Communauté d'Universités et d'Établissements Lille Nord de France

Université de Lille 2 DROIT ET SANTÉ

Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit

Présentée et soutenue publiquement par

Pierre DELOR

Le 23 juin 2016

Les services à domicile pour les personnes âgées et

les personnes handicapées.

Solvabilisation de l'accès aux services et protection des utilisateurs

JURY

Directeur de thèse :

Monsieur Rémi PELLET, Professeur, Université Sorbonne Paris Cité, faculté de Droit Paris Descartes et Sciences-Po Paris,

Membres du jury:

Monsieur Jean-François BOUDET, Maître de conférences (HDR), Université Sorbonne Paris Cité, faculté de Droit Paris Descartes, Rapporteur

Monsieur Renaud BOURGET, Maître de conférences (HDR), Université de Paris1 Panthéon Sorbonne, Rapporteur

Madame Johanne SAISON, Maître de conférences (HDR), Université Lille2 Droit et Santé, Suffragante

« Positivement nous dirons que dès lors qu'autrui me regarde, j'en suis responsable, sans même à *prendre* de responsabilités à son égard ; sa responsabilité *m'incombe*. »

Emmanuel Levinas « Ethique et infini »

« N'aie pas honte de te faire aider ; car tu te proposes de faire ce qui est utile comme le soldat à l'assaut des murs. Quoi donc ! Si tu es boiteux et si tu ne peux monter seul au créneau, mais si c'est possible grâce à un autre ? »

Marc Aurèle « Pensées Livre VII- 7 »

A mon épouse, qui m'a soutenu sans faillir.

A la mémoire de mon père.

Ma gratitude à Monsieur le Professeur Rémi Pellet pour avoir accepté de guider cette thèse relative au « droit des pauvres »

SOMMAIRE

SOMMAIRE 5
GLOSSAIRE 6
INTRODUCTION 11

PREMIERE PARTIE : L'ACCES AUX SERVICES, DIVERSIFICATION ET SOLVABILISATION DE L'OFFRE 15

CHAPITRE 1 : Les services existants : un dispositif segmenté et complexe 17
SECTION 1- LA CLARIFICATION DES CONCEPTS D'ASSISTANCE SOCIALE, DE HANDICAP, DE VIEILLESSE, DE DOMICILE 17
SECTION 2 - LES SERVICES SANITAIRES, MEDICO-SOCIAUX ET LES SERVICES A LA PERSONNE 41
SECTION 3 - LES SERVICES MANDATAIRES JUDICIAIRES A LA PROTECTION DES MAJEURS 94

CHAPITRE 2 : Une indispensable harmonisation dans les procédures des services 105

SECTION 1 - LES PROCEDURES REGLEMENTAIRES ET LA MISE EN CONCURRENCE DES SERVICES 106
SECTION 2 - LA SOLVABLISATION PAR LE FINANCEMENT PUBLIC 122
SECTION 3 - LE RENDEZ-VOUS MANQUE DE LA MISE EN COHERENCE DES DISPOSITIFS : LE 5E RISQUE 142

DEUXIEME PARTIE : L'AMELIORATION DE LA QUALITE DES SERVICES PAR LA PROFESSIONNALISATION DES PERSONNELS ET LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DES UTILISATEURS 219

CHAPITRE 1 : L'amélioration de la qualité par la formation, les statuts du personnel et l'évaluation 221
SECTION 1 - LA FORMATION DES PERSONNELS 222
SECTION 2 - L'AMELIORATION DE LA QUALITE PAR CELLE DES CONDITIONS DE TRAVAIL DES SALARIES 266
SECTION 3 - LES DISPOSITIFS DE CONTROLE DE LA QUALITE 290

CHAPITRE 2 : Un renforcement nécessaire de la législation pour une meilleure protection des utilisateurs 299

SECTION 1 - LA PERSONNE AGEE ET LA PERSONNE HANDICAPEE, VULNERABLES ET VICTIMES POTENTIELLES 300
SECTION 2 - LES METIERS DE L'AIDE A DOMICILE AU REGARD DU SECRET PROFESSIONNEL 341
SECTION 3 - LE DEMARCHAGE COMMERCIAL ET LES CLAUSES ABUSIVES 363

CONCLUSION GENERALE 375

BIBLIOGRAPHIE 379

INDEX ANALYTIQUE 395

TABLE DES MATIERES 399

GLOSSAIRE

AAH :	Allocation adultes handicapés
AEEH :	Allocation d'éducation de l'enfant handicapé
ADF :	Assemblée des départements de France
ADMR :	Aide à domicile en milieu rural
AGGIR :	Autonomie Gérontologie Groupes iso-ressources
AG2R :	Association générale de retraite par répartition
ANESM :	Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux
ANSP :	Agence nationale des services à la personne
APA :	Allocation personnalisée d'autonomie
AP-HP :	Assistance publique, hôpitaux de Paris
ARS :	Agence régionale de santé
ASE :	Aide sociale à l'enfance
ATIH :	Agence technique de l'information sur l'hospitalisation
AVQ :	Activités de la vie quotidienne (grille)
BAD :	Branche d'aide à domicile
CASA :	Contribution additionnelle de solidarité pour l'autonomie
CAT :	Centres d'aide par le travail
CCAS :	Centre communal d'action sociale
CDAPH :	Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées
CDES :	Commission départementale d'éducation spéciale
CESE :	Conseil économique, social et environnemental
CESU :	Chèque emploi service universel
CFDT :	Confédération française démocratique du travail
CHRS :	Centre d'hébergement et de réadaptation sociale

CHSCT :	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
CIF :	Classification internationale du fonctionnement
CIH :	Classification internationale du handicap
CNA :	Commission nationale d'agrément
CNAF :	Caisse nationale d'allocations familiales
CNESMS :	Conseil national de l'évaluation sociale et médico-sociale
CNNC :	Commission nationale de la Négociation Collective
CNSA :	Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie
CNAVTS :	Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés
CNESMS :	Conseil national de l'évaluation sociale et médico-sociale
CNNC :	Commission nationale de la Négociation Collective
COTOREP :	Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel
CPOM :	Contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens
CREDES :	Centre de recherche, d'études et de documentation en économie de la santé
CREDOC	Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie
CMU :	Couverture maladie universelle
CSG :	Contribution sociale généralisée
CSTS :	Conseil supérieur du travail social
DARES :	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
DEAMP :	Diplôme d'Etat d'aide médico-psychologique
DEAS :	Diplôme d'Etat d'aide-soignant
DEAVS :	Diplôme d'Etat d'auxiliaire de vie sociale
DETISF :	Diplôme d'Etat de technicien d'intervention sociale et familiale
DDGCCRF :	Direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

ECTS :	European Credits Transfer System
EHPA :	Etablissement d'hébergement pour personnes âgées
EHPAD :	Etablissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes
ESMS :	Etablissements et services sociaux et médico-sociaux
FAM :	Foyer d'accueil médicalisé
FEDESAP :	Fédération française de services à la personne et de proximité
FESP :	Fédération du service aux particuliers
FPSPP :	Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels
GHT :	Grille homogène de tarif
GIP :	Groupement d'intérêt public
GIR :	Groupe iso ressources
GMP :	GIR moyen pondéré
HAD :	Hospitalisation à domicile
HPST :	Hôpital, patients, santé et territoires
IFSI :	Institut de formation aux soins infirmiers
IGAS :	Inspection générale de l'action sociale
IGF :	Inspection générale des finances
IEM :	Institut d'éducation motrice
IME :	Institut médico éducatif
INSEE :	Institut national de la statistique et des études économiques
IRCEM :	Institution de retraite complémentaire des employés de particuliers
IRDES :	Institut de recherche et de documentation en économie de la santé
MACIF :	Mutuelle assurance des commerçants et industriels de France et des cadres et des salariés de l'industrie et du commerce
MAS :	Maison d'accueil spécialisée
MAT2A :	Mesure de l'activité thérapeutique

MDPH :	Maisons départementales des personnes handicapées
MTP :	Majoration tierce personne
NGAP :	Nomenclature générale des actes professionnels
OMS :	Organisation mondiale de la santé
ONDAM :	Objectif national de dépenses d'assurance maladie
OPCA :	Organisme paritaire collecteur agréé
PARMED :	Parcours d'accès aux métiers de la dépendance
PCH :	Prestation de compensation du handicap
PLFSS :	Projet de loi de financement de la sécurité sociale
PRDFP :	Plan régional de développement des formations professionnelles des jeunes et des adultes
PSD :	Prestation spécifique dépendance
RPPS :	Répertoire partagé des professionnels de santé.
RSA :	Revenu de solidarité active
SAAD :	Service d'accompagnement à domicile
SAMSAH :	Service d'accompagnement médico-social pour adultes handicapés
SAP :	Service à la personne
SAVS :	Service d'accompagnement à la vie sociale
SESSAD :	Service d'éducation spéciale et de soins à domicile
SPASAD :	Service polyvalent d'aide et de soins à domicile
SSIAD :	Services de soins infirmiers à domicile
SSR :	Soins de suite et de réadaptation
TIPP :	Taxe intérieure de consommation sur les produits pétroliers
TISF :	Technicien d'intervention sociale et familiale
UCR :	Unité de contrôle régionale
UNAPEI :	Union nationale des associations de parents d'enfants inadaptés
UNCASS :	Union nationale des centres communaux d'action sociale

UNPMF :	Union nationale de prévoyance de la mutualité française
UNSA :	Union nationale des syndicats autonomes
URSSAF :	Union de recouvrement des cotisations de sécurité social et d'allocations familiales
VAE :	Validation des acquis et de l’expérience

INTRODUCTION

1. Après des siècles de solidarité familiale ou d'enfermement, les personnes âgées et les personnes handicapées trouvent dans la solidarité nationale quelques réponses à la prise en charge de leur état de dépendance dans une vie choisie ou de fait à domicile. C'est dans de nouvelles formes de l'action sociale qu'elle va se décliner, à travers des prestations mais aussi la mise en œuvre de nouveaux services

2. Pour comprendre et raisonner sur les services à domicile pour les personnes handicapées et les personnes âgées, système complexe de l'action sociale, il nous faudra faire, dans cette recherche, des aller et retour de la pensée sociologique voire parfois psychologique, au raisonnement juridique. En effet, il s'agit de traduire en termes juridiques une réalité mettant en jeu des personnes vulnérables. De plus, le droit de la protection sociale n'est pas déconnecté de l'économie, dont il nous faudra exposer les bases théoriques pour comprendre ce qui se joue notamment dans la mise en œuvre du « cinquième risque ». L'organisation même de notre société permet-elle l'émergence ou le développement de l'action sociale ?

3. Cette recherche sur les services à domicile pour les personnes handicapées et les personnes âgées veut être sous l'égide de l'article 1er de la Constitution française du 4 octobre 1958 qui proclame : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et *sociale*[1]… ». La France qualifiée de sociale fait le postulat que la République n'est vraiment elle-même que parée de son contenu social[2]. Est-ce pour autant l'assurance *d'une*

[1] Souligné par nous
[2] BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *La République sociale, Contribution à l'étude de la question démocratique en France,* PUF, La politique éclatée, 2000, p 5-14.

sanctuarisation des acquis ? Dans une période de difficultés économiques, la protection sociale est toujours menacée, car elle repose sur le principe de redistribution des richesses. Elle est liée au développement économique du pays et le social procède de l'économique (et débouche sur le politique). En situation de crise économique, la protection sociale est sous tension « portant tout à la fois sur ses fondements, son efficacité et sa légitimité[3] ». L'action sociale donne l'impression d'être toujours sur le fil du rasoir, « Malgré les efforts des travailleurs sociaux, malgré les efforts de quelques universitaires, malgré les réalisations de quelques hommes ou femmes politiques, la légitimité de l'action sociale est régulièrement menacée[4] ». Le social est mal considéré dans l'action politique parce qu'il n'est « que le reflet de la faiblesse des destinataires de l'action sociale[5] ». Le droit social lui-même n'est pas épargné par le manque de considération et pourrait être résumé dans la formule lapidaire, qui sonne comme un défi à relever : « (…) le droit des pauvres n'est qu'un pauvre droit[6] ».

4. Dès lors, la question se pose de savoir si le législateur peut « juridiquement réduire la redistribution sociale[7] ». Il semble que la Constitution lui reconnaisse la possibilité de réduire les droits sociaux à la condition qu'il n'aboutisse pas « à priver de garanties légales des exigences à caractère constitutionnel[8] ». Toutefois, l'évolution de ces quarante dernières années de la protection sociale montre que le système français a plutôt bien résisté à la modélisation libérale américaine, analysent avec optimisme Messieurs J-C. Barbier et B. Théret[9]. D'après ces auteurs, ce système a montré aussi sa capacité à se réformer et à innover, améliorant même le niveau de protection sociale des personnes âgées avec la création de l'Allocation personnalisée d'autonomie (APA), et des personnes handicapées avec la

[3] CAIRE (G.), *Economie de la protection sociale*, coll. Amphi Economie, Bréal , 2002, p129
[4] NAVES (P.), DEFALVARD (H.), *Economie politique de l'action sociale*, Dunod, 2006, p.1
[5] PELLET (R.), *Les Finances sociales : économie, droit et politique*, LGDG, 2001, p.6
[6] PELLET (R.), ibid p.7
[7] PELLET (R.), *Finances publiques et redistribution sociale, XXe anniversaire de la Société Française de Finances Publiques*, op. cit. p 28-32
[8] Décision n°2004-494 DC du 29 avril 2004.
[9] BARBIER (J.-C.), THERET (B.), *Le système français de protection sociale*, coll. Repères, La Découverte, 2009, p.109

Prestation de compensation du handicap (PCH). Mais l'état des finances publiques ne réduira-t-il pas la protection au minimum constitutionnel ?

5. Il est des concepts qui, à force de les côtoyer, nous paraissent familiers et donc évidents. On croit les bien connaître et pourtant, à l'analyse, ils se révèlent complexes et alors il nous faut les définir en recourant éventuellement à leur histoire. Il en est ainsi des notions d'assistance sociale, de handicap, de vieillesse et de domicile que nous étudierons pour circonvenir le périmètre de notre réflexion que sont les services à domicile pour personnes handicapées et personnes âgées.

6. La loi dite « loi handicap »[10] a apporté une embellie dans la perspective d'une vie à domicile pour des personnes handicapées. Ainsi l'instauration de la prestation de compensation du handicap (PCH) a permis de financer non seulement des aides techniques mais aussi des aides humaines. Nous avons voulu voir si la réalité de la situation correspondait à l'espoir suscité par la loi. Quels sont les services existants, comment sont-ils organisés, comment sont-ils financés, comment les utilisateurs peuvent-ils y accéder ? Les services à la personne à but lucratif, dont l'essor a été donné par la loi 2005-841[11], dite loi Borloo, venaient-ils en complémentarité ou en concurrence avec les services médico-sociaux existants ? La directive européenne relative aux services dans le marché intérieur s'applique-t-elle dans le secteur de l'aide à domicile et quelles conséquences aurait-elle pour les personnes âgées et les personnes handicapées ?

7. Il nous a semblé opportun de comparer les dispositifs relatifs à la prise en charge des personnes handicapées avec ceux des personnes âgées devenues dépendantes. A la même période l'idée du 5e risque qui émergeait, semblait venir répondre à la question épineuse de la prise en charge par les

[10] L. n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n°36 du 12 février 2005 p.2353, NOR: SANX0300217L
[11] L. n° 2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JORF n°173 du 27 juillet 2005 p. 12152 NOR: SOCX0500099L

politiques sociales de la dépendance. Où en étions-nous de la réflexion quand d'autre pays européens semblaient l'avoir abordée et résolue ?

8. Enfin, le développement d'un secteur d'activités ne va pas sans poser des questions juridiques de protection des utilisateurs. La législation actuelle garantit-elle suffisamment leurs droits ?

