



HAL
open science

Les droits de l'usager-consommateur de prestations d'action sociale et médico-sociale

Olivier Poinot

► **To cite this version:**

Olivier Poinot. Les droits de l'usager-consommateur de prestations d'action sociale et médico-sociale. Revue générale de droit médical, 2015, 56, pp.193-222. halshs-01203392

HAL Id: halshs-01203392

<https://shs.hal.science/halshs-01203392v1>

Submitted on 15 Dec 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.

Les droits de l'utilisateur-consommateur de prestations d'action sociale ou médico-sociale

Olivier POINSOT

Avocat à la Cour

Chercheur associé à l'IFROSS, université de Lyon 3

Chargé de cours à l'EHESP, aux universités de Lyon,

Toulouse et Montpellier et au CNFPT

SOMMAIRE

- I. – L'APPLICABILITÉ DU DROIT DE LA CONSOMMATION AUX INSTITUTIONS SOCIALES ET MÉDICO-SOCIALES
 - A. – À l'égard des institutions privées
 - 1. – Le champ d'application du contrat de séjour
 - 2. – La qualification du lien de consommation
 - B. – À l'égard des institutions publiques
 - 1. – La portée du contrat de séjour
 - 2. – La nature du service public exercé
- II. – LA PROTECTION DE L'USAGER-CONSOMMATEUR DANS SON ACCOMPAGNEMENT SOCIAL OU MÉDICO-SOCIAL
 - A. – Le dispositif consumériste général
 - 1. – La naissance du contrat
 - 2. – L'exécution du contrat
 - B. – Les règles catégorielles spécifiques
 - 1. – le régime législatif et réglementaire du contrat de séjour en EHPAD
 - 2. – Les autres spécificités catégorielles

1. – Pris en application de l'article L. 311-4 du Code de l'action sociale et des familles (CASF), l'article D. 311 du même Code procure deux éléments de définition du contrat de séjour. D'une part, ce contrat définit les objectifs et la nature de la prise en charge ou de l'accompagnement dans le respect des principes déontologiques et éthiques, des recommandations de bonnes pratiques professionnelles et du projet d'établissement ou de service. D'autre part, il détaille la liste et la nature des prestations offertes ainsi que leur coût prévisionnel¹. Il s'agit là d'une définition apparemment autonome de toute autre considération normative et il pourrait être admis, par exemple à la faveur d'une autonomie des législations – qu'il faudrait tout de même pouvoir justifier – qu'elle ne requiert nullement d'être mise en correspondance ou en harmonie avec d'autres standards².

2. – Mais en réalité, s'agissant au moins de la situation des institutions sociales et médico-sociales³ privées, le contrat de séjour s'accommode fort bien de la théorie générale des contrats, au point d'être susceptible de faire l'objet de qualifications précises qui concordent avec cette théorie. Conclu à titre onéreux, il est commutatif et, sous réserve de ses caractéristiques de contrat d'adhésion et de contrat complexe, synallagmatique. Contrat de louage d'ouvrage, il est enfin, compte tenu de la situation des cocontractants, un contrat de consommation⁴.

3. – Dès lors se pose la question de la définition de l'emprise exercée par le droit de la consommation sur le droit des institutions sociales et médico-sociales. Dans un premier temps, il paraît opportun d'identifier le champ d'application exact de la protection consumériste pour en cerner ensuite les dispositifs d'action au profit de l'utilisateur d'un accompagnement social ou médico-social.

I. – L'APPLICABILITÉ DU DROIT DE LA CONSOMMATION AUX INSTITUTIONS SOCIALES ET MÉDICO-SOCIALES

4. – Si l'application du droit de la consommation aux relations de droit privé entre prestataire professionnel et usager-consommateur ne suscite aucune difficulté immédiate, sous réserve naturellement de rendre compte d'un lien de consommation, il faut toutefois tenir compte de ce que le contrat de séjour constitue également, du point de vue du droit des institutions sociales

1. Article L. 311-4, alinéa 2 du CASF.

2. Pour l'expression d'un doute sur l'application de la théorie générale des contrats, y compris s'agissant de la question de la qualification du contrat: MOULAY-LEROUX (S.), «Le contractualisme dans le secteur social et médico-social: du mythe du contrat à la réalité de la contractualisation», *RGDM* n° 32, septembre 2009, p. 73, spéc. p. 83. Pour une critique de certaines interrogations sur la nature même de contrat du contrat de séjour: PERDRIX (L.), «Retour sur le contrat de séjour», *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, coll. «Mélanges», p. 781, spéc. n°9.

3. Au sens de l'article L. 311-1 du CASF, cette expression désigne les organismes gestionnaires.

4. Pour une démonstration détaillée de ces caractéristiques: POINSOT (O.), «Pour une théorie générale du contrat de séjour (première partie)», *RGDM* n° 44, septembre 2012, p. 523-537.

et médico-sociales, un dispositif opposable aux organismes gestionnaires de droit public, conformément à la volonté universaliste du législateur⁵.

A. – À l'égard des institutions privées

5. – Établir l'applicabilité du droit de la consommation à l'égard des institutions sociales et médico-sociales privées suppose de prendre en considération la situation des cocontractants pour en tirer des conséquences sur la qualification de contrat de séjour comme contrat de consommation.

1. – Le champ d'application du contrat de séjour

6. – S'agissant d'abord du champ d'application du contrat de séjour, il paraît évident de mentionner de prime abord que ce dernier ne peut être conclu que dans les hypothèses où l'usager dispose de la liberté de souhaiter son accueil ou son accompagnement. De cette évidence dérive l'exclusion du champ d'application contractuel de toutes les situations dans lesquelles l'admission résulte d'une contrainte. Les catégories d'équipements mentionnées à l'article L. 312-1, I du CASF entrent donc *a priori* dans le champ d'application du contrat de séjour pour autant qu'elles n'ont pas pour mission d'œuvrer à l'exécution de décisions judiciaires. Pour cette raison, sont exclues les interventions des établissements et services : recevant des mineurs et jeunes majeurs faisant l'objet d'une mesure d'assistance éducative au sens des articles 375-1 et suivants du Code civil ou de l'exécution d'une sanction pénale à caractère éducatif au sens de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante⁶ ; les services de mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM)⁷ ; les services mettant en œuvre les mesures judiciaires d'aide à la gestion du budget familial⁸. En revanche, ne sont pas soumis à une décision d'admission échappant à leur libre arbitre les usagers : des établissements et services relevant de l'aide sociale à l'enfance (ASE)⁹ ; des centres d'héberge-

5. Pour une caractérisation plus précise des enjeux sous-jacents de cette volonté universaliste : POINSOT (O.), « Pour une théorie du contrat de séjour (seconde partie) », *RGDM* n° 45, décembre 2012, p. 358-371.

6. Article L. 312-1, I, 4° du CASF.

7. Article L. 312-1, I, 14° du CASF. L'article D. 471-8 du même Code précise que le document individuel de protection des majeurs (DIPM) prévu aux articles L. 471-7 et D. 311-0-2 n'est signé que par le représentant du service, la signature du protégé n'étant requise par l'article D. 471-10 que sur un bordereau pour attester de la bonne remise du DIPM. Le libellé même de l'article L. 311-10, en ce qu'il reconnaît le régime de droit commun institué par l'article L. 311-4, confirme qu'il s'agit là d'une variété particulière – certes, dérogatoire – de l'espèce générale du contrat de séjour.

8. Article L. 312-1, I, 15° du CASF.

9. Parce que toute admission doit résulter de l'accord des représentants légaux du mineur voire de lui-même s'il a été émancipé : article L. 223-2 du CASF. Par ailleurs, l'intervention de l'ASE doit faire l'objet d'un contrat dénommé « projet pour l'enfant » qui doit être signé : article L. 223-1, alinéa 5 du même Code. Dans ces situations, l'organisme gestionnaire a donc pour cocontractant le président du conseil général. En pratique, une difficulté pourrait naître dans le cas d'admission

ment et de réinsertion sociale (CHRS)¹⁰; des centres d'accueil pour demandeurs d'asile (CADA)¹¹.

2. – La qualification du lien de consommation

7. – La jurisprudence et la doctrine consumériste antérieures à la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 (dite « loi Hamon ») définissaient déjà le consommateur comme la « personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour son usage non professionnel » et le professionnel comme étant « toute personne physique ou morale agissant dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de services »¹².

8. – L'entrée en vigueur de la « loi Hamon » a conduit à l'insertion, dans le Code de la consommation, d'un article préliminaire qui définit désormais le consommateur ainsi : « Est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. » Ainsi est-il établi que les situations respectives de l'usager et de l'organisme gestionnaire demeurent bien celles d'un consommateur et d'un prestataire de services professionnel. Les prestations d'accompagnement de la personne vulnérable ne viennent pas satisfaire les besoins liés à son activité professionnelle. Quant à l'organisme gestionnaire, il agit bien dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de prestation de services¹³; plus précisément, la doctrine consumériste désigne le professionnel comme « une personne (...) agissant dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de services »¹⁴. Au regard de ces critères de définition, il apparaît que :

- l'article L. 311-1 du CASF désigne comme acteurs de l'action sociale et médico-sociale des personnes, qu'elles soient physiques ou morales;
- l'accueil de personnes vulnérables, dans le contexte de réglementation administrative des interventions sociales et médico-sociales, suffit à démontrer l'existence d'une activité habituelle et organisée;
- cet accueil constitue une prestation – ou un ensemble de prestations – de

d'un enfant ou adolescent confié aux services de l'ASE par un juge, communément appelé « placement administratif ». Toutefois, force est de constater que l'établissement ou le service n'est pas nommément désigné dans le jugement; sa participation est fondée sur l'article L. 221-1, alinéa 2 du CASF au titre de son habilitation aide sociale prévue aux articles L. 313- 8 et suivants du même Code.

10. Parce que la demande d'admission au bénéfice de l'aide sociale conduisant à l'admission doit résulter d'une initiative de la personne: article L. 345-1 du CASF.

11. Car l'acceptation de l'offre d'admission préfectorale n'est qu'une simple faculté: article R. 348-1 du CASF.

12. PICOD (Y.), DAVO (H.), *Droit de la consommation*, Armand-Colin, 2005, n° 31 à 39.

13. POINSOT (O.), « Pour une théorie ... (première partie) », *loc. cit.*

PICOD (Y.), DAVO (H.), *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 39.

service, ainsi d'ailleurs que l'a explicitement reconnu la loi du 2 janvier 2002¹⁵.

