostéopathe, lors de son adhésion au ROF, doit s'engager par écrit à respecter le présent Code ». Dans la mesure où la règle déontologique prise en considération par la Cour de cassation est l'article 21 du même Code, on peut supposer que le professionnel mis en cause avait adhéré à l'association et s'était engagé à respecter les dispositions du Code de déontologie. En l'absence d'engagement exprès, certains auteurs soutiennent qu'« une obligation pourrait naître des apparences de droit dont la profession se seraient revêtus » (H. Aubry, *art. préc.*, spéc. n°12).

Le second, plus déterminant, consiste à considérer que la règle déontologique concernée doit être assimilée à une règle d'ordre public dont la violation conduit à rendre illicite l'objet du contrat litigieux. De ce point de vue, la solution consacrée par l'arrêt rapporté s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel consistant à ce que le juge prenne en considération certaines règles déontologiques qui présenteraient ainsi un caractère impératif. Certes, il est traditionnellement enseigné que ce type de normes ne saurait constituer des règles d'ordre public. Mais cette assertion a ses limites. Certaines règles déontologiques sont susceptibles d'être considérées comme une source de l'ordre public civil lorsqu'elles sont d'intérêt général (Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ-Lextenso, coll. « Droit civil », 10^{ème} éd., 2018, n°648, p. 630). Un temps, la Cour de cassation a été réticente à admettre cette solution, celle-ci ayant pu clairement énoncer que « les règles de

déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et n'entraînent pas à elles seules la nullité des contrats conclu en infraction de leurs dispositions » (Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 1991, n°89-15.179 : *RTD civ.* 1992. 383, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1992. 1075, obs. J.-L. Aubert ; *JCP E.* 1991, II, 255, note A. Viandier). De ce point de vue, la violation de ce type de normes constituait une « illégalité indifférente » (Ch. Atias, *Le contentieux contractuel*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 4^{ème} éd., 2008, n°315, p. 265). Mais un récent arrêt de la Cour de cassation, bien qu'il ne le fasse pas clairement apparaître, a permis à un tiers à un maître d'ouvrage d'exciper la nullité d'un contrat visant à sous-traiter des prestations d'architecture au motif que le Code de déontologie des architectes interdit l'architecte de recourir à la sous-traitance, interdiction relevant selon les commentateurs d'un ordre public de direction (Cass. civ. 3^{ème}, 27 avr. 2017, n°16-15.598 : *JCP G.* 2017, 759, note H. Périnet-Marquet ; *Constr.-Urb.* 2017, p. 29, note Ch. Sizaire ; *RDI* 2018, p. 225, obs H. Périnet-Marquet ; *RTD civ.* 2017, p. 638, obs. H. Barbier).

Qu'en est-il de la règle déontologique faisant interdiction aux ostéopathes de recourir à la publicité ? Celle-ci devait-elle vraiment rejoindre la catégorie des règles d'ordre public ? Pour s'en convaincre, on examinera les raisons de l'interdiction de la publicité. On observera que celle-ci n'est pas adressée uniquement aux ostéopathes mais aussi aux professions soignantes ainsi que les établissements de santé où elles exercent. La finalité de cette règle vise à éviter la pratique de l'activité médicale comme une activité commerciale « dans le souci de veiller au respect des patients et à la confraternité » (A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, PUF, 3^{ème} éd., 2012, n°388, p. 441). Les règles déontologiques relatives à la profession d'ostéopathe reposent sur des considérations similaires. Selon le Code établi par le Syndicat français des ostéopathes exclusifs, la spécificité du mode d'exercice libéral de l'activité de l'ostéopathe requiert une régulation de la concurrence professionnelle : il s'agit de permettre aux ostéopathes qui s'installent de se constituer une clientèle et à l'ensemble des professionnels de pratiquer leur activité sans craindre un détournement de clientèle par des procédés déloyaux de concurrence. Au-delà, le texte insiste sur la nature de l'ostéopathie qui est un service ayant trait non à un bien marchand, mais à la santé des patients. En ce sens, les normes déontologiques permettent d'opérer une différence entre activité libérale et activité commerciale et n'ont pas pour seule finalité la régulation de la concurrence mais aussi la qualité de prise en charge des patients et la préservation de l'image et donc de l'avenir de l'ostéopathie elle-même (Code de déontologie de l'ostéopathie du Syndicat français des ostéopathes exclusifs, p. 110). La nécessité de garantir une concurrence loyale au sein de la profession d'ostéopathe au regard de la spécificité de son mode d'exercice libéral en vue d'assurer une qualité des soins des patients

et d'assurer la pérennité de la profession présentent sans doute un intérêt général justifiant la qualification d'ordre public de la règle prohibant la publicité. Il n'est cependant pas certain qu'elle soit maintenue à l'avenir. Il apparaît au regard de deux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne que les dispositions du Code de la santé publique interdisant la publicité, notamment pour les médecins et les chirurgiens-dentistes, ne seraient pas compatibles avec l'article 56 TFUE et la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (CJUE, 4 mai 2017, aff. C-339/15 : *D.* 2018, p. 583, obs. E. Poillot ; *AJDA* 2017, 1709, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänser ; CJUE, 23 oct. 2018, aff. C-296/18). Le Conseil d'État a indiqué qu'il devrait désormais statuer à la lumière de cette évolution jurisprudentielle (CE, *Règles applicables aux professionnels de santé en matière de publicité*, Doc. fr, 2018, p. 63). Il reste à déterminer quelles en seront les conséquences pour l'ostéopathie qui, rappelons-le, est considérée comme une activité de soins et non une profession de santé au sens du Code de la santé publique.

Quoiqu'il en soit, la solution de l'arrêt ainsi rapporté illustre la prise en compte croissante des règles de déontologie qui sont appelées à rejoindre un « ordre public professionnel » (H. Tissandier, *Recherches sur la notion juridique de profession*, Thèse Paris X, 1998 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, n°493, p. 568) à l'aune duquel s'exerce le contrôle de l'illicéité de l'objet du contrat. À cet égard, une observation jadis présentée par un auteur n'a rien perdu de son actualité : « on doit se garder (...) de considérer déontologie professionnelle et ordre public comme deux ensembles totalement extérieurs l'un à l'autre » (J. Mestre, note préc.). Dans cette perspective, ces normes sont susceptibles de participer à l'inflation et à l'extension de l'ordre public (B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2018, n°161, p. 155). À n'en pas douter, la déontologie devient une « source juridique de première importance » (J. Mestre, « La force rayonnante de la déontologie », *RLDC* 12/2018, p. 3), même dans un contexte tendant à une certaine déréglementation des professions.