9. Notre thèse vise donc à faire exhaustivement un état des services à domicile assurant aux personnes âgées et aux personnes handicapées une vie la plus autonome possible à leur domicile et d'établir les moyens de leur financement (première partie). L'hypothèse que nous soulevons est que, d'une part, ces services se sont créés par superposition sans grande cohérence, que d'autre part leur financement et leur contrôle sont trop complexes, limitant leur développement et par suite l'accès par les utilisateurs. Quelques exemples illustreront cette difficulté.

10. Un dispositif social, quel qu'il soit, doit faire l'objet de garanties. Dans la seconde partie, nous examinerons comment la protection des utilisateurs particulièrement vulnérables s'organise. L'hypothèse qui est avancée est qu'elle est encore à parfaire, notamment du côté de la qualification des professionnels et donc de leur formation, et que la protection juridique des utilisateurs est incomplète. En rappelant que la société française possède déjà un dispositif juridique de protection de ces personnes fragiles, il conviendra de se demander comment protéger davantage ces personnes vulnérables du fait de leur âge ou de leur handicap, qui vivent à domicile. C'est notamment l'attention portée à la formation des personnels qui interviennent et à leurs conditions de travail qui déterminent un risque éventuel de maltraitance.

11. Comment dans ce paysage, la personne handicapée ou la personne âgée peut-elle accéder à un service qui lui permette de vivre à domicile selon le projet de vie qu'elle aura choisi ? Comment améliorer la qualité des services rendus et comment lui garantir une protection par le droit contre les

abus de sa faiblesse inhérente à son âge ou à son handicap ? Ces questions résument la problématique de cette recherche.

PREMIERE PARTIE :

L’accès aux services, diversification et solvabilisation de l’offre

CHAPITRE 1 – LES SERVICES EXISTANTS : UN DISPOSITIF SEGMENTE ET COMPLEXE

Les concepts évoluent au fil de l'Histoire, ou utilisés communément donnent l'illusion d'avoir fait *consensus.* Il faut pourtant les définir en faisant éventuellement un rappel historique pour les replacer dans leur acception actuelle, en particulier dans celle du droit. Il en est ainsi des notions d'assistance sociale, de handicap, de vieillesse ou de domicile (section 1).

Un rapide constat montre que le dispositif existant est une organisation très segmentée et mal coordonnée dont les éléments ont été juxtaposés au fil du temps, souvent sous l'impulsion ou la pression associative. La Cour des Comptes dans son rapport du 4 février 2009 a par ailleurs dénoncé le défaut de coordination des intervenants et l'éclatement des services pour la prise en charge à domicile des personnes dépendantes. Il nous faut donc les recenser, en comprendre la structure, en saisir leur complexité. Les services à domicile à caractère sanitaire ont un fonctionnement avec des spécificités mais qui présente aussi des similitudes avec celui des services médico-sociaux, lesquels ont des missions qui recouvrent celles des services à la personne (section 2). Une distinction sera à faire avec les services mandataires judiciaires à la protection des majeurs qui, bien qu'ils soient dans le champ des institutions sociales et médico-sociales, ont des particularités inhérentes au champ judiciaire (section3).

Section 1- La clarification des concepts d'assistance sociale, de handicap, de vieillesse et de domicile.

12. Un détour par la notion d'assistance sociale permettra d'en redécouvrir le sens dégagé des colorations idéologiques (I). L'assistance aux personnes handicapées a évolué au fil des siècles pour faire de ces personnes non plus seulement des infirmes ou des invalides, mais des personnes, dans l'acception juridique et sociale du terme, en situation de handicap (II). A l'heure où s'ouvre le vaste chantier de la prise en charge par la solidarité nationale des personnes âgées dépendantes, il est bon de se souvenir que la notion de vieillesse (III) est mal définie dans le droit parce que définie de façon hétérogène selon les modes de financement. Le domicile entendu comme « siège social de la personne » correspond ici souvent à la résidence, mais nous verrons que la notion de domicile recouvre plus que l'habitation (IV).

I- Le sens de l'assistance sociale dans la démocratie

12. Que fait-on de ceux qui sont incapables de pourvoir à leur propre subsistance du fait de leur impossibilité de travailler ? C'est à cette question que la société démocratique essaie de répondre par l'assistance, qui met en relation trois ordres: l'économique, le domestique et le politique[12]. Son histoire reflète les tensions de la société, soumises aux forces contradictoires (§1) au moment des grands changements. Comment en est-on arrivé à considérer l'assistance aux plus faibles comme une nécessité de solidarité, transformant ainsi l'assistance sociale en action et aide sociale (§2) ?

§1- Une histoire chaotique de l'assistance en France

[12] BEC (C.), *L'assistance en démocratie, Les politiques assistantielles dans la France des XIXe et XXe siècles*, coll.Socio-histoires, Belin, 1998, p.16

13. L'assistance a mauvaise presse actuellement. En effet, elle est associée à l'excès de l'Etat Providence[13] qui provoquerait un nivellement (par le bas) et un climat d'irresponsabilité dans le pays. Le discours n'est pas nouveau que l'assistance doit être méritée. Le mot même d'assistance est si connoté péjorativement, nous dit Monsieur le Professeur Michel Borgetto, « qu'a été créé le néologisme pour le moins peu engageant "d'assistanat"[14] ». La crise de l'Etat Providence ravive l'idéologie selon laquelle la protection sociale déresponsabilise et, par conséquent, doit être prioritairement accordée aux plus méritants, particulièrement à ceux qui font des efforts pour avoir un emploi. L'idée sous-jacente est que l'individu porte une part importante de responsabilité dans sa situation et qu'il doit donner des gages de la volonté de s'en sortir.

14. On se trouve ici dans un des trois courants qui critiquent l'assistance - celui influencé par les tendances libérales - décrits par Madame Colette Bec[15], le libéralisme étant entendu dans le sens où le comprenait Monsieur Pierre Rosenvallon comme la « doctrine fondée sur la dénonciation d'un rôle trop actif de l'Etat et sur la valorisation des vertus régulatrices du marché[16]. Les deux autres sont ceux du mouvement social issu de mai 1968, dénonçant le contrôle social des individus pris dans le filet des différentes interventions étatiques, et celui qui, paradoxalement, prône la disparition de l'assistance en raison de l'inégalité qu'elle créerait, et de citer Monsieur le Professeur Elie Alphandéry : « Les assistés qui demeurent exclus *quoiqu'assistés*, risquent de se voir enfoncer dans l'exclusion parce qu'assistés. Par un phénomène d'interaction, le remède redevient cause [17] ».

---

[13] Expression apparue sous le Second Empire dans la langue française par des « penseurs libéraux hostiles à l'accroissement des attributions de l'Etat mais également critiques vis-à-vis d'une philosophie individualiste trop radicale » in ROSENVALLON (P.), *La crise de l'Etat-providence* , coll. Points , Seuil, 1984, p.141

[14] BORGETTO (M.) in BEC (C.), PROCACCI (G.), (dir.), *De la responsabilité solidaire, Mutations dans les politiques sociales aujourd'hui,* Sillepses, coll. Le présent avenir, 2003, p 39.

[15] BEC (C.), *ibid*, p 125-134

[16] ROSENVALLON (P.), op. cit., p.59

[17] ALFANDERY (E.), « L'aide sociale et l'exclusion : paradoxes et espérances », *Droit social*, janv-mars 1974, p 92-93. cité par BEC (C.), ibid p.127

15. Des théories selon lesquelles le développement d'une culture de l'assistance entraîne une transmission intergénérationnelle de celle-ci, ont influencé les politiques sociales américaines et européennes pour remettre en cause l'assistance sociale. Telle fut celle de Charles Murray[18] qui préconise de mettre un terme au *welfare*[19] en abandonnant les politiques sociales traditionnelles.

16. Parmi celles qui ont pris de la vigueur depuis une vingtaine d'années, figure la responsabilisation des pauvres dont une des formes est de lier l'octroi d'un droit à l'exigence d'un devoir. Dans la réintroduction de la responsabilité en matière sociale, il ne s'agit pas tant de rendre le pauvre responsable de sa situation que de faire la pédagogie de la responsabilité, afin qu'il puisse mériter l'aide qu'on lui apporte. L'idée d'une contrepartie semble transcender le clivage politique droite-gauche puisque les deux candidats aux élections présidentielles du second tour en 2007, prônaient l'un « pas de minimum social sans contrepartie[20] », l'autre « une société du donnant-donnant [21] ».

17. La généralisation de la contractualisation dans le droit social procède de cette idée de responsabilité/solidarité. L'on peut s'interroger sur la nature juridique du contrat ainsi passé avec des personnes en difficultés sociales. Ce contrat, qui a pour finalité de responsabiliser, prend souvent la forme d'un contrat d'adhésion qui prescrit et infantilise. Nous sommes loin du contrat synallagmatique qui veut que les parties en négocient les termes et place les cocontractants sur un plan égalitaire. Or, une personne en difficultés sociales doit se soumettre aux exigences de celui qui lui apporte l'aide[22].

---

[18] MURRAY (C.), Losing Ground : American social policy, New York, Basic Books, 1984, cité par PURIERE (A.), *Assistance sociale et contrepartie, Actualité d'un débat ancien*, L'Harmattan, 2009, p 70-73

[19] La notion de *Welfare state* (état de bien-être) a été forgée dans les années 1940 au lieu de *welfare policy* du début du XXe siècle. « La référence est donc nettement antilibérale, puisque ce sont justement les règlements de police économique que les auteurs comme Adam Smith critiquaient vigoureusement » in ROSENVALLON (P.), op. cit. p.142

[20] M. Nicolas Sarkozy, 8 mars 2007, *France 2, A vous de juger*

[21] Mme Ségolène Royal, discours de Limoges (29 mars 2007), Lemonde.fr du 30 mars 2007.

[22] DELOR (P.), MANANGA (F.), « Répercussions de la loi sur la protection des majeurs dans l'accompagnement des personnes handicapées mentales », *JDJ-RAJS* n°267, 2007, p 37s.

18. Le principe d'assistance sociale n'a cessé depuis l'Antiquité de se développer[23]. D'abord à l'état embryonnaire, avec la création des « Prytanées » en Grèce qui accueillaient les vieillards et les infirmes, et dans la Rome impériale où l'on assurait la subsistance aux plus démunis dans un souci de prévention d'atteintes à l'ordre public. Puis, le christianisme avec le pouvoir grandissant de l'Eglise, après la chute de l'Empire romain, développe l'esprit de charité et le principe d'assistance est placé sous le contrôle monopolistique de l'Eglise. Ce sont les créations des hospices, hôtels-Dieu et autres établissements accueillant les infirmes et les indigents, mais aussi les lépreux, les enfants orphelins et tous ceux que nous nommerions aujourd'hui les « laissés-pour-compte » de la société de l'époque.

19. A la Renaissance, la sécularisation de l'assistance prend son essor avec le contrôle du pouvoir royal dans l'administration des hôpitaux par le Grand Aumônier du Roi. Est créé en 1551 le « droit des pauvres », une taxe communale pour financer non seulement les dépenses hospitalières mais aussi *l'aide à domicile*[24].

20. A la fin de l'Ancien Régime, l'idée selon laquelle la misère est imputable au seul pauvre ou à la fatalité est vigoureusement combattue par des théoriciens sociaux sous le souffle des Philosophes. Ceux-ci élaborent une doctrine qui montre que la misère est due à une mauvaise organisation sociale, à laquelle l'Etat doit remédier, non pas en distribuant des secours de façon discrétionnaire, mais en organisant lui-même l'assistance. Celle-ci doit devenir un service public alimenté par l'impôt.

21. Ce n'est qu'à la Révolution et notamment sous la Convention qu'il est reconnu un droit de l'individu et une dette de la société en matière de secours publics. Malheureusement, l'état catastrophique des finances publiques tue dans l'œuf cette idée que le Directoire s'empresse de supprimer. Ainsi,

---

[23] BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de l'aide et de l'action sociale,* 7 e éd, Paris : Montchrestien, Lextenso, Domat Droit public, 2009, p.12-57

[24] BORGETTO (M.), LAFORE (R.) op. cit. p13

n'est-il plus question de droit de l'individu et de dette de la société, ni d'assistance nationale. Par contre, l'assistance est mise sous la responsabilité des communes avec la création des bureaux de bienfaisance qui deviendront plus tard bureaux d'aide sociale et actuels centres communaux d'action sociale.

22. Jusqu'à la Seconde République, la charité privée est encouragée par le pouvoir en matière d'assistance qui considère que le seul devoir de la société à l'égard des pauvres est celui d'humanité. Les seules dispositions notables sont celles du décret du 19 janvier 1811, qui affirme le principe de l'aide à apporter aux enfants trouvés et abandonnés, et la loi du 30 juin 1838 obligeant les départements à créer un service spécialisé pour aliénés. La Constitution de 1848 ne reprend pas le droit de l'individu et le devoir de la société des révolutionnaires, mais seulement l'engagement de secourir ceux qui ne peuvent pas travailler.

23. Il faut attendre la fin du XIXe siècle et le début du XXe pour que le législateur de la Troisième République, adopte des textes importants pour refonder le système d'assistance. Tout en réaffirmant le principe de subsidiarité de l'aide, obligation est faite à la collectivité la plus proche du bénéficiaire (en l'espèce, la commune mais pas exclusivement) de faire fonctionner des services publics correspondants. Cette obligation peut être assortie de l'inscription d'office au budget local des dépenses afférentes. Il est institué un droit opposable pour l'assisté à l'instance débitrice[25].

24. Parmi les lois importantes, certaines ont particulièrement marqué la matière de notre recherche :

- la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite qui met à la charge de la collectivité locale les soins hospitaliers *et les soins à domicile*.
- la loi du 14 janvier 1905 relative aux « vieillards, infirmes et incurables » qui leur octroie une pension pour la vie à domicile ou un placement dans un établissement d'accueil.

[25] BORGETTO (M.), LAFORE (R.) op. cit. p 21.

C'est sans nul doute avec l'institution de la Sécurité sociale, à la Libération, que notre système de protection sociale opère une transformation radicale alliant assistance et assurance.

§2- De l'assistance sociale à la solidarité par l'aide et l'action sociale

25. Sur quels fondements repose l'assistance rebaptisée depuis 1953 aide sociale[26] ? La justification de la nécessité de l'aide sociale pour prévenir les atteintes à l'ordre public est ancienne et peut se retrouver dans les dispositions prises par le pouvoir royal au Moyen-Âge. En effet, des impératifs de salubrité publique l'amènent à créer des léproseries, mais aussi à laisser aux communes la fixation des seuils d'exemption de l'impôt à certains « feux pauvres ou feux indigents[27] ».

26. Mais, actuellement peut-on penser que l'aide apportée aux personnes âgées et aux personnes handicapées relèverait d'une stratégie utilitariste de soupape sociale visant à apporter un minimum de prise en charge des « nécessiteux » pour éviter un maximum de troubles à l'ordre public ? L'on peut penser sans trop de naïveté que l'évolution de la société a amené à une prise de conscience de la nécessité de protection des plus vulnérables d'entre ses membres, au nom de valeurs morales. « C'est dans les liens de solidarité qui unissent et doivent unir tous les membres de la société qu'il faut rechercher le fondement véritable de l'aide et de l'action sociales[28] ».

27. Le souci de cohésion sociale n'est cependant pas absent dans l'esprit du législateur puisqu'il mentionne, dès l'article 1er de la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002, que l'action sociale et médico-sociale vise à promouvoir, non seulement l'autonomie et la protection des personnes, mais aussi la cohésion

[26] MURARD (N.), *La protection sociale*, 5e éd., La Découverte, 2004,
[27] MURARD (N.), op. cit p.10-11
[28] BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 7e éd , Paris : Montchrestien, Lextenso, Domat Droit public, 2009, p 30

sociale. La prévention des exclusions ou la correction de leurs effets permet aussi de maintenir cette cohésion[29]. C'est dans ce cadre, qui établit les finalités, les missions et les principes de l'action sociale et médico-sociale, que s'inscrit la politique en direction des personnes handicapées et des personnes âgées.