9. – Le fait que l'organisme gestionnaire soit – ou non – à but lucratif et qu'il ait – ou pas – la qualité de commerçant n'a aucune incidence sur cette qualification. Qu'il appartienne au service public industriel et commercial ne constitue pas davantage une contre-indication. Le standard réside dans le caractère habituel et intéressé de l'activité exercée donnant une apparence d'efficacité et de compétence¹⁶. Or la gestion d'un établissement ou d'un service social ou médico-social correspond à cette définition:

- soumise à l'obtention d'une autorisation d'une durée de quinze ans¹⁷, l'activité est pour le moins habituelle à partir du moment où elle a débuté, ayant fait l'objet d'un procès-verbal de conformité;
- la délivrance de prestations étant effectuée à titre onéreux, l'activité est forcément intéressée, et ce, même si les personnes accueillies ne paient pas directement leur séjour;
- quant aux notions d'efficacité et de compétence, l'existence d'une exigence légale d'évaluation interne et externe de la qualité des prestations¹⁸ ainsi que les nombreuses obligations existant en matière de qualification des acteurs¹⁹ témoignent d'une réelle efficacité et compétence des membres des équipes pluridisciplinaires et de leur encadrement.

10. – La dimension consumériste du contrat de séjour se trouve par ailleurs confirmée par le fait que la loi nouvelle a réaffirmé la compétence de la DIRECCTE en matière de contrôle administratif des « outils de la loi n° 2002-2 »²⁰ et que la conformité juridique de certains contrats de séjour – ceux conclus avec les personnes âgées ou avec les services à la personne – s'apprécie au regard de plusieurs recommandations de la Commission des clauses abusives, dont la n° 85-03 du 5 juillet 1985, la n° 08-02 du 13 décembre 2007 et la n° 12-01 du

15. Art. L. 314-1 et L. 314-2 CASF.

16. LE TOURNEAU (Ph.), « La responsabilité professionnelle, une spécificité réelle ou apparente », *LPA* 11 juillet 2001, spéc. p.5.

17. CASF, art. L. 313-1 et L. 313-6.

18. CASF, art. L. 312-8.

19. En matière de plateau technique, cf. les conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement (art. D. 312-11 à D. 312-176-4 CASF). Pour les directeurs: art. D. 312-176-5 à D. 312-176-9 et A. du 1^{er} mars 2007 fixant la liste des titres et diplômes permettant à titre transitoire à leurs titulaires de satisfaire à la condition de niveau de qualification fixée aux art. D. 312-176-6 et D. 312-176-7 du CASF pour diriger un établissement ou service social ou médico-social (*JO* du 16 mars 2007, p.4927). Les professionnels des métiers médicaux, paramédicaux, éducatifs et psychologiques exercent quasiment tous des professions réglementées sanctionnées par des diplômes d'État; les inspections administratives comportent généralement le contrôle de ces titres.

20. Article L. 141-1, III, 9° nouveau du Code de la consommation. L'entrée en vigueur de ce texte est concomitante à l'abrogation de l'article L. 313-21 du CASF qui était issu de l'article 46 de la loi du 2 janvier 2002; c'est pourquoi il serait erroné de prétendre que la pénétration du secteur social et médico-social par le droit de la consommation date de 2014.

15 mars 2012 prises en application des articles L. 132-1 à L. 132-5 du Code de la consommation.

B. – À l'égard des institutions publiques

11. – Caractériser l'application du droit de la consommation aux relations entre personnes publiques et usagers s'avère plus délicat même si la conclusion d'un contrat de séjour demeure une constante. Par ailleurs, il importe de tenir compte de l'office du juge administratif qui, dans une certaine mesure, admet l'émergence de la logique consumériste dans son prétoire.

1. – La portée du contrat de séjour

12. – Il a déjà pu être démontré que l'approche universaliste du législateur n'a pas tenu compte du nécessaire enjeu d'une définition du statut des usagers des établissements publics sociaux et médico-sociaux (EPSMS), alors même que le droit administratif se réfère de longue date à la nature de la mission de service public exercée pour en déduire ce statut²¹. En l'absence de précédent émanant du Conseil d'État est apparue une divergence de jurisprudence entre certaines cours administratives d'appel, les unes admettant la valeur contractuelle du contrat de séjour²² quand d'autres la rejettent en considération de l'existence d'un service public administratif exclusif de tout consensualisme²³. L'enjeu du débat est donc bien celui de la compatibilité d'une logique contractuelle avec une théorie générale du service public qui cantonne jusqu'ici l'administré du service public administratif dans une relation statutaire ou encore « légale et réglementaire » à l'égard de l'administration, par nature exclusive de toute dimension contractuelle²⁴.

13. – Par ailleurs, la doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si le contrat de séjour pourrait ou non révéler l'existence, dans les EPSMS, d'un contrat administratif²⁵. Il semble, sur ce point, pouvoir être soutenu que le contrat de

21. POINSOT (O.), « Pour une théorie ... (deuxième partie) », *loc. cit.*

22. CAA Nantes, 18 mai 2007, M. René X c/ CCAS de Saint-Malo, n° 06NT00419 ; CAA Bordeaux, 9 mars 2010, CCAS de Mimizan c/ Mme X, n° 09BX01402 ; CLUZEL-MÉTAYER (L.), « Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », *RDSS* 2012, p. 442 ; MOULAY-LEROUX (S.), « Le contrat avec l'usager : paradigme ou parasite de la relation d'aide ? À propos du contrat de séjour des établissements sociaux et médico-sociaux », *RDSS* 2012, p. 5 ; JEAN (E.), « Le contrat de séjour et le document individuel de prise en charge », in VIALLA (F.), dir., *Jurisprudences du secteur social et médico-social*, éd. Dunod, étude n° 18, p. 296.

23. CAA Nancy, 30 mai 2011, M. Philippe A. c/ Centre hospitalier de Gérardmer, n° 10NC01016 ; *RDSS* 2011, p. 965, note J.-M. Lhuillier.

24. CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, n° 778, 15^e éd., tome 1, éd. Monchrestien, coll. « Domat droit public ». À propos de l'exclusion de toute dimension contractuelle en présence d'un paiement de frais d'hospitalisation ou d'hébergement : CE, 30 mars 1984, Hôpital-hospice de Mayenne, *Rec. p.* 141 ; 6 avril 1992, *Petit Dr. Adm.*, n° 228, 1992.

25. LHUILLIER (J.-M.), *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, 3^e éd., ENSP, n° 63, 2007, p. 132 ; PERDRIX (L.), *op. cit.*, n° 11.

séjour est susceptible de présenter une administrativité tant par ses clauses que par son objet²⁶.

14. – C'est pourquoi il paraît ardu d'établir avec certitude l'applicabilité du droit de la consommation au regard du seul critère de la nature du contrat de séjour en droit public. Une aide apparaît heureusement, que la jurisprudence administrative propose en interprétant les catégories du service public.

2. – La nature du service public exercé

15. – Admise par la jurisprudence du Conseil d'État depuis un arrêt de principe de 2001 visant la réglementation des clauses abusives²⁷, l'application du droit de la consommation aux personnes publiques s'inscrit dans un mouvement que la doctrine n'hésite pas à qualifier de « banalisation »²⁸ ou de « privatisation »²⁹ du droit public. Comme objet théorique cohérent, elle relève d'une œuvre récente³⁰ qui s'enracine dans les catégories classiques du droit administratif, tout en ayant l'ambition d'offrir une vision renouvelée des relations entre l'utilisateur et le service public. À des fins pratiques pour les établissements publics sociaux et médico-sociaux (EPSMS) comme pour les personnes qu'ils accueillent ou accompagnent, il est utile d'établir le champ d'application du droit de la consommation.

16. – La justification de l'application du droit de la consommation tient, dans la postérité de l'arrêt Société des eaux du nord, à la possibilité d'établir une analogie entre les relations professionnel-consommateur et administration-administré, à propos d'activités de production, de distribution et de services au sens du droit de la concurrence³¹.

La pertinence de cette analogie est avérée à l'endroit du SPIC³² et fait consensus

26. POINSOT (O.), « Pour une théorie ... (deuxième partie) », *loc. cit.*

27. CE, sect., 11 juillet 2001, Société des eaux du nord, *Rec.* 2001, p. 348; *JurisData* n° 2001-062535; *BJCP* 2001, p. 527, concl. C. Bergeal et obs. Ph. Terneyre; *CJEG* 2001, p. 496, concl. C. Bergeal; *AJDA* 2001, p. 853, chron. M. Guyomar et P. Collin et p. 893, note G.-J. Guglielmi; *RDP* 2001, p. 1495, note G. Eckert; *JCP E* 2002, 124, note N. Sauphanor-Brouillaud; *RJDA* 2001, n° 1272; *Dalloz* 2001, p. 2810, note J. Amar; *Environnement*, 2002, comm. 5, obs. Deharbe; *RTD civ.* 2001, p. 878, n° 6, obs. J. Mestre et B. Fages.

28. AUBY (J.-B.), « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 3.

29. CHAUVIN (F.), « Vers la privatisation du droit des contrats de l'Administration », *Mélanges en l'honneur d'Henri Blaise*, Economica, 1995, p. 95.

30. Pour une mise en cohérence théorique de la notion: CLAMOUR (G.), « Personnes publiques et droit de la consommation », *Jurisclasseur administratif*, fasc. n° 150-10, avril 2013, dont les développements suivants s'inspireront souvent.

31. CLAMOUR (G.), *op. cit.*, n° 12-14.

32. Relèvent ainsi de la réglementation des clauses abusives les contrats conclus par: l'ancien établissement public EDF (Angers, 16 décembre 1987; *CJEG* 1988, p. 178, note P. Sablière; Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 1995, *Bull. Civ.* 1995, I, n° 54; *Dalloz* 1995, jurispr. p. 327 et somm. p. 329), l'ancien exploitant public France Télécom (Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 1996, *Bull. Civ.* 1996, I,

en doctrine³³. En revanche, l'assimilation du SPA au professionnel pose manifestement problème³⁴ et la doctrine affirme sans ambages que «les services publics administratifs ne sauraient être qualifiés de professionnels»³⁵, même si le critère exact pourrait bien être celui du caractère économique de l'activité au sens du droit communautaire des services d'intérêt général (SIG)³⁶. De plus, la jurisprudence du Conseil d'État semble tenir compte de facteurs particuliers – indépendants de la nature publique ou privée des ESSMS – pour considérer parfois au regard de leurs missions qu'il n'y a pas lieu de faire application du droit de la consommation³⁷.

17. – Il découle de ce qui précède que les EPSMS qui relèvent d'un SPIC –

n° 399; *Dalloz* 1997, somm. p. 174, obs. Ph. Delebecque; *JCP G* 1997, I, 4015, chron. C. Jamin; *RTD Civ.* 1997, p. 424, obs. J. Mestre; *Contrats, conc. consom.* 1997, comm. 32, obs. G. Raymond; *LPA* 22 décembre 1997, n° 153, note J. Huet); les services financiers de la Poste, devenus Banque postale (Cass. com., 18 décembre 2001, n° 98-22.592); une commune gérant en régie le service de distribution de l'eau (Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1996, *Bull. Civ.* 1996, I, n° 9; *Contrats, conc. consom.* 1996, comm. 4, note L. Leveneur; *Dalloz* 1996, jurispr. p. 228, note G. Paisant; Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 2002, *JurisData* n° 2002-013317; *Bull. Civ.* 2002, I, n° 78; *JCP G* 2002, I, 1157, chron. G. Paisant; *REDC* 2002, p. 61) et les services publics industriels et commerciaux gérés en régie intéressée (TGI Paris, 17 janvier 1990; *Dalloz* 1990, jurispr. p. 289, note J. Ghestin) ou en affermage (TGI Mâcon, 25 février 1991; *CJEG* 1991, p. 401, note L. Richer).

33. CLAMOUR (G.), *op. cit.*, n° 20.

34. Pour une illustration particulièrement éclairante des préventions du juge, en dépit de conclusions du rapporteur public favorables à la prise en compte de la réglementation des clauses abusives: TA Lyon, 31 mai 2012, Mme R. V. c/ Ehpad «La Résidence de Barjac», n° 1001377, concl. F. Béroujon, *LPA* 5 septembre 2012, n° 178, p. 15.

35. SAUPHANOR (N.), *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, t. 326, LGDJ 2000, coll. «Biblio. droit privé», n° 194; DELVOLVÉ (P.), «La question de l'application du droit de la consommation aux services publics», *Dr. Adm.*, octobre 1993, p. 4, spéc. n° 20-22.

36. CLAMOUR (G.), *op. cit.*, n° 24-25 et 28. Nous voudrions prolonger cette analyse en indiquant que la question sera arbitrée dès lors que le juge administratif aura rattaché l'activité d'un EPSMS, ou bien à un SIG non économique (exclusion du droit de la consommation), ou bien au contraire à un service d'intérêt économique général ou SIEG (application du droit de la consommation). Mais il faudra alors tenir compte des apports de l'arrêt: CJUE, 11 juillet 2013, Femarbel, aff. C-57/12. Par cet arrêt, la Cour a statué pour la première fois sur le contenu de la notion de mandatement au sens de la directive n° 2006/123/CE, saisie d'une question préjudicielle par la Cour constitutionnelle belge à propos du statut de «homes» pour personnes âgées implantés dans la région de Bruxelles-Capitale. À cette occasion, le juge communautaire propose au juge national de considérer qu'il existe un mandat de l'État lorsque le prestataire est obligé de fournir certains services dans le respect de conditions spécifiques d'exercice définies dans un acte de la puissance publique; pour lui, le seul fait qu'une autorité publique réglemente une activité en imposant des règles d'autorisation et de fonctionnement n'est pas suffisant pour constituer un acte de mandatement. Il résulte de ce premier enseignement jurisprudentiel qu'en l'état actuel du droit des institutions sociales et médico-sociales français (Livre III du CASF), le régime législatif et réglementaire des autorisations ne suffit pas à établir, au regard des critères du droit communautaire, l'existence d'un mandatement excluant les opérateurs du champ d'application de la directive «services».

37. Tel est le cas des CADA dont il a été jugé que le contrat de séjour n'a pas à être conforme à la réglementation des clauses abusives: CE, 2^e-7^e SSR, 17 octobre 2012, Fnars & Cimade, n° 353576; BÉROUJON (F.), «La sanction du marché par le juge administratif», *RJEP*, n° 712, octobre 2013, étude 13, spéc. n° 44.

voire ceux relevant d'un SPA jugé économique au sens du droit communautaire – sont soumis au droit de la consommation³⁸ et notamment aux dispositions relatives à l'obligation générale d'information³⁹, aux modes de présentation et inscriptions⁴⁰, aux prix et conditions de vente⁴¹, à l'information sur les délais de livraison⁴², à la publicité⁴³, aux ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance⁴⁴, au démarchage⁴⁵, aux ventes directes⁴⁶, aux ventes et prestations avec primes⁴⁷ ou sans commande préalable⁴⁸, aux refus et subordination de vente ou de prestation de services⁴⁹ ou encore à l'abus de faiblesse⁵⁰. Par suite, c'est bien l'ensemble des dispositifs décrits ci-après qui trouvera matière à s'appliquer.

II. – LA PROTECTION DE L'USAGER-CONSOMMATEUR DANS SON ACCOMPAGNEMENT SOCIAL OU MÉDICO-SOCIAL

18. – Le droit de la consommation s'intercale avec celui des institutions sociales et médico-sociales pour offrir à l'usager-consommateur une protection forte de ses droits. Cet écran, dont il convient de décrire les caractéristiques, s'accompagne parfois, selon les catégories d'interventions, de dispositifs supplémentaires particulièrement protecteurs.

A. – Le dispositif consommériste général

19. – Il convient de décrire les dispositifs généraux de protection qui interviennent de l'ouverture des pourparlers à la fin de l'exécution du contrat.

1. – La naissance du contrat

20. – Les questions de formation et de preuve du contrat de séjour présentent un intérêt intellectuel et pratique certain, tant il est vrai que leur examen conduit à veiller à une articulation harmonieuse entre le droit civil des contrats et le régime spécifique issu du CASF. C'est dire qu'il sera utile de prendre en considération d'autres objets du droit des institutions sociales et médico-sociales, de même que viendront se mêler des considérations issues du droit de la consommation.

38. G. Clamour, *loc. cit.*, n° 4.

39. Articles L. 111-1 à L. 111-3 du Code de la consommation.

40. Articles L. 112-1 à L. 112-9 du Code de la consommation.

41. Articles L. 113-1 à L. 113-4 du Code de la consommation.

42. Article L. 114-1 du Code de la consommation.

43. Articles L. 121-1 à L. 121-15-3 du Code de la consommation.

44. Articles L. 121-16 à L. 121-20-7 du Code de la consommation.

45. Articles L. 121-21 à L. 121-33 du Code de la consommation.

46. Article L. 121-34 du Code de la consommation.

47. Article L. 121-35 du Code de la consommation.

48. Articles L. 122-3 à L. 122-5 du Code de la consommation.

49. Article L. 122-1 du Code de la consommation.

50. Articles L. 122-8 à L. 122-10 du Code de la consommation.

21. – Au stade de la formation du contrat, l'enjeu essentiel réside dans le fait de pouvoir concilier la préparation de l'admission avec les pourparlers. En effet, puisqu'il est un acte sous seing privé, le contrat de séjour relève pour sa formation du consensualisme, ce qui suppose l'engagement de pourparlers entre les futures parties. Pour des raisons pratiques, il est alors opportun – notamment pour annihiler les incohérences de la réglementation du contrat de séjour et du DIPC – de faire se correspondre, en termes de chronologie, la mise en œuvre du processus d'admission avec la préparation de la conclusion du contrat. Au bénéfice de ce propos liminaire, la formation du contrat peut être décrite *via* la présentation des pourparlers puis celle de la conclusion du contrat.

22. – Les pourparlers débutent nécessairement par une sollicitation de l'établissement ou du service. En effet, même si la prise de contact initiale des futures parties revient à l'initiative du candidat-usager, l'offre contractuelle émane toujours des professionnels. Cette offre est au départ générale et impersonnelle, ce qui contribue à retenir la qualification de contrat d'adhésion. Elle doit être présentée en tenant compte de la structure complexe du contrat, c'est-à-dire que l'ensemble des documents concourant à la définition des prestations à délivrer doit faire l'objet d'une présentation par les professionnels. Dans cette situation se justifie particulièrement, à la charge de l'organisme gestionnaire, l'existence d'une obligation précontractuelle de renseignement qui tient à la conjonction de fondements issus du CASF et du Code de la consommation.

23. – Le CASF oblige les professionnels à dispenser au candidat-usager une information claire, compréhensible et adaptée sur la prise en charge et l'accompagnement demandés ou dont il souhaite bénéficier ainsi que sur ses droits et sur l'organisation et le fonctionnement de l'établissement, du service ou de la forme de prise en charge ou d'accompagnement. Il doit également être informé sur les associations d'usagers œuvrant dans le même domaine⁵¹.

24. – Quant au Code de la consommation, il fait dépendre de deux dispositifs complémentaires le devoir précontractuel d'information de l'utilisateur. L'un tient à une obligation générale d'information précontractuelle à l'ouverture des pourparlers, l'autre concerne l'obligation plus générale de communiquer son offre contractuelle habituelle.

25. – Pour ce qui est d'abord de l'obligation générale d'information précontractuelle, l'article L. 111-1 du Code de consommation met à la charge de l'organisme gestionnaire l'obligation d'assurer la communication à l'utilisateur, de manière lisible et compréhensible, des informations suivantes préalablement à la conclusion du contrat de séjour. Il s'agit d'abord des caractéristiques essentielles du service, mais l'information doit aussi concerner le tarif du service. Sur ce point, l'article L. 113-3 institue l'obligation, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, d'informer l'utilisateur sur les

51. Article 3 de la Charte des droits et libertés de la personne accueillie.

prix et conditions particulières de l'exécution des services⁵². L'article L. 113-3-1 ajoute que dès lors que le contrat de séjour est conclu pour une durée indéterminée, le prix total doit inclure le total des frais exposés pour chaque période de facturation et si le coût total ne peut être raisonnablement calculé à l'avance, alors le mode de calcul du prix doit être communiqué. En outre, en cas de différé entre la signature du contrat de séjour et l'admission effective, l'organisme gestionnaire doit faire connaître la date ou le délai auquel s'engage à exécuter le service. Enfin, il doit porter à la connaissance du candidat-usager les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte⁵³. La loi reconnaît explicitement à l'obligation générale d'information précontractuelle une valeur d'ordre public⁵⁴, ce qui exclut par conséquent toute tentative d'aménagement ou de restriction. Par ailleurs, cette obligation fait l'objet d'une sanction, en cas de non-conformité, sous la forme d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale⁵⁵. En cas de discussion sur le respect de l'obligation générale d'information précontractuelle, la loi impute explicitement à l'organisme gestionnaire la charge de prouver qu'il a convenablement exécuté ses obligations⁵⁶.