28. Ainsi, les politiques sociales en direction des personnes âgées ont-elles quitté les vieux habits de l'assistance, proches de la charité pour endosser ceux plus neufs de la protection sociale, issue du sentiment de fraternité, dont un des segments est la solidarité nationale, celle-là même qui « est consubstantielle à la Démocratie dans la mesure même où elle est à la fois postulée et impliquée par elle[30] ».

29. Les services à domicile pour les personnes âgées ont toutefois été oubliés dans la « loi sociale » du 30 juin1975 sur les institutions sociales et médico-sociales[31]. En effet, ont été considérées comme des institutions sociales ou médico-sociales celles qui :

- mènent, avec le concours de travailleurs sociaux, d'équipes pluridisciplinaires, des actions à caractère social ou médico-social, notamment des actions d'information, de prévention, de dépistage, d'orientation, de soutien ;
- accueillent, hébergent ou placent dans des familles, des mineurs ou des adultes qui requièrent une protection particulière ;
- reçoivent des jeunes travailleurs ;
- hébergent des personnes âgées ;
- assurent, en internat, en externat, dans leur cadre ordinaire de vie, l'éducation spéciale, l'adaptation ou la réadaptation professionnelle ou l'aide par le travail aux personnes mineures ou adultes, handicapées ou inadaptées.

[29] Art. L. 116-1 du CASF
[30] BORGETTO (M.), LAFORE (R.) , op. cit. p 31.
[31] L. n°75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, JORF du 1 juillet 1975 p.6604

30. Il aura fallu la loi rénovant l'action sociale et médico-sociale en 2002[32] pour donner une place entière aux services à domicile dans le dispositif de l'action sociale. Ainsi, l'article L312-1 du CASF les a-t-il intégrés à l'alinéa 6 : « Les établissements et les services qui accueillent des personnes âgées ou qui leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale ».

31. La loi sociale a marqué le point de départ d'une différenciation dans les définitions de l'aide sociale d'une part, et de l'action sociale d'autre part. Si toutes deux ont pour caractéristique commune le fait que leurs actions ou prestations sont délivrées à des personnes sans contrepartie, qui seraient à différencier des assurances sociales qui nécessitent une contribution des assurés, elles présentent néanmoins des caractéristiques propres[33].

32. L'aide sociale est délivrée sans contrepartie à la personne qui en a besoin et qui satisfait aux critères exigés. En quelque sorte, la personne dispose d'une créance sur la collectivité publique qui a l'obligation de l'honorer. Les crédits correspondant à cette aide sociale sont obligatoirement inscrits dans le budget de la collectivité sous peine de l'intervention du préfet, représentant de l'Etat, pour inscription d'office en cas de défaillance de l'organe délibératif local. Depuis la première loi de décentralisation[34], l'aide sociale est confiée à la commune à travers les centres communaux d'action sociale ou au département.

33. L'action sociale, quant à elle, est volontaire et relève de l'initiative de la collectivité publique. L'article L. 311-1 du CASF précise que l'action sociale et médico-sociale s'inscrit dans des missions d'intérêt général et d'utilité sociale. Ces missions sont au nombre de six :

---

[32] L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale JORF du 3 janvier 2002 p. 124 NOR: MESX0000158L

[33] BORGETTO (M.), LAFORE (R.), op. cit. p.78

[34] L. n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JORF du 3 mars 1982 page 730

1) « évaluation et prévention des risques sociaux et médico-sociaux, information, investigation, conseil, orientation, formation, médiation et réparation ;
2) protection administrative ou judiciaire de l'enfance et de la famille, de la jeunesse, des personnes handicapées, des personnes âgées ou en difficulté ;
3) actions éducatives, médico-éducatives, médicales, thérapeutiques, pédagogiques et de formation adaptées aux besoins de la personne, à son niveau de développement, à ses potentialités, à l'évolution de son état ainsi qu'à son âge ;
4) actions d'intégration scolaire, d'adaptation, de réadaptation, d'insertion, de conseil sur les aides techniques ainsi que l'aide par le travail ;
5) actions d'assistance dans les divers actes de la vie, de soutien, de soins, et d'accompagnement, y compris à titre palliatif ;
6) actions contribuant au développement social et culturel, et à l'insertion par l'activité économique ».

II- Des invalides aux personnes en situation de handicap

34. De nos jours, la société occidentale prend en compte les personnes handicapées de manière différente suivant qu'elle considère qu'il s'agit d'une affaire sociétale, alors elle relève de la solidarité nationale, ou d'une affaire propre à la solidarité familiale, sa politique sera orientée de manière à décharger las familles du fardeau du handicap ou seulement de l'aider à continuer à le porter. Comment le définir (§1), pour quelle politique (§2) ?

§1- L'emploi actuel de la notion de handicap

35. Le terme de handicap est entré dans le langage commun. Banalisé, il désigne souvent un désavantage d'un individu par rapport à un autre, fût-il léger. « Le succès de ce mot vient sans doute, nous dit Monsieur Olivier R. Grim[35], de la métaphore d'une course hippique représentant celle de la vie avec ses compétitions, ses vainqueurs et ses perdants. Dans un souci d'équité, le handicapeur charge les plus forts d'un poids supplémentaire. » Notons que l'expression si communément employée de *porteur de handicap* est ambiguë puisqu'elle désigne à la fois celui qui est trop fort et qu'il faut désavantager et celui qui est faible et qu'il faut aider. Dans le même temps, elle est inexacte en rapport avec la définition de l'Organisation mondiale de la santé de 2001 qui fait du handicap l'interaction entre des facteurs personnels et des facteurs environnementaux. Il serait plus juste d'employer l'expression de *porteur d'une déficience*, ou personne en situation de handicap. Monsieur le Professeur Henri-Jacques Stiker nous fait aussi remarquer que la façon dont une société traite certains faits significatifs, se révèle. Ainsi dit-il : « Parler des personnes handicapées avec quelque pertinence, c'est dévoiler les profondeurs sociales[36] ». Erving Goffman[37] a en effet montré que le rapport entre les personnes « stigmatisées » et le stigmate pouvant être « les monstruosités du corps[38] » fait appel souvent à notre inconscient. Le comportement de ceux qu'il nomme les « normaux », c'est-à-dire ceux qui « ne divergent pas négativement des attentes particulières » vis-à-vis des personnes stigmatisées, est la plupart du temps discriminant, puisque « il va de soi que, par définition, nous pensons qu'une personne ayant un stigmate n'est pas tout à fait humaine[39] ». Son analyse de notre attitude perce plus avant nos profondeurs puisque dit-il : « Afin d'expliquer son infériorité et de justifier qu'elle représente un danger, nous

[35] GRIM (O.- R)., *Du monstre à l'enfant, Anthropologie et psychanalyse de l'infirmité*, Ed. du C.T.N.E.R.H.I., Essais, 2000, p 38

[36] STIKER (H.-J.), *Corps infirme et société, Essais d'anthropologie historique*, Paris : Dunod, 2010, p.13

[37] Sociologue et linguiste américain, 1922-1982.

[38] GOFFMAN (E.), *Stigmate, les usages sociaux des handicaps*, Ed. de Minuit, Le sens commun, 1975, p.14. Il distingue en gros trois types de stigmates : les monstruosités du corps (les diverses difformités), les tares du caractère, les stigmates tribaux.

[39] GOFFMAN (E.), op.cit. p. 15

bâtissons une théorie, une idéologie du stigmate, qui sert aussi parfois à rationaliser une animosité fondée sur d'autres différences, de classe, par exemple. Nous employons tous les jours des termes désignant spécifiquement un stigmate, tels qu'impotent, bâtard, débile, pour en faire une source d'images et de métaphores, sans penser le plus souvent à leur signification première[40] ». Nous ajouterons que tel est le cas de l'emploi du terme handicap qui, certes est commode pour catégoriser, mais qui stigmatise.

36. L'appellation de « handicapé » est un enjeu politique et l'invention du handicap, comme terme administratif, est commode pour que l'Etat maîtrise la gestion de la déficience et ses conséquences sociales[41]. Ainsi la loi d'orientation du 30 juin 1975[42] entre-t-elle dans le processus de redéfinitions des populations devant faire l'objet d'un traitement spécifique[43], d'autant plus nécessaire qu'il fallait inscrire ces populations dans le système de protection sociale en les distinguant des « inadaptés sociaux ».

37. La question de la norme est d'importance dans la gestion du handicap par la collectivité. « (…) l'une des conditions de la vie sociale est le partage de tous les intéressés d'un ensemble unique d'attentes normatives, de normes, maintenues et soutenues en partie parce qu'elles sont incorporées. Toute infraction entraîne des mesures réparatrices : l'ordre est restauré et les torts redressés, par les agences de contrôle ou par le coupable lui-même[44] ».

38. L'attribution par la CDES (Commission départementale de l'éducation spéciale) de l'AES (Allocation d'éducation spéciale), somme d'argent allouée forfaitairement aux familles en fonction du degré d'incapacité, est vue par Monsieur Olivier Grim comme un moyen « de ramener vers une norme, une moyenne » le porteur de handicap, en l'occurrence l'enfant

[40] GOFFMAN (E.), op.cit. p. 15
[41] EBERSOLD (S.), *L'invention du handicap : la normalisation de l'infirme*. Ed du C.T.N.E.R.H.I., diffusion PUF 1992, Coll. Flash informations. 287 p.
[42] L. n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées
[43] LENOIR (R.), *Transformations du familialisme et reconversions morales*, in Actes de la Recherche en sciences sociales, n°59, sept 1998, p.37
[44] GOFFMAN (E.), op cit. p.150

handicapé, « d'égaliser l'écart séparant l'enfant handicapé de la norme représentée par un enfant du même âge réel ne présentant pas de handicap[45] ».

39. La loi d'orientation de 1975, tout en donnant un statut aux personnes handicapées, s'est refusée à les définir. « La notion de handicap doit rester, si l'on veut précisément éviter des exclusions dans l'avenir, très évolutive et s'adapter aux situations qui pourront se présenter ultérieurement[46] », laissant le soin à des instances administratives de le leur attribuer ce statut au cas par cas : CDES (Commission départementale d'éducation spéciale) pour les enfants et COTOREP (Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel) pour les adultes.

40. Ce n'est que dans la loi « pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées » du 11 février 2005 dite « loi handicap »[47], qu'une définition du handicap est donnée : « Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive, d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ». Tous les pays européens, comme la Suède et la Danemark, n'ont d'ailleurs pas choisi de définir le handicap, comme le fait remarquer le rapport de l'IGAS en 2003: « En Suède, le handicap n'est pas considéré comme une caractéristique objective inhérente à la personne provoquée par une lésion physique ou une maladie : le handicap se distingue donc de la déficience et se définit dans le rapport entre la personne et son environnement comme l'effet des obstacles

[45] GRIM (O.- R) op cit. p 39-40
[46] Mme Simone VEIL, lors de la discussion de la loi au Sénat, J.O. séance du 3avril 1975, p 291
[47] L. n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, NOR: SANX0300217L, JORF n°36 du 12 février 2005 p. 2353

que la personne rencontre par suite des difficultés de participation et d'accès à son environnement[48] ».

41. La définition française reprend l'idée du désavantage social du handicap, émise par la Classification internationale du handicap (CIH) de l'OMS, inspirée par Philip Wood en 1998, en faisant du désavantage social une conséquence de l'incapacité engendrée par une déficience de l'individu. Mais elle va plus loin, en faisant intervenir une interaction entre la personne ayant une altération substantielle, avec son environnement. Ainsi, l'expression « personne en situation de handicap » est-elle plus opérationnelle dans une politique de réduction de handicap que celle de « *personne handicapée* », suivant en cela la nouvelle Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé de l'OMS de 2001 (CIF). Dans celle-ci, une nouvelle présentation distingue les fonctions organiques et les structures anatomiques pour les déficiences, les « limitations d'activités » remplacent les incapacités, et la « restriction de la participation » vient plus heureusement remplacer le désavantage social.

42. Toutefois, elle reste encore entre deux rives dans ses modalités pratiques. En effet, d'une part, certaines dispositions ministérielles continuent à avoir pour référence la Classification Internationale du Handicap (CIH) de 1998, pour l'attribution de la carte d'invalidité, de la carte de priorité et pour déterminer les taux d'incapacité, en distinguant les déficiences (huit catégories)[49]. C'est l'article 241-1 du CASF, non modifié par la loi du 11 février 2005 qui précise « Toute personne dont l'incapacité permanente est au moins égale au pourcentage fixé par décret […] » et l'article 241-3, modifié par la loi du 11 février 2005 : « Une carte d'invalidité est délivrée […] à toute personne dont le taux d'incapacité permanent est au moins de 80% [...] » . D'autre part, la prestation de compensation est attribuée en référence à la CIF, suivant l'annexe intitulée : « référentiel pour l'accès à la prestation de

[48] NOURY (D.), « La compensation du handicap en Suède », IGAS rapport n°2003 052, Avril 2003, p.6

[49] Annexe 2-4 du CASF du décret n° 2004-1136 repris par le décret n°2005-1714 du 29 décembre 2005

compensation[50] ». Cette annexe renvoie à la CIF, de manière explicite par une note de bas de page, à des renseignements complémentaires sur les activités : « Concernant des informations complémentaires sur les activités, se reporter à la classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé[51] ».

§2- La diversification de la prise en charge des personnes handicapées d'une loi à l'autre

43. Dans la précédente loi de 1975, la prise en charge des personnes handicapées[52] se résolvait en placements dans des établissements soumis à autorisation et/ou en prestations, placements en établissements pour les enfants en IME (Instituts médico-éducatifs) [53], puis plus tard au sein de ceux-ci, les Services d'éducation et de soins à domicile (SESSAD), financés par l'Assurance maladie et sous tutelle administrative de la Direction départementale des affaires sanitaires et sociales (DDASS). Pour les adultes, placements dans les Foyers d'hébergement quand ils étaient capables de travailler en Centres d'aide par le Travail (CAT). Pour les plus déficients, des foyers appelés « Foyers occupationnels », dont la dénomination ne met l'accent que sur la fonction d'hébergement et de restauration, ces établissements ne devant offrir aux personnes handicapées d'autres d'activités que celles destinées à les « occuper » dans la journée. Ce n'est que progressivement que des projets d'établissement se sont élaborés pour faire de ces établissements des « Foyers de vie », où il est possible d'échafauder des projets de vie personnalisés. Le financement est à la charge du Département et sous le contrôle de celui-ci. Enfin, pour des adultes lourdement handicapés nécessitant des soins médicaux constants, furent créées les « Maisons d'accueil

[50] Annexe 2-5 du CASF suite au décret n°2005-1591 du 19 décembre 2005.
[51] NAVES (P.), DEFALVARD (H.), op.cit., p 110-112
[52] Le parlementaire honoraire J.F.Chossy, dans son rapport au Premier ministre de novembre 2011 propose que l'on passe de la prise en charge de la personne handicapée… à sa prise en compte. On reste encore dans une logique comptable. Allons plus loin et passons de la prise en compte… à la prise en considération de la personne handicapée.
[53] Art. D.312-11 à D.312-40 du CASF

spécialisées [54] », les MAS dont le financement est assuré par l'Etat via l'Assurance maladie.