26. – À l'obligation générale d'information précontractuelle s'ajoute un autre devoir pour l'organisme gestionnaire. En effet, il doit remettre à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'il propose habituellement⁵⁷. En cas de refus de communiquer, il s'expose à l'infliction d'une contravention de cinquième classe (1 500 euros).

27. – Du bon déroulement des pourparlers dépend la sécurité juridique du processus ; sur ce point, l'organisme gestionnaire a intérêt à conserver la preuve de la délivrance des informations précontractuelles qui lui incombent. Au-delà, c'est la clarté et la fiabilité de la démarche qui sont en jeu et la construction de la relation de confiance entre l'usager et les professionnels sera d'autant plus aisée qu'indépendamment de toute obligation formelle, des échanges clairs et précis auront pu renseigner le premier sur l'adéquation entre ses besoins et attentes et l'offre de services de l'ESSMS.

28. – La conclusion du contrat de séjour soulève quant à elle trois questions importantes afférentes au contenu du contrat, au moment de sa formation ainsi qu'à la capacité des parties, le tout au regard du droit de la consommation et

52. Selon les modalités précisées par un décret en Conseil d'État.

53. Des arrêtés doivent venir préciser ces modalités de communication. Pour les services à domicile, il s'agit d'un arrêté du 17 mars 2015 relatif à l'information préalable du consommateur sur les prestations de services à la personne (JO du 25 mars 2015, p. 5432); cf. *infra*.

54. Article L. 111-7 du Code de la consommation.

55. Article L. 111-6 du Code de la consommation.

56. Article L. 111-4, I du Code de la consommation.

57. Article R. 134-1 du Code de la consommation.

de la réglementation sociale et médico-sociale.

S'agissant d'abord du contenu du contrat de séjour, il est certes défini à l'article D. 311 du CASF, mais il est également tributaire de certaines dispositions du droit de la consommation. En effet, il résulte de la qualification de contrat de consommation que l'usager doit – sans préjudice de l'encadrement voire de l'interdiction de certaines pratiques commerciales⁵⁸ de l'organisme gestionnaire ainsi que des spécificités des contrats conclus hors établissement⁵⁹ – bénéficier des protections que lui offre le Code de la consommation en matière de protection contre les clauses abusives, d'interprétation et de forme des documents contractuels. L'article L. 132-1 du Code de la consommation définit comme abusives les clauses qui instituent, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. La sanction de ces clauses est organisée par trois moyens : d'une part l'annulation par le juge de toute clause définie comme abusive de manière irréfragable (dites « clauses noires »), d'autre part l'annulation judiciaire de clauses présumées irréfragables dont le professionnel n'a pu justifier du bien-fondé (dites « clauses grises ») et, enfin, la prise en compte par la juridiction des recommandations émises par la Commission des clauses abusives. Pour l'office du juge, la loi précise que sans préjudice des règles civiles de droit commun afférentes à l'interprétation des contrats⁶⁰, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat ; il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre. Les clauses abusives sont réputées non écrites. D'un point de vue plus général, il importe de souligner que le juge peut soulever d'office l'application de toute disposition contenue dans le Code de la consommation⁶¹. Les « clauses noires » sont purement et simplement interdites. Leur liste est fournie par l'article R. 132-1 du Code de la consommation. Sont ainsi visées les stipulations qui ont pour objet ou pour effet :

- de constater l'adhésion de l'usager à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ;
- de restreindre l'obligation pour l'organisme gestionnaire de respecter les engagements pris par ses préposés ou mandataires ;

58. Articles L. 120-1 et suivants du Code de la consommation.

59. Articles L. 121-16 et suivants du Code de la consommation.

60. Articles 1156 à 1164 du Code civil.

61. Article L. 141-4 du Code de la consommation. Cette solution a d'ailleurs été consacrée par la jurisprudence, au visa de l'article L. 421-6 du Code de la consommation, dans une espèce antérieure à la promulgation de la loi Hamon : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} octobre 2014, Union fédérale des consommateurs de l'Isère c/ Ehpad « Les Solambris », n° 13-21801.

- de réserver à l'organisme gestionnaire le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du service à rendre;
- d'accorder au seul organisme gestionnaire le droit de déterminer si les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat;
- de contraindre l'utilisateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, l'organisme gestionnaire n'exécuterait pas ses obligations de fourniture de services;
- de supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par l'utilisateur en cas de manquement par l'organisme gestionnaire à l'une quelconque de ses obligations;
- d'interdire à l'utilisateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de fourniture de services;
- de reconnaître à l'organisme gestionnaire le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit à l'utilisateur;
- de permettre à l'organisme gestionnaire de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat;
- de soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour l'utilisateur que pour l'organisme gestionnaire;
- de subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par l'utilisateur au versement d'une indemnité au profit de l'organisme gestionnaire;
- d'imposer à l'utilisateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'organisme gestionnaire.

La catégorie des « clauses grises » ne fait l'objet que d'une présomption simple d'abus, ce qui autorise le professionnel à tenter de justifier du bien-fondé leur existence et le juge, à les maintenir si cette justification lui a été fournie. L'énoncé de ces clauses figure à l'article R. 132-2 du Code de la consommation. Il peut s'agir :

- de prévoir un engagement ferme de l'utilisateur alors que l'exécution des prestations de l'organisme gestionnaire est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté de ce dernier;
- d'autoriser l'organisme gestionnaire à conserver des sommes versées par l'utilisateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour l'utilisateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égal au double en cas de versement d'arrhes si c'est l'organisme gestionnaire qui renonce;

- d'imposer à l'usager qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné;
- de reconnaître à l'organisme gestionnaire la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable;
- de permettre à l'organisme gestionnaire de procéder à la cession de son contrat sans l'accord de l'usager et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits de l'usager;
- de réserver à l'organisme gestionnaire le droit de modifier unilatéralement les clauses relatives aux droits et obligations des parties autres que la durée, les caractéristiques ou le prix du contrat;
- de stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise;
- de soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour l'usager que pour l'organisme gestionnaire;
- de limiter indûment les moyens de preuve à la disposition de l'usager;
- de supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par l'usager, notamment en l'obligeant à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges.

Il faut enfin indiquer que la Commission des clauses abusives est compétente pour donner des avis au ministre de la Consommation sur les modèles de contrat habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs⁶². Une procédure de saisine pour avis par le juge est également prévue en cas de litige mettant en lumière la possibilité du caractère abusif d'une clause⁶³. Elle peut être saisie soit par l'autorité ministérielle, soit par les associations agréées de défense des consommateurs, soit par les professionnels intéressés; elle peut enfin se saisir d'office⁶⁴. Ses avis peuvent aller jusqu'à recommander la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractère abusif⁶⁵. Composée de magistrats, de personnes qualifiées, de représentants des professionnels et des consommateurs⁶⁶, elle produit une littérature dont l'examen guide les juridictions appelées à trancher des litiges ressortissants au droit de la consommation⁶⁷. Dans le cas du contrat de séjour, les recommandations suivantes sont susceptibles d'être prises en compte, directement ou par analogie (certaines recommandations étant propres aux contrats conclus avec des personnes âgées accueillies en établissement):

62. Article L. 534-1 du Code de la consommation.

63. Article R. 534-3 du Code de la consommation.

64. Article L. 534-2 du Code de la consommation.

65. Article L. 534-3 du Code de la consommation.

66. Article R. 534-1 du Code de la consommation.

67. Les avis sont consultables sur Internet (<http://www.clauses-abusives.fr/avis/index.htm>).

- recommandation n° 2012-01 relative aux contrats de service à la personne;
- recommandation n° 08-02 relative aux contrats proposés par certains établissements hébergeant des personnes âgées et non habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale, complétant la recommandation n° 85-03 relative aux contrats proposés par les établissements hébergeant des personnes âgées;
- recommandation n° 01-02 sur les clauses relatives à la durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs;
- recommandation n° 94-01 concernant les clauses dites de consentement implicite;
- recommandation de synthèse n° 91-02 relative à certaines clauses insérées dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs;
- recommandation n° 85-03 concernant les contrats proposés par les établissements hébergeant des personnes âgées;
- recommandation n° 81-01 relative à l'équilibre des obligations en cas d'inexécution des contrats;
- recommandation n° 80-03 relative à la formation du contrat;
- recommandation n° 79-02 sur les clauses concernant les recours en justice.

Si peu de précédents jurisprudentiels sont disponibles, pour autant il apparaît que le juge a déjà admis – y compris à l'initiative d'une association de consommateurs – l'invocation de ces recommandations pour annuler les clauses d'un contrat de séjour en EHPAD⁶⁸. L'usager, s'il est le principal intéressé pour solliciter du juge l'annulation d'une clause abusive dans un contrat de séjour, n'est pour autant pas le seul à pouvoir prendre l'initiative d'une instance contentieuse. En effet, l'article L. 421-6 du Code de la consommation dispose que les associations agréées de défense des consommateurs françaises⁶⁹ et européennes⁷⁰ peuvent agir devant la juridiction civile pour obtenir, le cas échéant

68. TGI Grenoble, 4^e Ch. civ., 28 septembre 2009, n° RG 08/05529. Outre l'annulation de clauses abusives « noires » et « grises », le juge a ici tenu compte des dispositions du CASF (articles L. 311-3, L. 311-4, L. 311-7, L. 342-2, L. 351-1, D. 312-158, R. 314-161, R. 314-167 à R. 314-169, R. 351-1) et du Code de la santé publique (articles L. 1113-1 et L. 1113-4) pour juger certaines clauses illicites. L'annulation des clauses a été assortie d'une injonction de corriger le modèle de contrat de séjour sous six mois, injonction assortie d'une astreinte de mille euros par jour de retard au-delà du délai. Par ailleurs, la publication d'un extrait du jugement – assorti de l'exécution provisoire – a été ordonnée dans un journal de la presse quotidienne régionale ainsi que dans un journal d'annonces gratuites.