44. Quant aux Foyers d'accueil médicalisés (FAM), leur gestion est plus complexe. Etablissements intermédiaires entre le Foyer de vie et la MAS, ils bénéficient d'un financement conjoint de l'Assurance maladie pour la partie des soins et du Département pour ce qui relève de l'hébergement ; sont donc associés des fonds relevant du régime assurantiel et des fonds relevant du régime assistanciel. Financements et donc interlocuteurs différents pour un même fonctionnement. Différents aussi, lors de l'instruction de la demande d'autorisation, dont les avis peuvent diverger lors de l'examen du projet de création ou d'extension devant le CROSMS[55], ce qui peut mettre en péril l'existence de la structure par suite de la défection de l'un ou l'autre financeur. Complexité aussi lors de la négociation budgétaire annuelle où les règles de financement sont différentes. Nous trouverons cette difficulté pour les nouveaux services que sont les Services d'accompagnement médico-social pour adultes handicapés (SAMSAH). Avec la loi Hôpital patients santé territoires (HPST), le double financement continue d'exister avec pour interlocuteur le directeur général de l'Agence régionale de Santé et le président du Conseil départemental[56].

III- Des vieillards aux personnes âgées

45. L'évolution de la notion de vieillesse témoigne de l'évolution de la société, notamment par l'espérance de vie qui croît de décennie en décennie, et le vieillard des comédies de Molière passerait pour un fringant jeune homme actuel. Doit-on regretter l'imprécision de cette notion (§1) parce qu'elle rend plus difficile la catégorisation d'une partie de la population ou s'en réjouir parce

[54] Art. R.344-1 du CASF, 6e éd., commenté M. Borgetto et R. Lafore, Dalloz, p1081

[55] Procédure d'autorisation devant un comité régional de l'organisation sociale et médicosociale supprimée par la loi HPST du 21 juillet 2009, lui substituant l'appel à projets.

[56] Les Conseils généraux sont devenus les Conseils départementaux par la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, JORF n° 0114 du 18 mai 2013 p. 8242 NOR: INTX1238496L.

qu'une définition est par nature totalitaire et que l'on est toujours le vieux de quelqu'un. Les politiques sociales se sont adaptées à cette imprécision en attribuant un âge à chaque type de financement, depuis l'aide financière apportée aux « nécessiteux » jusqu'à la création de services permettant à la personne âgée de vivre à domicile (§2).

§1- L'imprécision de la notion de vieillesse

46. A l'instar de la formule célèbre de Pierre Bourdieu « la jeunesse n'est qu'un mot », nous pourrions dire que la vieillesse n'est qu'un mot tant elle est difficile à définir[57] et parce que la catégorie qu'elle est sensée recouvrir est hétérogène. Pierre Bourdieu rappelle que les divisions entre les âges sont non seulement arbitraires mais que « les coupures soit en classes d'âge, soit en générations, sont tout à fait variables et sont un enjeu de manipulations[58] ». De plus, nous dit-il, la jeunesse comme la vieillesse sont des constructions sociales « dans la lutte entre les jeunes et les vieux ». Mais surtout, la classification par âge vise à fixer un ordre dans lequel chacun doit tenir sa place.

47. Si l'on peut convenir que le vieillissement commence dès la naissance, à partir de quand bascule-t-on dans la catégorie de la personne âgée ou maintenant celle des seniors, inventée par le marketing pour un langage politiquement correct, circonlocution employée à la place de mots trop directs comme vieux, vieillard ?

48. Différents âges peuvent être distingués dans notre société, car la notion d'âge est essentiellement culturelle[59] : âges biologiques qui permettent de diagnostiquer une perturbation par rapport à la norme (dent de lait, premiers pas, puberté, ménopause…), âges légaux (majorité à 18 ans, retraite à 60 ans

[57] BOURDIEU (P.), *Questions de sociologie*, Éd. de Minuit, 1984. Ed. 1992, p.143-154
[58] BOURDIEU (P.), ibid. p.144
[59] REBOUL (H.), *Vieillir projet de vie, essai psychosociologique*, Ed. du Chalet, 2e édition Paris : 1992, 215 p.

(à ce jour). Madame Hélène Reboul [60] ajoute aussi les âges sociaux marqués suivant les régions par des coutumes (catherinettes, coiffes bretonnes), en faisant remarquer que de nos jours, il est difficile de déterminer l'âge des femmes qui ont recours à divers moyens esthétiques et de mode pour garder une allure jeune.

49. Le droit ne définit pas la vieillesse, tout au plus délimite-t-il les bornes pour l'accès à des droits réservés à une catégorie de la population dénommée « personnes âgées ». L'article 113-1 du CASF fixe l'âge de 65 ans comme celui de l'accès au dispositif permettant de bénéficier de l'aide à domicile ou de placement chez des particuliers ou dans un établissement à la condition d'être privé de ressources. Les mêmes possibilités sont ouvertes aux personnes de plus de soixante ans à la condition qu'elles soient inaptes au travail. L'aide à domicile s'entend au sens de l'article 231-1 du même Code, en nature sous forme de services ménagers ou en espèces sous forme d'allocation simple ou, le cas échéant, d'allocation représentative de services ménagers.

50. La frontière marquant le passage dans le statut de personne âgée se trouve aussi dans la condition réglementaire de l'âge éligible à l'Allocation personnalisée d'autonomie (APA) fixée à 60 ans[61], déjà exigée pour la Prestation spécifique dépendance (PSD). Cette séparation administrative est quelque peu factice, dès lors qu'il s'agit de séparation entre deux statuts. Cette distinction obligeait les personnes handicapées hébergées dans un foyer de vie pour personnes handicapées à quitter celui-ci à la date anniversaire de leur soixante ans pour intégrer une structure pour personnes âgées, le plus souvent dans un établissement pour personnes désorientées. Les règlements départementaux d'aide sociale de certains départements ont revu cette règle administrative pour permettre le maintien de ces personnes sur leur lieu de vie habituel.

[60] REBOUL (H.), op. cit. p 24-26

[61] D. n°2001-1087 du 20 nov. 2001 JORF n°270 du 21 novembre 2001 p. 18508, NOR: MESA0124009D

51. L'espérance de vie augmentant, puisqu'elle se situe actuellement en France autour de soixante-dix-huit ans pour les hommes et de quatre-vingt-cinq ans pour les femmes[62], on a voulu catégoriser davantage les personnes âgées, puisque le « grand âge » se subdivise maintenant en « troisième âge » et « quatrième âge », en distinguant celles qui sont encore actives de celles qui présentent le plus de risques de dépendance.

§2- De l'aide apportée aux « nécessiteux âgés », à la vie à domicile des personnes âgées

52. Jusqu'au XIIe siècle, les personnes âgées ne trouvaient leur salut que dans la sphère familiale. Lorsque cette solidarité faisait défaut, point de relais social, elles étaient livrées à elles-mêmes. Les premiers hospices, hôtels-Dieu sont construits certes dans l'esprit chrétien de la charité, vertu théologale qui fait de l'hospitalité une de ses expressions, mais aussi parce que le pouvoir royal voulait contrôler toute cette population d'indigents, mendiants, infirmes et vieillards. L'enfermement pour cause d'indigence a eu son acmé au XVIIe siècle où le « grand renfermement[63] » s'épanouit, avec la date du décret royal de 1656 pour repère, fondant l'Hôpital général à Paris. Cet établissement devait accueillir les pauvres de Paris « de tous sexes, lieux et âges, de quelque qualité et naissance qu'ils puissent être, et en quelque état qu'ils puissent être, valides ou invalides, malades ou convalescents, curables ou incurables ». Entraient dans ces établissements non seulement les volontaires, mais aussi ceux que nous nommerions aujourd'hui les internés d'office par l'autorité royale ou judiciaire. Cet établissement, nous dit Michel Foucault n'est pas un établissement médical mais « une instance de l'ordre, de l'ordre monarchique et bourgeois qui s'organise en France à cette même époque[64] ». Les pouvoirs

[62] Source INSEE 2015, « espérance de vie, taux de mortalité et taux de mortalité infantile dans le monde en moyenne de 2010 à 2015 »
[63] FOUCAULT (M.), *Folie et déraison, Histoire de la folie à l'âge classique*, éd. abrégée de 1961, Plon coll. 10/18 p 54-81
[64] FOUCAULT (M.), op.cit. p 56

conférés aux directeurs de l'établissement sont aux limites de la loi, puisqu'ils exercent une souveraineté absolue, sans appel possible, ayant le droit de vie et de mort.

53. On passe de l'exclusion à l'enfermement, le chômeur, l'oisif n'est plus rejeté, il est pris en charge par la nation, au prix de sa liberté ; il a droit à être nourri, mais il doit accepter la contrainte physique et morale de l'enfermement. Droit et obligation n'ont jamais été aussi étroitement liés. Il va de soi que la mendicité et le vagabondage sont punis sévèrement, les peines pouvant aller jusqu'aux galères pour les garçons et les hommes, et le bannissement pour les filles et les femmes en cas de récidive. L'Hôpital général n'accueille pas seulement ceux que la vieillesse, l'infirmité ou la maladie empêchent de travailler, il a aussi une fonction d'institution morale pour « corriger une certaine *vacance* morale, qui ne mérite pas le tribunal des hommes, mais ne saurait être redressé par la seule sévérité de la pénitence. L'Hôpital général a un statut éthique[65] ».

IV- La notion de domicile

54. Le domicile est défini par le droit, et tout individu, fût-il sans « domicile fixe » (SDF), nomade (gens du voyage) ou batelier, a un domicile de référence, une domiciliation. L'endroit où il habite jouit d'une protection particulière (§1) non seulement au nom de la protection de la vie privée mais aussi parce qu'il constitue ce que le citoyen vivant dans la cité possède de plus intime, car il est un espace social et aussi un espace psychique (§2).

[65] FOUCAULT (M.), op.cit. p 75

§1- La protection du domicile par le droit

55. Le domicile fait l'objet d'une attention particulière par le Code civil qui y consacre un titre dédié, dans le livre consacré aux personnes, montrant ainsi qu'il en est un des attributs. Toutefois, la définition par l'article 102 du Code civil le considère comme le siège social d'un individu où peuvent s'exercer ses droits, sans le distinguer du siège social d'une personne morale. Le domicile peut être différent de la résidence puisqu'un batelier vivant par définition sur un engin qui se déplace, n'a pas son domicile au sens de cet article sur sa péniche, mais dans une des communes figurant sur une liste fixée par le Garde des sceaux, le Ministre de l'intérieur et le Ministre des transports[66]. S'il est salarié, sa résidence pourra être celle du siège social de son employeur.

56. On peut avoir plusieurs résidences, mais un seul domicile. Certaines personnes n'ont pas le choix de leur domicile. Ce sont notamment, le mineur non émancipé qui a son domicile chez ses père et mère (art 108-2 du Code civil), et le majeur en tutelle qui est domicilié chez son tuteur (art 108-3 du Code civil).

57. Le domicile en tant que lieu privé de la personne est protégé, d'autant plus que les locaux qui le constituent sont affectés à un usage d'habitation. Le Code pénal punit l'atteinte à la vie privée par l'intrusion, même commise par le propriétaire, sans le consentement de l'occupant des lieux[67]. La protection s'étend même aux violations commises par des dépositaires de l'ordre public, du principe d'inviolabilité du domicile prévu à l' article 432-8 du Code pénal[68], hormis les cas prévus par la loi.

---

[66] Ord. n° 58-923 du 7 oct.1958, JORF n°0237 du 9 octobre 1958 p. 9245

[67] Art. 226-4 du CP : « L'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. »

[68] Art. 432-8 du CP, modifié par l'ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002 :
« Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, de s'introduire ou de tenter de

58. Le Code de l'action et de la famille n'évoque que le domicile de secours qui sert à désigner la collectivité débitrice de l'aide[69]. La notion très ancienne de domicile de secours, servant à la police des indigents, était une exigence de rattachement des pauvres à un lieu, d'une part pour contrôler leurs allées et venues et d'autre part organiser les solidarités et identifier la collectivité devant les prendre en charge[70].

§2- Le domicile comme espace psychique et social

59. Le désir de mourir à son domicile est le vœu de bon nombre de personnes, comme si l'on retournait d'où l'on vient. C'est que la symbolique du domicile est particulièrement forte. La frontière entre la vie privée et la vie publique se fait par l'habitation, lieu d'une réalité complexe que Monsieur Elian Djaoui[71] distingue en trois niveaux extrêmement imbriqués. Le premier est objectif et concret, puisqu'on peut le définir par un territoire délimité, des matériaux et des conditions matérielles d'habitabilité. Il s'établit aussi par des titres juridiques de propriété ou de location, par un environnement. Le second niveau est de caractère psycho affectif déterminé par la présence ou l'absence de parents, d'amis, « sur cette scène domestique, tout l'éventail des états affectifs peut s'y déployer[72] ». Enfin, le troisième niveau est celui de la dimension sociale où se reflètent les appartenances sociales de l'habitant. C'est l'univers de valeurs morales, religieuses, idéologiques qui fondent les pratiques domestiques.

---

s'introduire dans le domicile d'autrui contre le gré de celui-ci hors les cas prévus par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende. »

[69] Art. L.121-1 du CASF: «[…] Les prestations légales d'aide sociale sont à la charge du département dans lequel les bénéficiaires ont leur domicile de secours… »

[70] CASF commenté BORGETTO (M.), LAFORE (R.), Dalloz, 5e éd. 2009, p 54.

[71] DJAOUI (E.), *Intervenir au domicile,* coll. Politiques et interventions sociales, Rennes : Presses de l'EHESP, 2008, p.159-160

[72] DJAOUI (E.), op. cit. p.160

60. Le domicile est idéalement un lieu de sécurité, aussi lorsque son effraction survient, celle-ci cause un sérieux traumatisme psychique. Lors d'un cambriolage, catastrophes naturelles ou autres évènements dramatiques, l'habitant est violenté et « un fort sentiment d'insécurité va naître » avec son cortège de symptômes tels que l'insomnie, la phobie, la peur de la solitude. On peut noter que le verbe « violer » est employé pour exprimer le traumatisme subi. C'est que « le chez-soi est assimilé à l'espace corporel[73] ».

61. Ainsi, pour un intervenant extérieur, entrer dans le domicile de quelqu'un n'est pas un acte neutre et sans conséquence. Généralement on y entre seulement lorsqu'on est invité ou autorisé. Ensuite, certaines parties de la maison sont des espaces sociaux où l'on reçoit les invités. La chambre à coucher est, quant à elle, par essence un lieu intime où ne sont admis que les proches et les soignants quand on est alité. Or, pour les personnes dépendantes c'est le lieu où se déroulent tous les soins, de la toilette intime aux soins infirmiers. Ce lieu peut devenir un lieu semi public où vont intervenir seuls ou à plusieurs, les protagonistes de l'intervention à domicile. Lorsque la personne est totalement invalide et que le logement ne bénéficie pas de la technologie de la domotique permettant d'en contrôler l'accès, l'intervenant à domicile possède la clé qui lui permet de pénétrer à tout moment dans ce qui est pour lui son lieu de travail. Monsieur Marcel Nuss décrit fort justement ce sentiment d'insécurité qui survient chez la personne dépendante lorsque les intervenants transgressent l'espace privé : « Comment se sentir à l'aise ou en sécurité avec des aidants (…) qui se comportent entre vos murs comme s'ils étaient *chez eux*, alors que c'est *chez vous ?*[74] ». L'éthique du professionnel doit ici rechercher les fondements nécessaires pour qu'il trouve la bonne attitude à adopter. D'autres comportements sont plus condamnables moralement mais difficilement répréhensibles pénalement par défaut de plaintes, comme de se servir librement dans le réfrigérateur par exemple.

[73] DJAOUI (E.), ibid p.150
[74] NUSS (M.), *La présence à l'autre, accompagner les personnes en situation de grande dépendance*, Dunod, 2005, p.11

62. Le domicile, pour les services d'aide à la personne, est entendu comme le lieu de résidence[75] privatif de la personne âgée ou de la personne handicapée, principal ou secondaire, qu'elle en soit propriétaire ou locataire. Le domicile peut être le lieu de séjour permanent ou temporaire. Les parties communes d'une copropriété, d'une résidence-service pour les personnes âgées ou handicapées ne relèvent pas des services à domicile. Les travaux qui y sont réalisés sont exclus du champ de l'article L.7231-1 du Code du travail.

63. De nombreux services permettent à des enfants ou à des adultes en situation de handicap d'être pris en charge en cure ambulatoire ou à des personnes âgées de recevoir soins et aide dans les actes de la vie quotidienne à domicile. Les uns relèvent de l'organisation sanitaire et sociale et donc obéissent aux règles qui les régissent en matière d'admission ou de financement. Ce sont les services sanitaires et médico-sociaux pour enfants issus de la loi d'orientation en faveur des personnes handicapées de 1975 ou des services à la personne dont l'essor a été impulsé par la loi n°2005-84 du 26 juillet 2005[76].

64. Le rapport du 4 février 2009 de la Cour des comptes[77] souligne le défaut de coordination des intervenants, et l'éclatement des services pour la prise en charge à domicile des personnes dépendantes. De plus, le reste à charge apparaît trop important « limitant fortement les possibilités de maintien à domicile ». La Haute juridiction cite l'exemple d'une « personne en GIR 1 qui recevait en moyenne mensuelle 770 euros d'APA, ce qui lui permettait de financer 48 heures d'aide à domicile soit 46 % du temps d'aide nécessaire tel que défini par la grille AGGIR (la grille AGGIR est l'outil permettant d'évaluer l'état de dépendance) ». L'exemple est éloquent pour montrer qu'il est impossible dans ces conditions que la personne puisse vivre dans des conditions acceptables de sécurité à domicile. Un différentiel est également important pour une personne handicapée percevant la Prestation de

[75] Art. L.241-10 Code de la sécurité sociale et 199 sexdecies du Code général des impôts
[76] L. n°2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, NOR: SOCX0500099L
[77] C. des comptes, Synthèse du rapport annuel, p57
http://www.ccomptes.fr/fr/CC/documents/Syntheses/Synthese-RPA-2009.pdf

compensation du handicap (PCH) pour une aide humaine. Par exemple, le coût horaire payé par la PCH est de 17,52 euros alors que le coût réel de la prestation est de 28 euros, soit 37 % d'écart.

65. Dans cette partie de notre travail, nous nous attacherons à clarifier un dispositif disparate, dont les strates se sont accumulées sans qu'une recherche de cohérence ait présidé à son élaboration. Ainsi, des services se sont-ils créés sous la pression associative, sans mécanisme de coordination entre les intervenants.

66. Les services existants relèvent de dispositifs complexes, limitant leur développement et leur accès aux personnes âgées ou handicapées. Les dispositifs traditionnels sanitaires et médico-sociaux (section 1) voisinent maintenant avec les services à la personne (SAP) développés par la loi n°2005-841 du 26 juillet 2005 dite loi Borloo[78] (section 2). Si les services pour enfants conservent leur originalité de soutien dans un parcours d'éducation et de scolarisation associé à des prises en charge rééducatives, la différenciation des missions est floue dès lors qu'il s'agit de services à domicile pour adultes, notamment dans l'aide humaine apportée par les services médico-sociaux (SSIAD, SAVS, SAMSAH) ou sanitaire (SAAD, HAD) et ceux de l'aide à la personne. En marge de ces deux types de services, se trouvent les services mandataires à la protection des majeurs (section3) dans la mesure où ils sont dédiés à des personnes dont il est reconnu une altération des facultés mentales ou corporelles constatée médicalement, mais dans le cadre d'un mandat judiciaire.

Section 2 - Les services sanitaires et médico-sociaux

67. L'alternative à l'hospitalisation (I) a amené les pouvoirs publics à imaginer une forme d'intervention qui permette de prendre en charge des

[78] L. n° 2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, NOR: SOCX0500099L

patients dont la pathologie ne nécessite pas un appareillage médical lourd ou une surveillance de tous les instants. C'est ainsi qu'ont été créés des services pouvant intervenir auprès des personnes âgées ou des personnes handicapées. Plus spécifiquement dédiés aux personnes handicapées (II), les services d'éducation à domicile pour les enfants ou ceux pour adultes, assurent les actes de la vie quotidienne en leur permettant de rester à leur domicile et d'avoir des activités sociales.

I - Les services communs aux personnes âgées et aux personnes handicapées

§1 - Les services sanitaires : les HAD (Hospitalisation à domicile), un accès simple mais un financement complexe

A - Une organisation construite progressivement et des conditions d'accès simples.

68. L'HAD permet « d'assurer au domicile du malade, pour une période limitée mais révisable en fonction de l'évolution de son état de santé, des soins médicaux et paramédicaux continus et nécessairement coordonnés[79] ». L'HAD a vocation à prendre en charge le patient atteint d'une pathologie grave, aiguë ou chronique et qui, en l'absence d'HAD, devrait être hospitalisé quel que soit son âge, du nouveau–né à la personne en fin de vie.

69. La première réalisation d'HAD date de 1957, sous l'égide de l'AP-HP (Assistance publique hôpitaux de Paris) suivie par des initiatives associatives, notamment la Ligue contre le cancer en 1958[80]. Il aura fallu attendre la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière

[79] Circ. DHOS/O n° 2004-44 du 4 février 2004 relative à l'hospitalisation à domicile.

[80] La structure d'HAD « Santé Service » à Puteaux est créée à l'initiative du Professeur DENOIX, directeur de l'hôpital Gustave Roussy de Villejuif avec l'aide de la Ligue contre le cancer. Dans un premier temps, cette structure, sous la forme d'une association loi 1901, de statut privé à but non lucratif, est destinée aux malades cancéreux.

pour donner une existence légale, en son article 4, à une poursuite des soins à domicile « […] Les services des centres hospitaliers peuvent se prolonger à domicile, sous réserve du consentement du malade ou de sa famille, pour continuer le traitement avec le concours du médecin traitant ».

70. La loi du 31 juillet 1991, article L. 711-5, 4e alinéa[81] évoque la possibilité d'assurer les soins à domicile pour des établissements de soins privés. « Ils peuvent participer, en collaboration avec les médecins traitants et avec les services sociaux et médico-sociaux, à l'organisation de soins coordonnés au domicile du malade ». L'article 24 de la loi du 31 juillet 1991 prévoit que les établissements de santé qui, antérieurement à la publication de la loi, comportaient des structures de soins alternatives à l'hospitalisation sont autorisés à poursuivre cette activité à condition d'en faire la déclaration au représentant de l'Etat.

71. Le décret de 1992[82] indique les conditions de régularisation des structures de soins alternatives à l'hospitalisation existantes, par le Préfet de région mais ne précise ni la définition de l'HAD ni les contours de sa mission. Il faudra attendre la circulaire du 30 mai 2000[83] (non parue au Journal officiel) pour que les pathologies traitées par ces services soient développées.

72. En effet, elle précise que l'HAD répond au souhait des malades souffrant « de pathologies chroniques qui nécessitent des soins techniques, comme les cancers, les pathologies neurologiques, l'infection à VIH par exemple ». Ce sont en substance les personnes atteintes de pathologies graves, aiguës ou chroniques, évolutives et/ou instables qui, en l'absence d'un tel service, seraient hospitalisées en établissement de santé. Le projet de prise en charge, formalisé, doit être non seulement clinique mais aussi psychosocial.

---

[81] L. n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, JORF n°179 du 2 août 1991 p.10255, NOR: SPSX9000155L

[82] D. n°92-1101 du 2 octobre 1992 relatif aux structures de soins alternatives à l'hospitalisation mentionnées à l'article L. 712-2 du Code de la santé publique, JORF n°2340234 du 8 octobre 1992 page 13990, NOR: SANH9201573D

[83] Circ. n° DH/EO2/2000/295 du 30 mai 2000 relative à l'hospitalisation à domicile, NOR : MESH0030242

Ce sont des soins complexes nécessitant le concours d'intervenants de différentes disciplines pour réaliser :

1) une coordination des soins[84] ;
2) une évaluation médicale au moins hebdomadaire qui conditionne la fréquence de la surveillance médicale en fonction de l'état clinique du patient ;
3) des soins infirmiers, quasi-quotidiens, de la compétence exclusive de l'infirmier, ou des soins infirmiers moins fréquents, avec des interventions de kinésithérapie quasi-quotidiennes, auxquels peuvent s'ajouter, le cas échéant :
    - des soins dispensés par un aide-soignant,
    - des soins d'orthophonie,
    - des conseils de diététique,
    - une prise en charge psychologique,
    - des prestations d'ergothérapie,
    - une prise en charge sociale

Les actes dispensés doivent correspondre à trois catégories de soins :

- soins ponctuels techniques et complexes, chez des patients ayant une pathologie non stabilisée, pris en charge pour une durée préalablement déterminée,
- soins continus pour des patients ayant une pathologie évolutive qui associent, pour une durée non déterminée préalablement, des soins techniques plus ou moins complexes, des soins de nursing, de maintien et d'entretien de la vie pouvant aller jusqu'à la phase ultime,
- soins de réadaptation au domicile pour des patients pris en charge pour une durée déterminée, après la phase aiguë d'une pathologie neurologique, orthopédique, ou cardiologique.

[84] D. du 2 octobre 1992, JORF n°2340234 du 8 octobre 1992 p. 13990, codifié article R. 712-2-1 du Code de la santé publique

La circulaire est très précise quant à la relation entre les soins délivrés et la dépendance des malades mesurée par l'indice de Karnofsky[85] ou l'état de santé. Elle précise aussi les temps d'intervention des kinésithérapeutes.

73. La création ou l'extension de l'HAD est soumise à la procédure d'autorisation[86]. Cette autorisation, accordée pour cinq ans, est renouvelable[87]. Le renouvellement ne nécessite pas le dépôt d'un dossier auprès de l'ARS, mais il est soumis préalablement à une évaluation de l'activité, quatorze mois avant l'échéance[88].

74. L'HAD a conquis peu à peu la confirmation de son intérêt pour le malade, notamment par la loi Léonetti du 22 avril 2005 [89] qui permet à des services médico-sociaux de dispenser des soins palliatifs[90], en ouvrant la possibilité de son intervention dans les établissements sociaux et médico-sociaux entendus comme domiciles[91] . Elle a permis aux personnes âgées dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées (EHPA), les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) et aux personnes handicapées des foyers d'hébergement, de vie, foyers d'accueil médicalisés et maisons d'accueil médicalisées d'être soignées sans faire l'objet

---

[85] L'échelle de Karnofsky permet au médecin d'évaluer l'évolution de l'état du malade après un traitement. On attribue des notes en fonction des capacités du patient à accomplir certaines tâches : 100 correspond à un état normal; sans plaintes, 70 à une incapacité à mener les activités de la vie quotidienne, 50 à un état nécessitant une aide considérable, 40 à une invalidité, 30 à une hospitalisation. L'échelle d'évaluation doit son nom au médecin cancérologue américain D. A. Karnofsky.(1914-1969)
(Echelle de Karnofsky :100 normal, aucune évidence de maladie ; 90 capable d'assurer une activité normale, signes mineurs de maladie ; 80 capable exécuter une activité normale mais avec effort, quelques signes apparents de la maladie ; 70 peut assurer ses soins, mais incapable d'exécuter une activité normale ou de faire un travail actif ; 60 dépendance occasionnelle, exige l'assistance occasionnelle mais est capable d'assurer la plupart de ses propres besoins ; 50 dépendance totale, exige une assistance considérable et un soin médical fréquent ; 40 exige un soin spécial et une assistance, statut de handicap ; 30 l'hospitalisation est indiquée, même si la
mort n'est pas tout de suite, handicap sévère ; 20 hospitalisation nécessaire, très malade, traitement positif actif exigé ; 10 le processus fatal progresse rapidement, moribond)
[86] Art. L. 6122-1 CSP
[87] Art. L.6122-8 et R.6122-8 C.santé publ.
[88] Art. L.6122-10 CSP
[89] L. n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JORF n°95 du 23 avril 2005 p. 7089, NOR: SANX0407815L
[90] Art. 311-8 CASF
[91] Art.L.6111-1 C. santé publ.

d'une réorientation. Dans toutes ces structures, l'HAD ne peut intervenir que si les soins ne peuvent être réalisés par leurs services, soit en raison de la technicité, soit parce qu'elles ne disposent pas des moyens suffisants. L'idée de cette restriction est évidemment de ne pas faire payer par l'Assurance maladie ce qu'elle aurait déjà financé.

B - Des acteurs du soin collaboratifs.

75. L'HAD suppose une collaboration des professionnels internes à la structure et des professionnels extérieurs dans l'environnement médico-social. A l'interne, un médecin coordonnateur, salarié du service ou mis à disposition par contrat avec un établissement de santé décide de l'admission et de la sortie du patient. Sa décision se fait en concertation avec le médecin traitant. S'il est garant du protocole de soins, il ne prescrit ni ne soigne, sauf en cas d'urgence. En effet, le médecin traitant est affirmé dans son rôle de pivot, qu'il soit prescripteur ou non de l'HAD. Il a la responsabilité du suivi et de l'adaptation des prescriptions suivant l'évolution du malade. Le cas échéant, il décide de l'hospitalisation ou du retour dans le service hospitalier où a été hospitalisé le patient. A l'intérieur de la structure, ses missions en font une interface entre la structure et l'environnement.

76. Le cadre infirmier coordonne les soins des paramédicaux en collaboration avec le médecin coordonnateur. Les infirmiers mettent en œuvre les soins et participent à l'élaboration des protocoles de soins et leur réévaluation. La collaboration avec des intervenants paramédicaux libéraux doit être formalisée dans une convention qui en définit précisément les modalités notamment en matière de continuité des soins, d'échanges d'informations. Le projet thérapeutique s'appuie aussi sur une évaluation psychosociale du patient, et le respect des pratiques de la structure. Ces intervenants sont rétribués à l'acte.

77. Le réseau familial et social du patient est pris en considération. Ainsi, si besoin est, peuvent intervenir aide-ménagère, travailleuse familiale, service de repas et de garde à domicile. Un soutien psychologique de l'entourage peut s'avérer nécessaire, de même une aide par le service social pour les démarches socio-administratives. En effet, la maladie a des répercussions psychologiques sur le malade lui-même et sur sa famille, notamment dans une maladie évolutive conduisant à une issue fatale.

78. Ce soutien permet aussi aux familles de mieux supporter ce qu'elles considèrent comme une intrusion de leur intimité par de nombreux professionnels qui se relaient au gré des contraintes d'emploi du temps.

79. Mais tous les services n'ont pas de psychologue dans leur équipe. Il est alors possible pour eux de contractualiser avec des professionnels libéraux, qui sont alors rémunérés à la prestation. Toutefois, il est souvent malaisé de disposer sur tous les territoires de ce type de professionnels.

80. La complexité des pathologies de l'HAD nécessite en outre une collaboration de la structure d'HAD avec les services hospitaliers spécialisés, notamment en contribuant à la formation des personnels de l'HAD. Il doit être aussi possible pour le service hospitalier de réadmettre sans délai le patient ou d'intervenir en cas d'urgence. La liaison entre la structure d'HAD, le médecin traitant et le service hospitalier doit être facilitée par la désignation par ce dernier d'un médecin correspondant.

81. Une passerelle doit être faite entre la structure d'HAD et le SSIAD dont elle est complémentaire. Le relais est assuré de l'HAD vers le SSIAD lorsque les soins deviennent moins intenses par la stabilisation de l'état de santé du malade ou à l'inverse, du SSIAD vers l'HAD lorsque l'état du malade s'aggrave. La liaison est facilitée par la création d'une structure mixte ou de plates-formes alliant le SSIAD à l'HAD. La création de ce type de structure est encouragée par la circulaire du 1er décembre 2006.