69. Au sens de l'article L. 421-1 du Code de la consommation.

70. En tant qu'elles sont inscrites sur la liste publiée au *Journal officiel des Communautés européennes* en application de l'article 4 de la 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.

sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur. Ces mêmes associations peuvent également demander au juge de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés. L'administration chargée du respect du droit de la consommation dispose des mêmes pouvoirs, mais sur un fondement distinct⁷¹. S'agissant de l'interprétation et de la forme des documents contractuels, le droit de la consommation institue à la charge de l'organisme gestionnaire une exigence de clarté et confère au consommateur une préférence d'interprétation. Comme contrat de consommation, le contrat de séjour est soumis à une exigence de clarté par la loi : les clauses des contrats proposés par l'organisme gestionnaire aux usagers doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible et en cas de doute, elles doivent s'interpréter dans le sens le plus favorable aux usagers⁷². Cette exigence de clarté porte particulièrement sur les engagements financiers. Ainsi, préalablement à la conclusion du contrat de séjour, l'organisme gestionnaire doit-il s'assurer du consentement exprès de l'usager pour tout paiement supplémentaire venant s'ajouter au prix de l'objet principal du contrat. Dans l'hypothèse où le paiement supplémentaire résulterait d'un consentement donné par défaut, c'est-à-dire en l'absence d'opposition expresse de l'usager à des options payantes qu'il n'a pas sollicitées, ce dernier peut prétendre au remboursement des sommes versées au titre du paiement supplémentaire⁷³. La sanction de cette obligation est l'infliction d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale⁷⁴. Le dispositif a valeur d'ordre public⁷⁵. Enfin, lors de la conclusion du contrat de séjour, l'usager doit être informé par l'organisme gestionnaire de la possibilité de recourir, en cas de contestation, à une procédure de médiation conventionnelle ou à tout autre mode alternatif de règlement des différends⁷⁶.

29. – S'agissant ensuite du moment de la conclusion du contrat de séjour, aux termes de l'article D. 311 du CASF, la conclusion du contrat doit s'opérer après que l'offre contractuelle a été présentée à la personne accueillie dans les quinze jours qui ont suivi son admission, et le consentement doit être constaté par la signature de l'offre au plus tard trente jours après cette même admission. Selon ce règlement, l'offre de contrat peut donc intervenir après le début de la délivrance des prestations. Or cette conception a été contredite, dès 2005,

71. Article L. 141-1, VIII, 1° du Code de la consommation.

72. Article L. 133-2 du Code de la consommation.

73. Article L. 114-1 du Code de la consommation.

74. Article L. 114-2 du Code de la consommation.

75. Article L. 114-3 du Code de la consommation.

76. Article L. 133-4 du Code de la consommation.

par un arrêt explicite de la Cour de cassation en vertu duquel le fait générateur du lien contractuel réside dans le fait matériel de l'admission dans l'ESSMS du plein gré de la personne accueillie⁷⁷. Pour le juge judiciaire, dès lors qu'une personne vulnérable, titulaire le cas échéant d'une notification d'orientation de la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) conforme à la catégorie dont relève l'ESSMS au visa du I de l'article L. 312-1 du CASF, est admise dans cet établissement ou service de son plein gré, c'est-à-dire hormis le cas d'un placement par décision de justice, le lien contractuel est noué et il produira ses effets, s'agissant de l'engagement de la responsabilité de l'organisme gestionnaire, en cas d'atteinte à l'intégrité de l'utilisateur ainsi admis. Cette solution a fait l'objet d'une confirmation par un arrêt de 2006⁷⁸ qui ne laisse planer aucun doute sur le regard porté par la haute juridiction sur les modalités de conclusion du contrat de séjour. Le principe ainsi posé par la Cour de cassation a des conséquences sur l'existence même du DIPC prévu – il est vrai, de manière fort singulière si l'on veut bien se rappeler que ce document, qui comprend les mêmes mentions obligatoires que l'offre de contrat de séjour, est celui qui sera délivré à l'utilisateur qui aura précisément refusé cette offre – par l'article D. 311 du CASF. En effet, dès lors que le lien contractuel est noué par le fait matériel de l'admission, toute formalisation ultérieure par un DIPC n'a que peu d'incidence – pour ne pas dire peu d'utilité – sur l'existence et la consistance de ce lien⁷⁹.

30. – S'agissant enfin de la preuve du contrat, au bénéfice des développements précédents relatifs au moment de la conclusion du contrat de séjour, il est établi que la signature d'un contrat écrit ne peut avoir qu'un caractère reconnaissant, même si l'absence d'écrit exposait l'organisme gestionnaire à deux difficultés. La première tiendrait à ce que l'exigence de l'écrit émane de la réglementation issue du CASF, de sorte qu'un risque de mesure de police administrative – assorti de l'infliction d'une amende administrative – apparaîtrait. La seconde pourrait se faire jour au visa de l'article 1341 du Code civil⁸⁰ en vertu duquel la preuve de l'existence d'un contrat doit, à peine d'échec de l'action, être rapportée par écrit lorsque la valeur de son objet excède 1 500 euros⁸¹; il faudrait donc prendre en compte la situation des ESSMS dans lesquels les usagers assurent effectivement une participation financière. Pour ces raisons, il semble judicieux

77. Cass. civ. 2^e, 12 mai 2005, Association Clair-Soleil & Maif, n°03-17.994; *Bull. Civ.* 2005, II, 121; POINSOT (O.), «Établissement social ou médico-social: admission, contrat de séjour et obligation de sécurité», *JCP A* 2006, 1201.

78. Cass. civ. 2^e, 24 mai 2006, Association Adij & Maif, n°04-17495; *Bull. Civ.* 2006, II, 136.

79. Une partie de la doctrine considérait avant 2005 que le DIPC pourrait procéder d'un contrat unilatéral au sens de l'article 1103 du Code civil: NAITALI (M.-P.), «Les responsabilités des établissements et services sociaux et médico-sociaux», *RJO* 2003, n°spécial, p. 131, cité in «Droits des usagers», *Dictionnaire permanent aide sociale*, éd. Législatives, n°52.

80. BOUBLI (B.), «Contrat d'entreprise», *Rép. Civ. Dalloz*, n°44.

81. Décret n°80-533 du 15 juillet 1980 modifié par le n°2001-476 du 30 mai 2001 puis par le n°2004-836 du 20 août 2004.

de privilégier la signature d'un contrat en bonne et due forme, et ce, en autant d'exemplaires qu'il compte de parties⁸².

2. – L'exécution du contrat

31. – L'organisme gestionnaire est assujéti aux obligations habituelles d'un prestataire de services, mais il supporte de plus, en cours d'exécution du contrat de séjour, certaines contraintes supplémentaires qui proviennent du droit de la consommation. En effet, l'application du droit de la consommation contraint l'organisme gestionnaire à exercer son activité en veillant au respect de diverses prescriptions qui concernent la délivrance des prestations, les conditions de tacite reconduction des engagements et la pratique du recouvrement en cas d'impayé.

32. – Pour ce qui est de la délivrance des prestations d'abord, l'organisme gestionnaire est assujéti à une obligation de ponctualité: il doit respecter les engagements contractuels qu'il a pris pour débiter l'accueil ou l'accompagnement de l'usager. Par suite, dès lors que le contrat de séjour a été conclu préalablement à la date d'admission qui a alors été précisée, il est tenu de se conformer à cette dernière et d'admettre le nouvel usager au jour dit. À défaut d'indication de la date d'admission, l'organisme gestionnaire doit débiter l'exécution des prestations sans retard injustifié et au plus tard trente jours après la conclusion du contrat de séjour⁸³. En cas de manquement de l'organisme gestionnaire à son obligation de délivrance des prestations, l'usager peut résoudre le contrat de séjour, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par un écrit sur un autre support durable, si, après avoir enjoint, selon les mêmes modalités, l'organisme gestionnaire d'assurer son admission dans un délai supplémentaire raisonnable, ce dernier ne s'est pas exécuté dans ce délai. Le contrat est alors considéré comme résolu à la réception, par l'organisme gestionnaire, de la lettre ou de l'écrit l'informant de cette résolution, à moins que les professionnels ne se soient exécutés entre-temps. Par ailleurs, si une date d'admission avait été convenue au contrat, l'usager peut immédiatement le résoudre lorsque l'organisme gestionnaire n'a toujours pas débuté l'accueil ou l'accompagnement à la date prévue, dès l'instant que cette dernière constituait pour l'usager une condition essentielle dudit contrat. La loi précise que la caractérisation de la condition essentielle résulte des circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat ou d'une demande expresse de l'usager avant la conclusion du contrat⁸⁴.

33. – Pour ce qui concerne ensuite la reconduction tacite des engagements souscrits, l'organisme gestionnaire est engagé à rappeler formellement à l'usager l'imminence de l'échéance de la possibilité que ce dernier a de ne

82. Article 1325 du Code civil.

83. Article L. 138-1 du Code de la consommation.

84. Article L. 138-2 du Code de la consommation.

pas reconduire le contrat. Lorsque le contrat a été conclu à durée déterminée avec une clause de tacite reconduction, l'organisme gestionnaire a l'obligation de rappeler à l'usager l'imminence de l'échéance du délai au-delà duquel ce dernier ne pourra plus renoncer à cette reconduction et devra donc subir la poursuite du contrat. Cette information doit intervenir, par lettre personnelle ou courriel dédié, dans un délai de trois à un mois avant l'échéance de la possibilité laissée à l'usager de dénoncer le contrat⁸⁵. Par ailleurs, dès lors que le contrat comprend une clause de tacite reconduction, il doit reproduire littéralement les dispositions de l'article L. 136-1 du Code de la consommation⁸⁶. Si cette information n'a pas été satisfaite, alors l'usager peut mettre gratuitement un terme au contrat à tout moment à compter de la date de reconduction. Les avances effectuées après la dernière date de reconduction doivent dans ce cas être remboursées par l'organisme gestionnaire dans un délai de trente jours à compter de la date de résiliation, déduction faite des sommes correspondant, jusqu'à celle-ci, à l'exécution du contrat. À défaut de remboursement dans les conditions prévues ci-dessus, les sommes dues produisent des intérêts au taux légal. Cette résolution oblige l'organisme gestionnaire à rembourser à l'usager la totalité des sommes versées, au plus tard dans les quatorze jours suivant la date à laquelle le contrat a été dénoncé; la somme versée par l'usager est de plein droit majorée de 10 % si le remboursement intervient au plus tard trente jours au-delà de ce terme, de 20 % jusqu'à soixante jours et de 50 % ultérieurement⁸⁷. L'ensemble du dispositif a valeur d'ordre public⁸⁸.