82. Il n'existe pas de structures d'HAD spécialement dédiées aux personnes handicapées ou aux personnes âgées. Toutefois, certaines pathologies surviennent plus fréquemment lorsque la personne devient âgée et certaines maladies deviennent invalidantes et conduisent les personnes malades à entrer dans le champ du handicap défini par la loi du 11 février 2005.

83. Selon l'indice de Karnofsky, qui combine les besoins en soins médicaux et d'aide ou assistance (déplacements et toilette, par exemple) en 2006, si une admission en HAD sur cinq concerne des patients autonomes ou presque (IK = 90 - 100%) du point de vue global des soins médicaux et de l'assistance, par contre 12 % des admissions concernent des patients sévèrement dépendants (IK ≤ 30 %), la mort étant plus ou moins imminente.

Au cours de l'année 2006, au moment de leur admission en HAD, 39 % des patients admis sont complètement autonomes globalement, 31 % faiblement dépendants, 18 % moyennement.

84. La grille des activités de la vie quotidienne (AVQ), autre indicateur de la dépendance utilisé, évalue le degré de dépendance du malade selon un gradient allant de l'autonomie complète (score 1) à la dépendance totale (score 4) dans six dimensions différentes sur un axe locomoteur (déplacements et transferts lit-fauteuil, habillage et toilette, alimentation, continence) et un axe relationnel (comportement et communication). Le score global est regroupé en quatre classes : totalement autonome (score AVQ de 6), faiblement dépendant (de 7 à 12), moyennement dépendant (de 13 à 18) et fortement ou complètement dépendant (de 19 à 24).

Selon cet indicateur, 34 % ont une moyenne, forte ou complète dépendance locomotrice, 13 % ont une dépendance relationnelle moyenne, forte ou complète, et enfin 30 % ont une dépendance générale moyenne, forte ou complète[92].

[92] Source : PMSI HAD 2006 (ATIH) - Exploitation Drees-Irdes in « L'hospitalisation à domicile, une prise en charge qui s'adresse à tous les patients », Exploitation des données du PMSI HAD 2006, op cité p 5

C - Un financement à l'activité complexe

85. Depuis le 1er janvier 2006, tous les établissements d'hospitalisation à domicile, publics ou privés, sont financés pour la totalité de leur activité par une tarification à l'activité, « certains modes de prise en charge en hospitalisation pourront bénéficier d'un financement intégral sur la base des tarifs nationaux de prestation. Cette mesure vise à favoriser le développement dans les établissements financés antérieurement par dotation globale de nouveaux modes de prise en charge, telle que l'hospitalisation à domicile»[93].

86. Tous les établissements publics et privés sont soumis à l'obligation de produire l'analyse de leur activité. L'arrêté du 31 décembre 2004[94] stipule que : « Afin de procéder à l'analyse médico-économique de l'activité de soins réalisée en leur sein, les établissements de santé mettent en œuvre, pour l'ensemble des patients admis en hospitalisation à domicile, des traitements automatisés des données médicales à caractère personnel sous la forme de résumés par sous-séquence (RPSS[95]) ».

87. La rémunération des activités d'HAD d'un établissement repose sur le paiement d'un forfait pour chaque journée où le patient est hospitalisé à domicile, appelé « groupe homogène de tarif » (GHT). « Un forfait groupe homogène de tarifs est facturé pour chaque journée où le patient est hospitalisé à son domicile ». Il existe 31 tarifs différents en fonction de la lourdeur des soins dispensés[96]. Le tarif le plus élevé est égal à 10 fois le tarif le moins élevé.

---

[93] L. n°2005-1579 du 19 décembre 2005 de financement de la Sécurité sociale pour 2006, JORF n°295 du 20 décembre 2005 p. 19531, NOR: SANX0500246L

[94] Arr. du 31 décembre 2004 relatif au recueil et au traitement des données d'activité médicale des établissements de santé publics ou privés ayant une activité d'hospitalisation à domicile et à la transmission d'informations issues de ce traitement NOR: SANH0520003

[95] Répertoire partagé des professionnels de santé.

[96] Le 2° de l'art. 1er et le II de l'article 5 de l'arrêté du 31 janvier 2005 relatif à la classification et à la prise en charge des prestations d'hospitalisation pour les activités de médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie et pris en application de l'article L. 162-22-6 du Code de la sécurité sociale

88. Lorsque, pendant son séjour en HAD, un patient bénéficie de soins réalisés par un établissement de santé en hospitalisation de jour (par exemple pour chimiothérapie, dialyse ou radiothérapie), l'établissement prestataire des soins réalisés en hôpital de jour est rémunéré directement par le paiement d'un forfait GHS (groupe homogène de séjour) et l'établissement d'HAD est rémunéré, pour cette même journée, par un forfait GHT.

89. La prise en charge des frais de transports sanitaires en HAD suit la règle générale, à savoir que c'est le prescripteur des soins qui paie le transport. Si la prescription d'un transport sanitaire est prescrite par le médecin traitant ou par le médecin coordonnateur du service d'HAD, l'établissement d'HAD prend en charge les frais de transport et ceux-ci sont couverts par le tarif du GHT.

90. Les honoraires des médecins libéraux spécialistes, y compris ceux des radiologues (notamment pour des actes d'imagerie), sont exclus du tarif du GHT. Ces honoraires doivent être payés directement par le patient au praticien qui a délivré les soins et seront pris en charge par l'Assurance maladie selon le dispositif général de prise en charge des prestations de soins de ville.

91. Sont facturés à l'Assurance maladie, les médicaments prescrits au patient pendant son hospitalisation en HAD et présents dans la liste des spécialités pharmaceutiques prises en charge par l'Assurance maladie en sus des prestations d'hospitalisation, mentionnées à l'article L.162-22-7 du Code de la Sécurité sociale. En dehors des honoraires des médecins, toutes les autres charges liées à la prise en charge du patient pendant son hospitalisation en HAD sont couvertes par le tarif du GHT.

92. La notion de domicile est entendue au sens large puisque le décret 2007-241 du 22 février 2007 rend aujourd'hui possible cette intervention en EHPAD, non ou faiblement médicalisé. Le domaine d'intervention de l'HAD dans ces établissements est identique à celui du domicile : l'HAD peut y prodiguer l'ensemble des modes de prise en charge prévus à l'annexe 1 de

l'arrêté du 31 décembre 2004. Dans ce cas, les interventions de l'HAD sont facturées au tarif standard par groupe homogène de tarif (GHT) non minoré. Une convention passée entre la structure d'HAD et l'EHPAD est exigée préalablement à toute intervention[97]. Avec la loi HPST du 21 juillet 2009, la notion de domicile s'est entendue comme « lieu de résidence ou d'un établissement avec hébergement relevant du Code de l'action sociale et des familles ». Il n'est même plus question du degré d'équipements de soins de la structure, la nouvelle logique étant de ne pas créer de rupture de soins, entendus non seulement comme actes paramédicaux mais aussi soins psychologiques ou affectifs. Il n'y a plus d'obstacles à la demande des usagers[98] en situation de handicap hébergées dans des établissements médico-sociaux mentionnés au I de l'article L. 312-1 du Code de l'action sociale et des familles (CASF). de bénéficier du même régime que les personnes âgées[99]. Les établissements d'HAD peuvent maintenant intervenir non seulement dans des ESMS, mais aussi dans des établissements d'hébergement sociaux[100]**.** Ainsi sont concernés : les structures expérimentales avec hébergement relevant de l'article L. 162-31 du Code de la sécurité sociale (lits d'accueil médicalisés par exemple), les maisons d'accueil spécialisées (MAS), les foyers d'accueil médicalisés (FAM), les foyers d'hébergement, les instituts médico-éducatifs (IME), les centres d'hébergement et de réinsertion sociale (CHRS), les foyers de la protection judiciaire de la jeunesse (PJJ), les foyers relevant de l'aide sociale à l'enfance (ASE), etc.

---

97 Circ. WDHOS/03/DGAS/2C/2007/365 du 05 octobre 2007 relative aux modalités d'intervention des structures d'hospitalisation à domicile dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées, NOR : SJSH0731398C

98 Le terme d'usager est contesté dans le secteur social et médicosocial. Voir à ce sujet le rapport du CSTS, lors des Etats généraux du travail social, dirigé par Monsieur. Marcel Jaeger « refonder le rapport aux personnes, merci de ne plus nous appeler usagers », février 2015. Nous emploierons ici le terme d'usager dans son acception juridique comme utilisateur des services publics (G. CORNU, Vocabulaire juridique, 8e ed., Quadrige/PUF, nov.2009

99 JACOB (P.), *Pour la personne handicapée : un parcours de soins sans rupture d'accompagnement, l'hospitalisation au domicile social ou médico-social*, rapport à Madame Nora BERRA, Secrétaire d'Etat en charge de la santé en lien avec Madame Marie-Anne MONTCHAMP, Secrétaire d'Etat auprès de la Ministre des solidarités et de la cohésion sociale, Février 2012, http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000094/0000.pdf

100 D. n° 2012-1030 du 6 septembre 2012 relatif à l'intervention des établissements d'hospitalisation à domicile dans les établissements sociaux et médico-sociaux avec hébergement, NOR: AFSH1209049D

93. En outre, un décret[101] modifie l'article D. 6124-311 du Code de la santé publique qui définit la condition de conventionnement entre l'établissement d'HAD et l'établissement d'hébergement social ou médicosocial préalablement à la première intervention. Cette convention doit porter sur les points suivants :

1° Les conditions de l'intervention de la structure d'hospitalisation à domicile dans l'établissement ;

2° Les modalités d'élaboration et d'adaptation des protocoles de soins ;

3° L'organisation de l'accès des personnels à certains éléments du dossier du patient ;

4° L'organisation des circuits du médicament ;

5° Les modalités d'évaluation de l'organisation ainsi définie.

94. Les conditions de réalisation de soins d'un établissement d'HAD dans un ESMS ne diffèrent pas de celles dans un établissement de personnes âgées. Il s'agit de résidents-patients dont l'état de santé « exige une intervention technique, qui ne se substitue pas aux prestations sanitaires et médico-sociales dispensées par l'établissement, et si son admission en hospitalisation à domicile répond à des conditions de prise en charge définies par arrêté des ministres chargés de la santé, de la sécurité sociale et de l'action sociale [102] ». Un arrêté de mars 2007[103] précise les modalités de prise en charge d'un résident en EHPA, autorisant certains soins tels l'assistance respiratoire, le nursing lourd, les soins palliatifs notamment s'ils sont associés à

[101] D. n° 2012-1031 du 6 septembre 2012 relatif aux conditions techniques de fonctionnement des établissements d'hospitalisation à domicile intervenant dans les établissements sociaux et médico-sociaux avec hébergement, NOR: AFSH1209065D

[102] Art. R 6121-4 du C.Santé Publ.

[103] Arr. du 16 mars 2007 fixant les conditions de prise en charge pour l'admission en hospitalisation à domicile d'un ou plusieurs résidents d'établissement d'hébergement pour personnes âgées en vertu de l'article R. 6121-4 du Code de la santé publique, NOR : SANH0721265A

au moins une autre prise en charge d'HAD en EHPA. En l'état, aucun texte réglementaire ne vient préciser le type de soins autorisés. Par un raisonnement à contrario, tous les soins ordinairement dispensés par une structure d'HAD peuvent être rendus dans un établissement social et médico-social (ESMS).

95. Lorsque l'établissement d'hébergement est médicalisé, et donc bénéficie d'une autorisation à dispenser des prestations susceptibles d'être prises en charge par les organismes de sécurité sociale[104], une minoration est apportée aux tarifs d'intervention de la structure d'HAD sur la base d'un taux unique fixé par l'arrêté tarifaire annuel (arrêté fixant pour l'année les ressources d'assurance maladie des établissements de santé). Ainsi, pour l'année 2007, l'arrêté du 3 avril 2009 fixe le taux de minoration à 13 %[105]. La tarification des prestations de l'HAD dans un ESMS ne diffère pas de celle assurée dans un EHPA. Si l'ESMS n'est pas financé par l'assurance maladie, le tarif est de 100 %.

96. La tarification des actes se fait de façon dégressive suivant la séquence de soins, par période de 1 à 4 jours, de 5 à 10 jours, de 10 à 30 jours et de 30 et plus. Plus simplement, plus un patient est pris en charge longtemps, moins la journée d'HAD est rémunérée.

97. La séquence de soins correspond à une période du séjour du patient en HAD durant laquelle celui-ci présente une situation clinique précise, définie par la combinaison de trois critères médicaux que sont le mode de prise en charge principal, un mode associé (éventuel) et le niveau de dépendance mesuré en 2006 par l'indice de Karnofsky. Le séjour peut être mono séquentiel ou pluri séquentiel si l'état de santé du patient varie. Or, si un mode associé devient principal, la tarification se fait de nouveau à plein taux à cette date et un nouveau délai court. Toutefois, le changement de mode principal en mode associé, et vice versa, doit être documenté.

---

104 4e al. art. L. 313-3 du CASF

105 Circ. WDHOS/03/DGAS/2C/2007/365 du 05 octobre 2007 relative aux modalités d'intervention des structures d'hospitalisation à domicile dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées. p.4

D - Un contrôle de l'activité tout aussi complexe

98. Le contrôle de la facturation et du codage est effectué par l'Assurance maladie sous l'autorité de l'ARS[106]**.** Les médecins contrôleurs doivent vérifier la conformité de ce qui est coté par l'HAD dans le RPSS et valident la séquence ou notent ce qui correspond à un surcodage, un sous-codage, voire à ce qui ne relève pas d'une HAD.

99. Au niveau régional, c'est le directeur général de l'ARS qui décide du programme régional de contrôle, et prend éventuellement les sanctions en cas de manquements. Une commission de contrôle, composée à parité entre l'Etat et l'Assurance maladie, est placée aux côtés du directeur général de l'Agence Régionale de Santé (DG ARS) pour la programmation des contrôles ; elle émet un avis motivé sur le montant des sanctions suivant des modalités réglementaires.

100. Différents outils sont mis à la disposition des contrôleurs par l'Agence Technique de l'Information sur l'Hospitalisation (ATIH) et l'Assurance maladie. Notons pour mémoire : l'outil DATIM HAD (Détection des ATypies de l'Information Médicale), l'outil OSCT (Outil de sélection des séjours pour les contrôles), le Logiciel d'Extraction Des Données de DATIM (LEDDA) qui permet au contrôleur d'extraire des fichiers de séjour à contrôler, l'outil de gestion de contrôle (HAD CONTROLER) qui permet la comparaison entre le codage établissement et le codage contrôleur. Enfin, un outil de suivi des sanctions notifiées par les ARS (SUSANA) permet aux ARS de suivre annuellement les contentieux.

101. Comme on peut le constater, les procédures de facturation et de contrôle de l'Hospitalisation à domicile sont extrêmement complexes et ne

[106] Art. L. 162-22-6 du CSS

permettent pas un contrôle fréquent des établissements de santé. Alors comment se fait le choix des établissements à contrôler ?

102. A l'aide de l'outil MAT2A (Mesure de l'Activité hospitalière Tarification à l'Activité) et de l'outil DATIM HAD, sont sélectionnés les établissements les plus atypiques, tenant compte de leurs spécificités par référence à une base de données nationale. Ce contrôle est effectué suivant une procédure réglementaire[107], comprenant notamment l'avis de l'établissement à contrôler par lettre recommandée avec avis de réception et mentionnant une information sur les activités contrôlées, la période concernée et l'identité du contrôleur. Il est à noter que des sanctions financières peuvent intervenir en cas d'obstacles à la procédure de contrôle, qu'ils portent sur la non transmission des données d'activité nécessaires au contrôle, ou lors de la réalisation du contrôle[108]. Celles-ci ne sont pas de pure forme, pouvant atteindre 5 % des recettes de l'Assurance maladie de l'établissement. Le contrôle se fait dans une procédure contradictoire dans laquelle l'établissement dispose de trente jours après la réception du rapport de contrôle pour le renvoyer signé, accompagné de ses observations et éventuellement une demande d'expertise de l'Agence technique de l'information sur l'hospitalisation (ATIH). A l'expiration de ces trente jours, le contrôleur envoie à l'unité de contrôle régionale (UCR) le rapport accompagné des remarques de l'établissement. Celle-ci renvoie à l'établissement, sous pli recommandé avec accusé d'avis de réception, la réponse aux différentes remarques de l'établissement avec le maintien ou le refus de l'argument, l'acceptation ou le refus motivé de la demande d'expertise de l'ATIH. En cas de refus,

[107] Art. R. 162-42-10 du CSS

[108] « Obstacles à la réalisation du contrôle : (1) l'absence de désignation par le responsable de l'établissement du médecin responsable du DIM, (2) le report répété de la date de contrôle sur site par rapport à la date initialement fixée, (3) la non communication, le jour fixé pour le début du contrôle sur site, du fichier, (4) des dossiers médicaux non préparés ou non communiqués, (5) la non communication des informations permettant de faire le lien entre le numéro de RPSS et le dossier médical, (6) les dossiers administratifs et ou des facturations non communiqués, (7) l'absence de mise à la disposition des contrôleurs d'un local unique dédié et adapté au contrôle (confidentialité, accès aux dossiers patients informatisés, conditions techniques d'utilisation du matériel informatique…), (8) tout obstacle rencontré par les contrôleurs pour la réalisation de copies des éléments médicaux ou administratifs à l'appui de leurs avis ». (Extrait du guide du contrôle externe T2A, de l'hospitalisation à domicile, décembre 2012).

l'établissement dispose de quinze jours pour saisir le directeur général de l'ARS. Ce dernier a un mois pour décider de l'envoi ou non à l'ATIH, qui - en cas de saisine - a un mois pour répondre.

103. En cas d'inobservations dûment constatées des facturations, deux situations peuvent se présenter : selon que ces manquements sont sanctionnables par le directeur général de l'ARS, notamment par leur caractère réitéré et leur gravité, après avis de l'UCR ; ou ne sont que des erreurs de codage ayant entrainé une surfacturation. Dans le premier cas, le directeur général de l'ARS adresse à l'établissement de santé, sous pli recommandé avec avis de réception, la notification de sanction financière ; celui-ci dispose d'un mois pour la contester. Le directeur général de l'ARS peut décider la poursuite de la procédure en saisissant la commission de contrôle qui dispose de deux mois pour rendre ses conclusions. Dans le délai d'un mois après avoir reçu l'avis de la commission, le directeur général de l'ARS prononce une sanction financière dans une lettre recommandée avec avis de réception, cette lettre valant décision administrative. L'établissement a alors deux mois, s'il entend contester la décision, pour saisir le tribunal administratif (TA). Le recours n'est pas suspensif de l'exécution de la sanction, sous réserve de la procédure de référé auprès du président du TA.

104. La sanction est calculée par le directeur général de l'ARS en fonction de la gravité des manquements et de leur réitération. Préalablement, il aura calculé le taux d'anomalies « défini comme le quotient, d'une part, des sommes indûment perçues par l'établissement, déduction faite des sommes dues par les caisses au titre des sous facturations constatées sur l'échantillon ; et, d'autre part, des sommes dues par l'Assurance maladie au titre de la totalité des facturations de l'échantillon[109] ». Cette sanction financière doit être inférieure à 5 % des recettes d'Assurance maladie de l'année antérieure au contrôle[110].

[109] Guide de l'évaluation externe de la T2A de l'HAD, déc.2012, p.44
[110] Art. R. 162-42-12. CSS

105. Si les erreurs constatées sont commises de bonne foi, la Caisse d'assurance maladie dont relève l'établissement de santé procède à la récupération des sommes indûment perçues, sur la base des informations fournies par l'UCR. Il peut être procédé aussi à une compensation entre la surfacturation et la sous-facturation.

E – Une offre de soins en HAD et perspectives

106. Le développement des structures d'HAD a été facilité par la circulaire du 4 septembre 2003, notamment en faisant disparaître le « taux de change » (article 8) qui consistait en la transformation de lits d'hospitalisation en places de HAD[111]. En outre, l'article 12 de l'ordonnance supprime le principe de l'opposabilité de la carte sanitaire à la création de nouvelles places.

107. L'HAD est reconnue comme une matière autonome puisqu'elle doit figurer dans un volet spécifique dans le SROS (Schéma régional d'organisation sanitaire), précisant les implantations prévues par territoire de santé[112] et faisant l'objet d'une programmation régionale.

108. Le nombre de places autorisées en HAD s'élevait en 2007 à 9 067, contre 3 908 en 1999[113]. Les objectifs gouvernementaux fixent la capacité de l'HAD à 15000 places à horizon 2010[114]. L'offre de soins en HAD est inégalement répartie sur le territoire français puisque l'Île-de-France concentre à elle seule un tiers des places et la moitié de l'activité d'HAD y est réalisée, pour une population qui ne représente que 18,5 % de la population

[111] Ord. n°2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation NOR: SANX0300081R

[112] Arr. du 27 avril 2004 pris en application des art. L. 6121-1 du CSP fixant la liste des matières devant figurer obligatoirement dans les schémas régionaux d'organisation sanitaires NOR: SANH0421524A

[113] Circ.WDHOS/03/DGAS/2C/2007/365 du 05 octobre 2007 cit.

[114] AFRITE (A.) et coll. « Les structures d'hospitalisation à domicile en 2006 » *DREES* N° 697 • juillet 2009, p2.

métropolitaine. L'hospitalisation en HAD est encore peu répandue. Un département sur cinq ne dispose toujours d'aucune structure d'accueil en HAD. On constate aussi une concentration des structures en zones urbaines au détriment des zones rurales. Les statuts juridiques sont également différents.

109. En 2006, le secteur public réalise 38 % des 84 983 séjours en HAD contre 60 % pour le secteur privé à but non lucratif. En 2006, le secteur privé à but lucratif investissait peu le marché de l'HAD puisqu'il ne représentait que 2 % des séjours. Le développement de la structure HAD est encouragé par le ministère de la santé. Les chiffres publiés dans un *flyer* d'information à destination d'éventuels nouveaux acteurs montre le chemin parcouru : « 311 établissements contre 123 en 2005 soit +153 % ; 105 000 patients soit +200 % depuis 2005 ; 4,3 millions de journées soit +190 % depuis 2005 ; un coût global de 859 M€ soit +200 % depuis 2005 » et celui qui reste à faire : « Pour autant, il reste encore du chemin à parcourir : en 2014, la moyenne était de 18,5 patients en HAD par jour pour 100 000 habitants. Un constat pour expliquer ce retard : l'HAD s'inscrit dans un secteur au positionnement et aux possibilités mal connus des prescripteurs eux-mêmes[115] ».

110. Ce sont principalement les soins liés à la périnatalité qui constituent le plus de prise en charge en HAD avec 22,4 % des séjours. Viennent ensuite les soins techniques de cancérologie avec 19 % des séjours, et 15 % des séjours sont réalisés en soins palliatifs. Ces trois modes de prise en charge représentent 56 % des séjours réalisés en HAD[116].

111. Les soins palliatifs sont la deuxième cause de la prescription d'une HAD. Les malades, mais surtout leurs familles, souhaitent une fin de vie à la maison. 42 % des prises en charge sont des cas graves ou dont l'état de santé s'aggrave au cours du séjour[117].

---

[115] *Flye*r mis en ligne par la DGOS en 2015, http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Flyer_SSA_2015_-_A4_-_HAD.pdf

[116] DREES n° 697, op.cit, p.5

[117] SENTILHES-MONKAM (A.), *L'hospitalisation à domicile, une autre manière de soigner*, Paris : L'Harmattan, 2008, coll. Ethique et pratique médicales

112. Les malades comme leurs familles semblent être satisfaits de l'HAD, alternative à l'hospitalisation complète, en retardant, raccourcissant ou évitant le séjour dans une structure hospitalière[118].

113. L'analyse du Centre de Recherche, d'Etudes et de Documentation en Economie de la Santé (CREDES, devenu IRDES), en 1994, montrait que 90 % des patients étaient satisfaits notamment parce qu'ils étaient dans leur cadre de vie habituel, entourés de leurs proches, mais aussi parce ce que le personnel était qualifié et compétent (76 %)[119]. Il aurait été intéressant de voir la variation de ce taux de satisfaction dans une nouvelle étude dont nous ne disposons pas, mais les résultats des enquêtes de satisfaction réalisées par des structures d'HAD montrent un niveau de satisfaction élevés.. Toutefois, un motif d'insatisfaction est le temps consacré aux malades puisque le personnel semble être pris dans « une injonction contradictoire, un temps limité pour du soin sur mesure[120] » ne laissant de la place que pour des soins techniques et peu pour répondre aux questions les plus complexes. Ainsi, les malades sont-ils vécus par les équipes soignantes comme "faciles" ou "difficiles", suivant les questions auxquelles les infirmières répondent ou lorsque les questions restent en suspens[121].

114. Une des difficultés de développement des HAD tient dans la pénurie des professionnels, et notamment des infirmières, à qui l'on demande d'avoir non seulement des qualités : « Leur capacité d'adaptation, leur autonomie et leur sens de la relation sont des atouts indispensables[122] », mais de plus, elles doivent justifier d'une expérience de plusieurs années et éventuellement d'une poly-spécialisation.

---

[118] ALIGON (A.), COM-RUELLE (L.), RAFFY-PIHAN (N.), *« L'hospitalisation à domicile : un patient à satisfaire ?*» In Informations Hospitalières, n° 52, 2000/03, p. 16-21

[119] COM-RUELLE (L.), RAFFY (N.) « Quel avenir pour l'hospitalisation à domicile ? Analyse des freins et des facteurs en faveur de son développement », *CREDES*, Biblio n°998.

[120] SENTILHES-MONKAM (A.), op. cit. p 43

[121] LAURIEC (T.), *L'école à l'envers, Former des enseignantes en infirmerie,* Paris : Ed. Lamarre, 1992

[122] SENTILHES-MONKAM (A.), op. cit. p 50.

115. Une autre difficulté tient de la réticence des médecins traitants qui voient leur responsabilité s'accroître sans une délimitation claire entre la leur et celle des médecins hospitaliers. De plus, ils ont à collaborer avec des soignants salariés d'une structure, alors qu'ils travaillent habituellement dans un réseau de soins d'infirmiers libéraux. La nature même des soins à prodiguer dans une HAD dépasse souvent ce qu'ils ont l'habitude de faire, notamment dans la prise en charge de la douleur des patients qui demande de consacrer plus de temps. L'instauration d'un forfait pour affection de longue durée et de soins palliatifs, pour prendre en compte ce temps inhabituel mais nécessaire, serait de nature à lever les résistances.

116. Du point de vue économique, l'HAD est intéressante à développer, si l'on compare les coûts des soins similaires, avec l'hospitalisation en soins de suite et de réadaptation (SSR). En effet, lorsque les conditions psychosociales sont favorables, le coût d'une journée pour les financeurs publics est, en moyenne, 50 % plus élevé en SSR. Or, deux tiers des journées réalisées en établissements de SSR en 2003 pouvaient être techniquement effectuées en hospitalisation à domicile[123].

117. Le développement de l'HAD ne doit pas se faire sans porter une attention au soutien des familles, sans lesquelles l'HAD serait vouée à l'échec. En effet, le temps moyen par semaine, passé par une équipe soignante comprenant celui des infirmières, des aides-soignants et le temps de coordination nécessaire, est de onze heures. Ce temps est quelque peu augmenté avec la gravité de l'état de santé du patient. C'est dire que le reste du temps, c'est l'aidant familial dans 85 % des cas, dont 50 % le conjoint, qui doit assumer les soins de nursing, les actes essentiels de la vie courante, le soutien moral. Les femmes sont deux fois moins bénéficiaires que les hommes, « les femmes les soignent au domicile[124] ».

---

[123] AFRITE (A.), COM-RUELLE (L.), OR (Z.), RENAUD (T.), *Soins de réhabilitation et d'accompagnement : une analyse comparative des coûts d'hospitalisation à domicile et en établissement* Institut de Recherche et Documentation en économie de la Santé Biblio n° 1689 Juin 2008

[124] SENTILHES-MONKAM (A.), op. cit. p 45.

118. C'est souvent une vulnérabilisation de la famille qui s'installe petit à petit. On retrouve ce phénomène de *burn out* chez les aidants familiaux de personnes handicapées très dépendantes. Des innovations en matière de droit au répit devraient pouvoir être trouvées.

§2 - Les Services de soins infirmiers à domicile (SSIAD).

A - Organisation et conditions d'accès

119. Bien que l'intitulé de ces services comporte les termes de soins et infirmiers qui évoquent davantage l'aspect sanitaire que social, l'article L.312-1 du CASF les classe dans les services médico-sociaux[125].

120. Les services de soins infirmiers à domicile relèvent du décret n° 2004-613 du 25 juin 2004 relatif aux conditions techniques d'organisation et de fonctionnement des services de soins infirmiers à domicile, des services d'aide et d'accompagnement à domicile et des services polyvalents d'aide et de soins à domicile, complété par la circulaire DGAS/2 C n° 2005-111 du 28 février 2005 relative aux conditions d'autorisation et de fonctionnement des services de soins infirmiers à domicile[126]. Ce décret ouvre l'accès des services non seulement aux personnes de plus de soixante ans, malades ou dépendantes, mais aussi aux personnes de moins de soixante ans atteintes de pathologies chroniques ou en situation de handicap.

[125] Art. L312-1 du CASF : « Les établissements ou services qui assurent l'accueil et l'accompagnement de personnes confrontées à des difficultés spécifiques en vue de favoriser l'adaptation à la vie active et l'aide à l'insertion sociale et professionnelle ou d'assurer des prestations de soins et de suivi médical, dont les centres de soins, d'accompagnement et de prévention en addictologie, les centres d'accueil et d'accompagnement à la réduction des risques pour usagers de drogue, les structures dénommées " lits halte soins santé " et les appartements de coordination thérapeutique »

[126] Il abroge le D. n° 81-448 du 8 mai 1981 relatif aux conditions d'autorisation et de prise en charge des services de soins à domicile pour personnes âgées.

121. La capacité des SSIAD[127] a fortement augmenté depuis leur création (3 500 places seulement en 1980), mais reste encore insuffisante au regard des besoins de la population[128]. En 2005, le gouvernement estimait « que seulement 30 % des besoins déclarés par les personnes âgées sont satisfaits [129] ». Néanmoins, aucun outil ne permettait en 2005 de mesurer exactement les besoins et les offres en matière d'aide à domicile pour les personnes âgées. En 2015 on ne dispose toujours pas de moyens d'évaluer les besoins en places de SSIAD pour les personnes âgées. Toutefois, entre 2008 et 2012, on a pu constater une augmentation de 16% des places[130]. Nous ne disposons pas de données plus récentes depuis 2012.

122. Les SSIAD peuvent assurer, sur prescription médicale, des soins techniques correspondant à des soins infirmiers cotés en actes médico-infirmiers définis dans la nomenclature générale des actes professionnels (NGAP) et des soins d'entretien et de continuité de la vie, dénommés soins de base. Les soins de base les plus fréquents sont : la toilette, l'aide à la mobilisation et les transferts, la prévention d'escarres, ainsi que la surveillance des fonctions d'élimination.