34. – En matière de recouvrement, la loi «Hamon» a limité les frais exigibles de l'usager. Le droit des procédures civiles d'exécution a ainsi été modifié pour prévoir qu'à l'exception des droits proportionnels de recouvrement ou d'encaissement qui peuvent être mis partiellement à la charge de l'organisme gestionnaire⁸⁹, les frais de l'exécution forcée sont à la charge de l'usager débiteur, sauf s'il est manifeste qu'ils n'étaient pas nécessaires au moment où ils ont été exposés. Les contestations sont tranchées par le juge. Les frais de recouvrement entrepris sans titre exécutoire restent à la charge du créancier, sauf s'ils concernent un acte dont l'accomplissement était prescrit par la loi au créancier. Toute stipulation contraire est réputée non écrite, sauf disposition législative contraire. Enfin, l'organisme gestionnaire créancier qui justifie du caractère nécessaire des démarches entreprises pour recouvrer sa créance peut demander au juge de l'exécution de laisser tout ou partie des frais ainsi exposés à la charge de l'usager de mauvaise foi⁹⁰. La sanction de l'organisme gestionnaire est ici rigoureuse puisque s'il a mis en œuvre un processus de recouvrement non conforme à ces

85. Article L. 136-1 du Code de la consommation.

86. Article L. 136-2 du Code de la consommation.

87. Article L. 138-3 du Code de la consommation.

88. Article L. 138-6 du Code de la consommation.

89. Dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

90. Article L. 111-8 du Code des procédures civiles d'exécution.

règles, il encourt des poursuites pénales qui l'exposent à un emprisonnement de deux ans et une amende maximale de 300 000 euros; le montant de cette amende peut d'ailleurs être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits⁹¹.

35. – À propos de l'interprétation du contrat de séjour en cours d'exécution, cet engagement a, conformément à l'article 1134 du Code civil, force de loi par le seul effet de l'accord de volonté des parties. C'est pourquoi, en cas de difficulté sur la compréhension de ses clauses – notamment pour déterminer l'étendue et les limites des obligations contractées – seul le juge judiciaire est compétent⁹². Cette œuvre d'interprétation n'est d'ailleurs pas libre puisqu'il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme⁹³. S'agissant des litiges contractuels entre personnes privées, le Tribunal des conflits considère que la compétence exclusive du juge judiciaire est une « règle de valeur législative »⁹⁴. De manière plus précise encore, dès lors qu'un organisme gestionnaire n'a pas l'obligation d'admettre absolument telle personne nommément désignée, mais qu'il dispose d'une certaine liberté de choix qu'il exerce dans le respect de la réglementation en vigueur au vu des caractéristiques de l'agrément, du projet d'établissement, du règlement de fonctionnement, des options techniques retenues pour l'animation de la prise en charge, du nombre de places disponibles, etc., il n'y a pas lieu de considérer que le contrat a été conclu pour le compte de l'administration et seul le juge judiciaire est compétent⁹⁵. Enfin, dès lors que l'action sociale et médico-sociale institutionnelle exercée par les institutions privées pourrait être considérée comme soumise au régime du service public industriel et commercial⁹⁶, la compétence des juridictions de droit privé pourrait s'imposer⁹⁷. En tout état de cause, le Conseil d'État a eu l'occasion de juger que l'avis de l'administration sur le contenu d'un contrat conclu entre personnes privées, pour éclairant qu'il puisse être, n'a aucune valeur juridique en l'absence d'appréciation par le juge judiciaire: aucun acte d'appréciation ou d'approbation par l'administration

91. Articles L. 122-12 et L. 122-16 du Code de la consommation.

92. L'interprétation des contrats relève de l'appréciation souveraine des juges du fond de l'autorité judiciaire: jurisprudence constante rendue sur le fondement de l'article 1156 du Code civil depuis Cass. civ. 2^e fév. 1808: *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd., n° 159.

93. Cass. civ., 15 avr. 1872: *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd., n° 160.

94. TC, 26 juin 1989, SA Compagnie générale d'entreprise de chauffage, *Dalloz* 1990, somm., p. 191, obs. X. Prétot.; CHAPUS (R.), *op. cit.*, n° 739.

95. TC, 10 janvier 1983, Centre d'action pharmaceutique, *Rec. p. 535: AJDA* 1983, p. 359, note J. Moreau; *Dalloz* 1983, IR p. 114; *Dr. soc.* 1983, p. 645, note X. Prétot; *JCP G* 1983, II, 19938, concl. Gulphe.

96. POINSOT (O.), « L'action sociale et médico-sociale, un service public industriel et commercial? », *JCP A* 2005, 1358.

97. CHAPUS (R.), *op. cit.*, n° 1053.

n'est de nature à en modifier le caractère⁹⁸. Toutefois, il importe de rappeler que le juge judiciaire serait tenu de surseoir à statuer pour saisir le juge administratif d'une question préjudicielle sur la licéité d'une clause du contrat de séjour qui retranscrirait une disposition réglementaire contenue dans un « règlement de service » ou toute autre mesure d'organisation du service public, de même que sur la légalité d'une clause réglementaire⁹⁹.

B. – Les règles catégorielles spécifiques

36. – La « loi Hamon » est venue compléter le CASF afin de renforcer la protection des personnes âgées accueillies en établissement; ce faisant, elle a complété l'éventail des protections particulières consenties à quelques autres catégories d'activités.

1. – Le régime législatif et réglementaire du contrat de séjour en EHPAD

37. – Dans le cas des EHPAD, un régime législatif et réglementaire spécial s'ajoute au droit commun. Conformément à l'adage *Specialia generalibus derogant*, il doit être appréhendé en ce qu'il complète et précise les prévisions des articles L. 311-4 et D. 311 du CASF. Mais à ces normes s'ajoutent encore des prescriptions qui ne sont propres qu'aux seuls établissements lucratifs.

38. – Pour ce qui concerne la généralité des EHPAD et pour la clarté de l'exposé, il est proposé d'adopter une présentation chronologique des spécificités applicables à la relation contractuelle nouées avec les personnes âgées résidentes.

39. – La demande d'admission dans un EHPAD doit prendre la forme d'un dossier dont le contenu est défini par arrêté des ministres chargés des Personnes âgées et de la Santé¹⁰⁰. Il s'agit d'un formulaire réglementaire¹⁰¹ qui a été enregistré sous le n° Cerfa 14732*01.

40. – La personne âgée candidate à l'accueil doit choisir son médecin traitant. Si celui-ci exerce en libéral à l'extérieur de l'établissement, il ne pourra y intervenir qu'après avoir conclu un contrat d'intervention¹⁰² qui, notamment, définit les

98. Voir par ex. CE, Sect., 4 mai 1984, *Rec.* p. 165, concl. O. Dutheillet de Lamothe; *AJDA* 1984, p. 430, chron. B. Lasserre et S. Hubac; *Dalloz* 1985, p. 89; *RFDA* 1985, p. 502, note J. Virole.

99. T. Confl., 16 juin 1923, *Septfonds*, n° 00732, *Rec.* 1923, p. 498; *GAJA* n° 39.; 17 octobre 2011, *Scea du Chêneau*, *AJDA* 2012, p. 27, chron. M. Guyomar et X. Domino; *Dalloz* 2011, p. 3046, note F. Donnat; *Dr. adm.* 2012, comm. 10, note F. Melleray; *Europe* 2011, repère 10, obs. D. Simon; *JCP A* 2011, 2354, note H. Pauliat; *JCP G* 2011, 1423, note B. Plessix; *RFDA* 2011, p. 1122, concl. J.-D. Sarcelet; *RFDA* 2011, p. 1129, note B. Seiller; *RFDA* 2011, p. 1135, note A. Roblot-Troizier; *RTD Civ.* 2011, p. 735, note P. Remy-Corlay; *RDV* 2012, p. 853, étude G. Clamour et L. Coutron.

100. Article D. 312-155-1 du CASF.

101. Annexé à un arrêté du 13 avril 2012 (*JO* du 17 avril 2012, p. 6941).

102. Article L. 314-12 du CASF.

modalités de collaboration avec l'équipe soignante de l'EHPAD¹⁰³.

41. – Le tarif journalier moyen afférent à l'hébergement peut être modulé par l'organisme gestionnaire¹⁰⁴ afin de tenir compte notamment :

- du nombre de lits par chambre ;
- des chambres pour couples dont l'un des membres n'est pas dépendant ;
- de la localisation et du confort de la chambre ;
- de la non-utilisation du service de restauration collective de l'établissement ;
- de la non-utilisation du service de blanchisserie de l'établissement ;
- de l'accueil temporaire ;
- de l'accueil de jour¹⁰⁵ ;
- pour le résident dont la mesure de protection a été confiée à un préposé de l'établissement dûment habilité, des surcoûts nets afférents aux charges de personnel de cet agent diminués de la participation financière du protégé¹⁰⁶.

42. – Le président du conseil général arrête les tarifs modulés après s'être assuré :

- qu'ils ne génèrent pas de recettes supérieures à celles qu'aurait entraînées l'application uniforme à tous les hébergés du tarif journalier moyen hébergement ;
- que les bénéficiaires de l'aide sociale ne sont pas discriminés.

43. – Des prestations complémentaires peuvent être proposées au futur résident, en sus des prestations de base assurées au titre des tarifs hébergement, soins et dépendance¹⁰⁷. Ces prestations complémentaires doivent être librement acceptées et acquittées par le résident et constituent des suppléments au tarif journalier afférent à l'hébergement. Les tarifs de ces prestations doivent être fixés par l'organe délibérant de l'organisme gestionnaire pour chaque catégorie homogène de prestation faisant l'objet d'un paiement par les résidents ou leurs représentants au sein de l'établissement. Ces tarifs doivent ensuite être communiqués aux titulaires d'un contrat de séjour ou à leurs représentants et portés à

103. Articles R. 313-30-1 à R. 313-30-4 du CASF ; arrêté du 30 décembre 2010 (JO du 31 décembre 2010, p. 23517).

104. Article R. 314-182 du CASF.

105. Dans un EHPAD, au-delà de six places, l'accueil de jour doit faire l'objet d'un budget annexe ; hors EHPAD, l'obligation d'individualisation budgétaire joue à partir de dix places (article D. 312-8 du CASF). Dans le cas où l'accueil de jour ne fait pas l'objet d'un budget annexe ou d'un budget spécifique, le tarif de l'accueil de jour est constitué, d'une part d'un tarif hébergement modulé en application du présent article et d'autre part, du tarif dépendance correspondant au groupe iso-ressources (GIR) de la personne concernée minoré d'un taux fixé par le président du conseil général.

106. Au sens de l'article L. 471-5 du CASF.

107. Article L. 314-2, alinéa 3 du CASF.

la connaissance du président du conseil général et du public¹⁰⁸.

Un état des lieux contradictoire doit être réalisé à l'entrée du résident¹⁰⁹. Il en sera également établi un à sa sortie. Ainsi les lieux occupés devront-ils être rendus tels qu'ils ont été reçus suivant cet état des lieux contradictoire initial, excepté ce qui a été dégradé par vétusté.

44. – Lors de l'entrée du résident, il peut être demandé à cette personne – ou à son représentant légal – le dépôt d'une caution qui ne peut excéder deux fois le tarif mensuel d'hébergement restant effectivement à sa charge¹¹⁰. Cette caution sera restituée à la personne hébergée ou à son représentant légal dans les trente jours suivant sa sortie de l'établissement, déduction faite de l'éventuelle créance de l'établissement.

45. – Les foyers-logements conventionnés avec l'État pour le versement de l'APL et qui sont également signataires d'une convention pluriannuelle tripartite ont l'obligation de proposer à ceux de leurs résidents dont le niveau de perte d'autonomie s'aggrave pour justifier un classement en GIR 1 à 3 leur relogement, sous un an, dans un autre établissement. Le contrat de séjour doit déterminer les modalités et conditions de ce relogement¹¹¹.

46. – Les foyers-logements pour personnes âgées qui sont conventionnés pour le bénéfice de l'APL et qui ont conclu une convention pluriannuelle tripartite peuvent continuer de percevoir la redevance, équivalente au loyer et aux charges locatives récupérables, qui équivaut aux tarifs journaliers afférents à l'hébergement¹¹².

47. – En cas de décès d'un résident, le directeur doit en donner avis, par tous moyens, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil. Un registre est tenu sur lequel sont inscrits les déclarations et renseignements portés à la connaissance de l'officier de l'état civil¹¹³.

48. – Au décès du résident, dès lors que ses objets personnels ont été retirés des lieux qu'il occupait, seules les prestations d'hébergement délivrées antérieurement au décès, mais non acquittées peuvent être facturées. Les sommes perçues d'avance correspondant à des prestations non délivrées en raison du décès doivent être restituées dans les trente jours suivant le décès. Toute clause contraire du contrat de séjour ou du document individuel de prise en charge est

108. Dans des conditions fixées par décret (non encore paru à la date de rédaction du présent ouvrage).

109. Article L. 311-7-1 du CASF.

110. Article R. 314-149 du CASF. Cette faculté est également ouverte aux ESMSS accueillant des personnes adultes handicapées à condition que l'admission ne soit pas prononcée au visa d'une décision d'orientation (ce qui restreint fortement le champ d'application du texte).

111. Article D. 313-15-3 du CASF.

112. Article R. 314-182 du CASF.

113. Article 80 du Code civil.

réputée non écrite¹¹⁴. En cas de manquement, l'organisme gestionnaire pourra se voir infliger une amende administrative dont le montant ne pourra excéder ni 1 000 fois le tarif journalier correspondant à l'ensemble des prestations relatives à l'hébergement facturées au résident au cours de sa dernière année civile de séjour, ni le plafond de 100 000 euros¹¹⁵.

49. – Sanctionnant le dispositif d'états des lieux d'entrée et de sortie déjà évoqué, la loi interdit, en l'absence desdits états des lieux, que la moindre somme puisse être exigée au titre de la remise en état des lieux occupés¹¹⁶.

50. – Les objets et effets personnels¹¹⁷ doivent être déposés entre les mains d'un préposé commis à cet effet ou d'un comptable public par le personnel de l'établissement¹¹⁸ puis, un an après le décès, à France Domaine afin d'être mis en vente; si cette dernière refuse la remise en raison d'une valeur estimée inférieure aux frais de vente prévisibles, alors les objets deviennent la propriété de l'établissement détenteur¹¹⁹. Il en va de même des sommes d'argent non réclamées, qui doivent être remises, un an après la sortie ou le décès de leur détenteur, à la caisse des Dépôts et Consignations¹²⁰. Le montant de la vente ainsi que les sommes d'argent, les titres et les valeurs mobilières et leurs produits sont acquis de plein droit au Trésor public cinq ans après la cession par France Domaine ou la remise à la caisse des Dépôts et Consignations, s'il n'y a pas eu, dans l'intervalle, réclamation de la part du propriétaire, de ses représentants ou de ses créanciers¹²¹.

51. – Les actes sous seing privé qui constatent des créances ou des dettes sont conservés par l'EHPAD pendant une durée de cinq ans après la sortie ou le décès du résident; à l'issue de ce délai, ils pourront être détruits¹²².

52. – L'organisme gestionnaire doit communiquer les dispositions relatives au sort de ces biens, valeurs et actes à la personne accueillie ou à son représentant légal, au plus tard le jour de sa sortie de l'établissement¹²³ ou, en cas de décès, à celle de ses héritiers, s'ils sont connus, six mois au moins avant la remise des objets et valeurs détenus par l'établissement¹²⁴. Toute clause contraire est réputée non écrite¹²⁵.

114. Article L. 314-10-1 du CASF.

115. Article L. 314-14 du CASF.

116. Article L. 314-10-2 du CASF.

117. Ce régime, décrit pour les EHPAD, vaut également pour les ESSMS pour personnes adultes handicapées: article L. 1113-1 du Code de la santé publique.

118. Article L. 1113-6 du Code de la santé publique.

119. Article L. 1113-7 du Code de la santé publique.

120. Article L. 1113-7 du Code de la santé publique.

121. Même article.

122. Même article.

123. Il paraît donc opportun de les mentionner dans le règlement de fonctionnement.

124. Article L. 1113-8 du Code de la santé publique.

125. Article L. 1113-9 du Code de la santé publique.

53. – À ce régime commun à tous les EHPAD s'ajoutent des normes propres à ceux de ces établissements qui sont exploités à des fins lucratives. Ce régime spécial, issu des articles L. 342-1 et suivants et R. 342-1 et suivants du CASF, comprend un champ d'application particulier et en réalité, il ne s'applique pas à tout EHPAD quels que soient le statut de son organisme gestionnaire et la nature de ses activités, mais bien à certains établissements seulement. L'article L. 342-1 rend bien compte de la spécialité de ce champ d'application qui englobe :

- les établissements non habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale, et non conventionnés, pour permettre la perception de l'aide personnalisée au logement (APL) ;
- les mêmes établissements lorsqu'ils n'accueillent pas une majorité de résidents bénéficiaires de l'aide sociale départementale ;
- les équipements conventionnés APL, mais non habilités à l'aide sociale ;
- les EHPAD habilités à l'aide sociale, mais qui reçoivent depuis trois ans moins de 50 % de bénéficiaires de l'aide sociale et qui, pour cela, font l'objet d'une reconnaissance spécifique par le conseil général sous la forme d'une convention aide sociale particulière¹²⁶. Le contenu de cette convention relève alors d'une réglementation spéciale¹²⁷. Doivent ainsi être définies la nature et les conditions de mise en œuvre des missions assurées par référence au schéma gérontologique départemental. Sont également précisées les catégories de publics que l'établissement s'engage à accueillir, la nature des actions qu'il conduit au bénéfice de ces publics, les conditions d'admission et de réservation des places des bénéficiaires de l'aide sociale, les modalités de coordination avec les services sociaux aux fins de faciliter l'admission des bénéficiaires de l'aide sociale, les modalités selon lesquelles sont assurés les soutiens sociaux aux bénéficiaires de l'aide sociale et, enfin, les montants des tarifs pris en charge par l'aide sociale, leurs règles de calcul et de revalorisation.

54. – En résumé, un cadre juridique particulier du contrat de séjour est prévu pour encadrer les pratiques des EHPAD qui exercent peu ou prou leur activité à titre lucratif, l'idée étant alors de conférer par le contrat une protection particulière aux résidents. Des précisions peuvent être apportées sur le contenu du contrat comme sur sa sanction.

55. – Le contrat de séjour des EHPAD privés lucratifs a une durée indéterminée. Toutefois, lorsque, préalablement à l'entrée dans l'établissement, la personne âgée ou son représentant légal a déclaré vouloir conclure un contrat pour un hébergement d'une durée inférieure à six mois, le contrat est alors à durée déterminée. Il contient les mêmes éléments que ceux décrits ci-dessous. Mais si l'hébergement excède une durée de six mois consécutifs, alors le contrat est transformé de plein droit en contrat à durée indéterminée.

126. Article L. 342-3-1 du CASF.

127. Article D. 342-3 du CASF.

56. – Les clauses du contrat de séjour doivent préciser les conditions et les modalités de sa résiliation.

57. – Le contrat de séjour précise les prestations dont le résident a déclaré vouloir bénéficier; un avenant au contrat est établi lorsque, pendant la durée du contrat, ce résident demande le bénéfice d'une prestation supplémentaire ou renonce à une prestation. Le prix de chacune des prestations relevant de l'hébergement est librement fixé lors de la signature du contrat. Lorsqu'une prestation est créée postérieurement à la signature du contrat, son prix est librement fixé au moment de sa création. Les prix varient ensuite dans la limite d'un pourcentage fixé chaque année par arrêté du ministre chargé de l'Économie et des Finances, compte tenu de l'évolution des coûts de la construction, des produits alimentaires et des services. Le conseil de la vie sociale (CVS) est consulté sur les prix proposés, et notamment lors de la création d'une nouvelle prestation. Postérieurement à la conclusion du contrat, lorsqu'une nouvelle prestation est choisie par un résident, son prix est nécessairement celui qui figure dans le contrat, majoré, le cas échéant, dans la limite des pourcentages de variation autorisés depuis la date de signature du contrat ou de la création de la prestation si celle-ci est postérieure. En annexe, le contrat doit comporter un document contractuel qui décrit l'ensemble des prestations qui sont offertes par l'établissement, en précisant le prix de chacune d'elles; ce document est complété en cas de création d'une nouvelle prestation.

58. – Le contrat de séjour détermine les conditions de facturation de chaque prestation en cas d'absence ou d'hospitalisation du résident.

59. – Lorsqu'un salarié de l'établissement est désigné gérant de la tutelle en vertu de l'article 499 du Code civil, les dispositions du deuxième alinéa de l'article 500 dudit Code sont applicables pour la conclusion de l'avenant. Ainsi, le conseil de famille ou, à défaut, le juge peut l'autoriser à inclure dans les frais de gestion la rémunération des administrateurs particuliers dont il demande le concours sous sa propre responsabilité.

60. – Si la sanction du non-respect du contrat de séjour relève des règles générales de responsabilité évoquées ci-dessus, certaines situations sont par ailleurs susceptibles de faire l'objet de poursuites pénales aboutissant à une contravention de cinquième classe, au visa de l'article R. 342-1 du CASF :

- si l'établissement héberge une personne âgée sans avoir au préalable conclu de contrat écrit;
- si le contenu du contrat de séjour écrit n'est pas conforme aux prescriptions de l'article L. 342-2;
- si les tarifs pratiqués sont supérieurs à ceux qui résultent de l'application du pourcentage de variation fixé par l'arrêté ministériel ou préfectoral prévu aux articles L. 342-3 et L. 342-4.

61. – Les situations de récidive peuvent donner lieu à un accroissement de la répression dans les conditions prévues aux articles 132-11 et 132-15 du Code pénal.

2. – Les autres spécificités catégorielles

62. – Le droit des institutions sociales et médico-sociales soumet à des particularités réglementaires le contrat de séjour en usage dans quelques catégories éparses d'ESSMS : ce sont certains établissements pour personnes adultes handicapées qui n'ont pu acquérir un minimum d'autonomie, les ITEP et les services à la personne.

63. – Pour ce qui concerne d'abord les ESSMS pour adultes handicapés qui n'ont pu acquérir un minimum d'autonomie, sont concernés les maisons d'accueil spécialisées (MAS), les services d'accompagnement médico-social pour personnes adultes handicapées (SAMSAH) ainsi que les foyers d'accueil médicalisés (FAM). Dans ces établissements et services, le contrat de séjour doit¹²⁸ :

- tenir compte de la situation spécifique des personnes accueillies ou accompagnées, de leur projet de vie et de leur famille ;
- détailler les objectifs et les actions de soutien médico-social et éducatif adaptés aux souhaits et capacités de la personne et à son âge ;
- prévoir, par toute mesure adaptée, la participation de la personne aux réunions et aux décisions la concernant.

64. – Il est intéressant de relever que l'article D. 344-5-4 du CASF éprouve le besoin de préciser que ces prescriptions particulières s'ajoutent aux dispositions de l'article D. 311, ce qui confirme bien la portée de droit commun de ce régime.

65. – Pour ce qui concerne ensuite les instituts thérapeutiques, éducatifs et pédagogiques (ITEP), le contrat de séjour – ou le DIPC – doit mentionner les principales caractéristiques du projet personnalisé d'accompagnement¹²⁹.

66. – Pour ce qui concerne enfin les services à la personne, des obligations spécifiques tiennent à l'obligation d'information précontractuelle, au contenu du contrat, au prix des prestations et à la facturation.

67. – En matière d'information précontractuelle, à partir du 1^{er} juillet 2015, les services à la personne, qu'ils relèvent du régime de l'agrément sur le fondement de l'article L. 7232-1 du Code du travail ou de l'autorisation au sens des articles L. 313-1 et L. 313-1-2 du CASF, seront assujettis à une obligation renforcée en matière d'information précontractuelle au sens du Code de la consommation¹³⁰. Aussi le prestataire de services devra-t-il mettre à la disposition du consommateur, sur le lieu d'accueil du public et sur son site Internet lorsqu'il existe, les informations suivantes :

128. Article D. 344-5-4 du CASF.

129. Article D. 312-59-5 du CASF.

130. Arrêté du 17 mars 2015 relatif à l'information préalable du consommateur sur les prestations de services à la personne (JO du 25 mars 2015, p. 5432) ; cet arrêté a été pris pour l'application de l'article L. 113-3 du Code de la consommation.

- la liste de chacune des prestations qu'il propose et l'activité dont celle-ci relève en référence à la nomenclature des services agréés¹³¹ ;
- la mention du mode d'intervention selon lequel chacune des prestations est réalisée¹³², désigné par son appellation commune: le placement de travailleurs auprès des consommateurs-employeurs (mode « mandataire »), le recrutement de travailleurs mis à disposition des consommateurs (mode « mise à disposition ») ou la fourniture de prestations de services aux consommateurs (mode « prestataire »).

68. – L'information du consommateur sur les prix devra comporter, de façon visible et lisible, une mention spécifique lorsque l'intervention est réalisée en mode « mandataire »¹³³ ou « mise à disposition »¹³⁴. Elle devra aussi mentionner le détail des frais annexes éventuels tels que les frais de dossier, frais de gestion ou frais de déplacement. Le prix de chaque prestation doit être rapporté à une unité horaire ; lorsque ce rapport n'est pas approprié, le prix indiqué est un tarif forfaitaire pour chaque prestation proposée. Tous les prix doivent être exprimés hors taxes et toutes taxes comprises. La mention d'un éventuel avantage fiscal ou social est clairement définie, détachée du prix et exprimée dans une police de caractères d'imprimerie de taille inférieure à celle de l'information sur le prix.

69. – Dès lors que le prix de la prestation sera supérieur ou égal à 100 euros, le professionnel sera tenu de remettre gratuitement un devis personnalisé au consommateur. Ce devis devra impérativement faire apparaître :

- la date de rédaction et la durée de validité de l'offre ;
- le nom ou la raison sociale et l'adresse du prestataire de services ;
- le numéro de la déclaration si elle a été faite, d'agrément ou d'autorisation du prestataire de service ;
- le nom et l'adresse du consommateur ;
- le lieu ou les lieux de l'intervention ou la zone d'intervention indiqués par le consommateur ;
- la description de chaque prestation proposée ;
- le ou les modes d'intervention proposés ;
- le nombre d'heures de travail correspondant à chaque prestation proposée

131. Pour mémoire, les services à la personne agréés exercent une ou plusieurs activités parmi celles qu'énumère la nomenclature de l'article D. 7231-1 du Code du travail.

132. Article L. 7232-6 du Code du travail.

133. « Attention, dans le cadre d'un contrat de placement de travailleurs, le consommateur est l'employeur de la personne qui effectue la prestation à son domicile. En cette qualité d'employeur, le consommateur est soumis à diverses obligations résultant notamment du Code du travail et du Code de la sécurité sociale. »

134. « Dans le cadre d'un contrat de mise à disposition de travailleurs, le prestataire de service reste l'employeur. »

sauf si cette indication n'est pas pertinente compte tenu de la nature de la prestation ;

- le prix horaire ou, lorsque le rapport à l'unité horaire n'est pas approprié, le prix forfaitaire pour chaque prestation proposée ;
- le cas échéant, le taux de TVA applicable à chaque prestation ;
- le montant total à payer en HT et TTC ou, si le contrat n'a pas de durée déterminée par avance, le montant total mensuel ou hebdomadaire ;
- le cas échéant, le montant détaillé en HT et TTC de tous les frais annexes.

70. – Un exemplaire du devis devra être conservé par le professionnel pendant la durée minimale d'un an. Le prestataire de services doit afficher, de façon visible et lisible dans les lieux de vente et sur les offres de services proposées à distance, une mention relative à ce dispositif¹³⁵.

71. – Quant au contenu du contrat, il faut rappeler tout d'abord que, bien qu'assurant un accompagnement ambulatoire à domicile, les services à la personne dérogent légalement au DIPC institué par l'article D. 311 du CASF pour être assujettis à l'obligation d'établir un contrat¹³⁶. Établi par référence au régime spécifique des EHPAD privés lucratifs, ce contrat doit être à durée indéterminée ; il doit préciser les conditions et modalités de sa résiliation. En annexe, il doit comporter un document contractuel décrivant l'ensemble des prestations qui sont offertes et indiquant le prix de chacune d'elles. Le document est complété en cas de création d'une nouvelle prestation.

72. – Quant au prix de chaque prestation, il est librement fixé lors de la signature du contrat. Lorsqu'une prestation est créée postérieurement à la signature du contrat, son prix est librement fixé au moment de sa création. Les prix varient ensuite dans la limite d'un pourcentage fixé chaque année par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances, compte tenu de l'évolution des coûts de la construction, des produits alimentaires et des services¹³⁷.

73. – Quant à la facturation, enfin, à partir du 1^{er} juillet 2015 les services à la personne seront assujettis à des règles spécifiques¹³⁸. En effet, les factures devront toujours être délivrées au consommateur avant paiement, étant précisé qu'elles doivent être gratuites, quel que soit le support durable utilisé.

74. – En conclusion, soumis à un droit matériel spécifique issu du droit des institutions sociales et médico-sociales, le contrat de séjour ne peut échapper à l'application du droit des contrats ni à celle, protectrice, du droit de la consom-

135. « Le vendeur remet gratuitement un devis personnalisé au consommateur à qui il propose une prestation ou un ensemble de prestations dont le prix total est supérieur ou égal à 100 euros TTC ou au consommateur qui lui en fait la demande. »

136. Article L. 313-1-2, alinéa 2 du CASF.

137. Article L. 313-1-2, alinéa 2 renvoyant à l'article L. 342-3, alinéa 1^{er}.

138. Article 8 de l'arrêté du 17 mars 2015 précité.

mation. Ces densité et variété normatives pourraient militer dans le sens de la reconnaissance d'un contrat *sui generis*; une telle solution ne paraît toutefois pas conforme à l'intérêt des personnes accueillies, parce qu'elle exposerait à un risque de spécialisation qui pourrait nuire à la reconnaissance – symbolique et pratique – de la plénitude de leurs droits¹³⁹. Des améliorations de l'œuvre législative et réglementaire sont certes à espérer, par exemple pour résoudre les incohérences qui ont été signalées à propos de l'article D. 311 du CASF¹⁴⁰ mais, au-delà, il semble important de saluer l'augure que constitue l'institution du contrat de séjour comme instrument consumériste pour une défense renouvelée des intérêts individuels, en épousant le point de vue selon lequel la contractualisation du séjour procéderait d'une « dynamique louable, propre aux longues marches »¹⁴¹. Ce contrat offre en effet indéniablement, à l'aune de l'histoire des régulations du secteur social et médico-social, une nouvelle occasion aux intéressés eux-mêmes de tirer parti de cette notion fondatrice du travail social qu'est le droit au recours.

139. Nous rejoignons ici une crainte exprimée, dès la fin de l'année 2002, par le professeur Lhuillier: «Le droit des usagers contre les usagers!», *Cahiers de l'Actif*, n° 330-331, p.63, spéc. p.64-65.

140. PERDRIX (L.), *loc. cit.*, n°25.

141. MOULAY-LEROUX (S.), *loc. cit.*