123. Il s'agit dès lors de compenser une dépendance qui compromettrait la vie à domicile. La circulaire insiste sur le fait que les soins dispensés doivent respecter les « habitudes de vie, des coutumes et valeurs de la personne soignée ». Cette recommandation préfigure le respect du projet de vie de la personne en situation de handicap inscrit dans la loi dite « handicap » du 11 février 2005.

124. Ainsi, étaient considérées comme personnes handicapées les personnes ayant acquis ce statut par une décision de la COTOREP pour les

[127] Le nombre de places installées peut être différent de celui des places autorisées, qui correspond au nombre maximum de places que le SSIAD peut offrir en théorie et est fixé par arrêté préfectoral.
[128] Données de la DGAS in rapport du Sénat « *Construire le cinquième risque : le rapport d'étape* », Rapport d'information n° 447 (2007-2008).
[129] Communication du 7 mars 2005 consacrée au lancement d'une campagne d'information sur les métiers liés à l'aide aux personnes âgées in rapport de la Cour des comptes p51
[130] PINVILLE (M.), Rapport Sénat sur PLFSS 2015, Tome III Médico-social.

adultes, ou de la CDES pour les enfants. La loi du 11 février 2005 a supprimé ces deux commissions administratives pour les fondre en une seule commission des droits de l'autonomie pour personnes handicapées (CDAPH), et en fixant des critères plus objectifs du handicap, notamment une altération substantielle et durable.

125. Sont également éligibles à ces services, les personnes titulaires d'une pension d'invalidité (1re, 2e, 3e catégorie) ou d'une rente accident de travail (art. L. 434-2 du Code de la sécurité sociale) ou d'une pension relevant du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre ou d'une carte d'invalidité prévue à l'article R. 389-1 du même Code.

126. Les affections neurologiques invalidantes, (accidents vasculaires, syndromes parkinsoniens, sclérose en plaques, déficits neurologiques post-traumatiques ou non), les pathologies locomotrices invalidantes dont les pathologies traumatiques (les fractures) et les affections rhumatismales et les syndromes démentiels représentent les trois grands groupes de pathologies motivant la prise en charge initiale.

127. Ces services sont soumis à la procédure d'autorisation prévue par l'article L. 313-1 du Code de l'action sociale et des familles. Les services existants et demandant la transformation des places autorisées de prise en charge de personnes de plus de soixante ans en places pour personnes de moins de soixante ans, ou une extension pour ce nouveau public, devaient solliciter l'autorisation du Préfet après avis obligatoire du CROSMS (Comité régional des organisations sociales et médicosociales)[131].

128. Toutefois, si cette transformation concerne moins de 30 % de l'effectif, les structures peuvent bénéficier de la mesure simplifiée mentionnée au deuxième paragraphe de l'article L. 313-1 du Code de l'action sociale et des familles.

[131] Ils entrent maintenant dans la procédure d'appel à projets de la loi HPST.

B - <u>Un personnel pluridisciplinaire</u>

129. S'agissant de soins infirmiers, le personnel comprendra des personnels soignants salariés de la structure ou libéraux conventionnés avec celle-ci. La nécessité d'un infirmier coordonnateur est affirmée pour, non seulement coordonner les actions des différents intervenants salariés, mais aussi celles des libéraux conventionnés. C'est « la clé de voûte » du dispositif de soins infirmiers à domicile[132]. Par ailleurs, il a une mission d'évaluation des besoins de soins des personnes suivies, d'élaboration et mise en œuvre des projets individualisés de soins et d'organisation du travail des aides-soignants et des aides médico-psychologiques.

130. Une difficulté pourra surgir de la différenciation des rôles des aides-soignants et des aides médico-psychologiques dans le travail de « nursing », autrement dit l'ensemble des « interventions qui visent à compenser partiellement ou totalement un état de dépendance d'une personne, afin de maintenir ses fonctions vitales et de lui permettre de recouvrer son autonomie ». En effet, la circulaire ne fait qu'une vague référence aux « limites de la qualification qui leur est reconnue du fait de leur formation ».

131. Le service peut s'adjoindre des psychologues et des ergothérapeutes salariés, dans le cadre du forfait de soins ne relevant pas par ailleurs de la nomenclature des soins pris en charge par l'Assurance maladie. Par contre, d'autres professionnels libéraux tels les infirmiers et les pédicures podologues peuvent passer convention, et pour ces derniers, il est laissé à l'appréciation discrétionnaire de l'infirmier coordonnateur sans qu'en soient précisés les critères, si la prise en charge relève ou non du forfait de soins du service.

---

[132] Circ. DGAS/2 C n° 2005-111 du 28 février 2005 relative aux conditions d'autorisation et de fonctionnement des services de soins infirmiers à domicile

132. Notons que ces services peuvent intervenir dans les établissements non médicalisés de moins de vingt-cinq places autorisées ayant un GMP supérieur à 300[133] et n'ayant pas signé de convention tripartite. La tarification est alors particulière pour prendre en compte le regroupement sur un même lieu de plusieurs patients. Toutefois, les SSIAD doivent être prioritairement à destination des malades à leur domicile.

133. Pour que les bénéficiaires soient assurés d'une continuité des soins au moment où c'est nécessaire, il est fait obligation aux services de trouver une organisation qui permette de répondre aux besoins, soit par un dispositif d'astreintes du personnel infirmier, soit par conventionnement avec un infirmier libéral.

134. Cette articulation avec le secteur libéral se manifeste aussi par la régulation de l'offre de soins infirmiers au niveau infra régional. Le nouveau dispositif[134] prend en compte les écarts importants de densité entre les départements quant à la répartition géographique de cette offre de soins infirmiers. Ainsi, toute création ou extension de SSIAD doit s'appuyer auparavant sur une évaluation des besoins et de l'offre sur un territoire donné, bassin de vie, canton etc. Ce diagnostic aura pour critères, ceux arrêtés par les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale, notamment la part de la population locale de plus de soixante-quinze ans. Cinq zones sont délimitées suivant l'offre de soins : très sous-dotées, sous-dotées, dotations intermédiaires, très dotées, sur-dotées. Deux conséquences en sont tirées : la première est que la création ou l'extension de SSIAD doit intervenir dans des zones à faible densité d'infirmiers libéraux, la seconde est que dans les zones définies comme sur-dotées, il n'y aura pas de création de SSIAD si deux critères cumulatifs ne sont pas réunis : aucune place de SSIAD n'est déjà autorisée et l'offre de soins existante n'est pas en mesure de répondre à

[133] Le groupe iso ressources sert à mesurer le degré de dépendance des personnes âgées, des plus dépendants GIR1 aux moins dépendants GIR6. Dans un établissement le GMP sert à calculer le taux de dépendance moyen dans l'établissement.

[134] Circ. n° DGAS/2C/DSS/MCGR/DHOS/O3/2009/05 du 29 janvier 2009 relative aux modalités d'autorisation des services de soins infirmiers à domicile et leur articulation avec le dispositif de régulation du conventionnement des infirmières libérales, NOR : SJSS0930066C

l'ensemble des besoins. Cette condition s'apprécie en fonction d'une population rencontrant des difficultés d'accès aux soins, d'une possibilité de coopération entre les infirmiers libéraux et les SSIAD, et en tenant compte de la totalité de l'offre de services médico-sociaux. Dans les zones denses, les SSIAD sont incités à passer des conventions de prestations avec les infirmiers libéraux plutôt que de salarier des infirmiers supplémentaires.

135. Dans le cadre du plan Alzheimer 2008-2012, la mesure 6 prévoyait une prise en charge adaptée à domicile afin de permettre à la personne malade de continuer à vivre à son domicile si elle le désire. Les SSIAD sont invités à constituer une équipe de professionnels formés aux soins d'accompagnement et de réhabilitation de personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer (ergothérapeute et/ou psychomotricien assistés par des assistants de soins en gérontologie). « Ces équipes réalisent sur prescription médicale des séances de soins de réhabilitation et d'accompagnement permettant le maintien et la stimulation des capacités restantes, l'apprentissage de stratégies de compensation, la diminution des troubles du comportement, ainsi que l'amélioration de la relation patient-aidant et une adaptation de l'environnement de nature à maintenir ou à améliorer le potentiel cognitif, moteur et sensoriel des malades ainsi que leur sécurité. Cette prestation intervient généralement pour des personnes en début de maladie ou lorsqu'un soutien ponctuel est nécessaire, notamment en cas de survenue de crise[135] ».

136. Une équipe spécialisée pluridisciplinaire doit être composée des personnels suivants :

- infirmier coordinateur en charge des partenariats, de l'évaluation de base et de la coordination des interventions et du suivi de celles-ci (0,25 ETP) ;
- ergothérapeute et/ou psychomotricien en charge de la réalisation de l'évaluation des capacités du malade, des séances de soins de

[135] Circ. n° DGCS/SD3A/2011/110 du 23 mars 2011 relative à la mise en œuvre des mesures médico-sociales du Plan Alzheimer (Mesure 6), NOR : SCSA1108307C

réhabilitation et d'accompagnement et du bilan adressé au médecin traitant (1 ETP) ;

- assistants de soins en gérontologie (ASG) qui réalisent pour partie les soins de réhabilitation et d'accompagnement sur la base de l'évaluation et des objectifs assignés par l'ergothérapeute et/ou le psychomotricien (1,5 ETP).

137. Dédiées aux interventions à domicile, ces équipes, d'une part ne peuvent pas réaliser d'actions collectives propres aux accueils de jour, d'autre part elles peuvent intervenir dans les établissements de personnes âgées (EHPA), mais pas dans les établissements de personnes âgées dépendantes (EHPAD) dans lesquels des dispositifs doivent être prévus.

138. Les bénéficiaires des équipes spécialisées, patients ou familles, pourraient regretter le peu de temps qui leur est consacré puisqu'il n'est prévu qu'une intervention par semaine pour une durée moyenne d'une heure. L'intervention est limitée dans le temps : trois mois par an renouvelables.

C - Un financement différencié

139. Les dispositions budgétaires différencient, dans la nomenclature comptable des établissements et services sociaux et médico-sociaux publics et privés, les services pour personnes de plus de soixante ans, en créant un compte 73151 « Forfait de soins SSIAD - personnes âgées » et un compte 73152 « Forfait de soins SSIAD - personnes handicapées ».

140. Les structures sont invitées à différencier dans leur budget les deux financements afin de permettre une identification des dotations sans possibilité de fongibilité. Il n'est demandé aucune participation financière aux bénéficiaires de ces services.

141. Les coûts de fonctionnement des SSIAD sont pris en charge intégralement par l'Assurance maladie sous la forme d'un forfait global de soins qui recouvre les dépenses relatives à la rémunération du personnel salarié du service, les frais de déplacements de ces personnels, les honoraires versés aux infirmiers libéraux, les frais généraux de fonctionnement des services (loyer, assurances, fournitures diverses).

142. Les équipes spécialisées pour la prise en charge des personnes malades d'Alzheimer au sein des SSIAD sont financées sur la base d'un forfait de 150.000 euros par an, correspondant à dix équivalents/place, soit la prise en charge d'au moins trente personnes à un instant donné, sur la base d'une intervention par semaine auprès de chaque malade, (soit X personnes prises en charge en équipe spécialisée x 5000 euros = 150.000 euros). Le financement d'une place doit permettre la prise en charge hebdomadaire de plusieurs personnes. Ainsi, trois personnes sont prises en charge sur une place si la prestation ne nécessite pas de soins de nursing ni de soins infirmiers. La structure porteuse justifiera du nombre de patients par place et par semaine. Le financement fait l'objet d'un budget annexe du SSIAD.

§3 - Les services d'aide et d'accompagnement à domicile (SAAD)

A - Organisation et conditions d'accès

143. Les premiers services d'auxiliaires de vie ont été créés par voie de circulaire le 29 juin 1981[136]. Ils avaient pour objectif d'aider des personnes très dépendantes pour les actes élémentaires de la vie quotidienne, tels les levers, couchers, toilettes, nutrition, pour un maintien en milieu de vie ordinaire. L'aspect matériel était certes important, mais il était précisé aussi que cette aide devait contribuer à maintenir les liens entre la personne et son environnement.

[136] Circ. n° 81-15, 29 juin 198, BO Aff. soc. n° 81/28, 11 août 1981.

Initialement prévus pour des personnes handicapées, ces services ont étendu leur offre de service à des personnes âgées dépendantes.

144. Depuis la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002[137], ces services sont entrés dans le champ des institutions sociales et médico-sociales. Le financement est assuré par dotation globale ou à la prestation selon un système de prise en charge horaire.

145. Les SAAD ont été intégrés par l'article 312-1 du CASF parmi les établissements et services sociaux et médicosociaux, puisqu'ils :

« … accueillent des personnes âgées ou leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale »

« …accueillent des personnes adultes handicapées, quel que soit leur degré de handicap ou leur âge, ou des personnes atteintes de pathologies chroniques, leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale ou bien qui leur assurent un accompagnement médico-social en milieu ouvert[138] ».

146. L'article D312-6 du CASF donne trois missions à ces services, mais de manière peu précise quant aux modalités :

1° soutien à domicile ;

2° préservation ou restauration de l'autonomie dans l'exercice des activités de la vie quotidienne ;

3° maintien et développement des activités sociales et des liens avec l'entourage.

147. Les bénéficiaires de ces services sont les mêmes que ceux des SSIAD à savoir :

[137] L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, NOR: MESX0000158L
[138] Art. L312-1 CASF modifié par L. n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 15, JORF 7 mars 2007 entré en vigueur le 1er janvier 2009

- des personnes adultes de moins de 60 ans présentant un handicap ;
- des personnes adultes de moins de 60 ans atteintes de pathologies chroniques invalidantes ou présentant une affection comportant un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse.

148. A partir d'un projet personnalisé élaboré à partir d'une évaluation globale des besoins de la personne, ces services assurent des prestations de services ménagers et des prestations d'aide à la personne pour les activités ordinaires de la vie et les actes essentiels de la vie quotidienne Ils ne peuvent assurer les soins infirmiers dévolus au SSIAD. Les organismes gestionnaires peuvent être publics (CCAS), associatifs ou privés à but lucratif.

B - Un financement complexe et inadapté aux besoins des personnes

149. Le financement diffère non seulement en fonction du public aidé: personnes âgées ou personnes handicapées, mais aussi du type de prestation fournie. La solvabilisation des bénéficiaires est réalisée partiellement par la collectivité avec un reste à charge particulièrement important pour les personnes.

150. Les services adhérents de la branche de l'aide à domicile relèvent du champ de l'agrément ministériel prévu par l'article L. 314-6 du Code de l'action sociale et des familles et leur financement se répartit entre les Conseils généraux, auxquels les conventions collectives de travail et les accords salariaux, agréés sur le fondement de l'article précité, sont opposables; et les organismes de Sécurité sociale, notamment pour les personnes âgées : la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS),

qui fait application d'un taux horaire assorti d'un barème de participation à la charge des bénéficiaires.

151. Le décret n° 2003-1010 du 22 octobre 2003[139] institue les modalités du financement des services d'aide à domicile par les départements. La première fixe une tarification horaire pour chaque service et par catégorie d'emplois (aides à domicile; auxiliaires de vie sociale et aides médico-psychologiques; techniciens d'intervention sociale et familiale), en fonction du coût horaire, des frais de structure et du montant des rémunérations et frais de coordination. La seconde détermine, par voie de convention passée entre le département et le service d'aide à domicile, une dotation globale de financement, avec possibilité pour les organismes de Sécurité sociale d'être associés à cette convention, afin d'incorporer dans le versement de la dotation, le montant des sommes versées par ces organismes, au titre de leur action sanitaire et sociale.

Les fédérations d'aide à domicile dénoncent le principe du coût horaire qui ne tient pas compte des délais de déplacement des personnels.

152. Les services à domicile connaissent des difficultés financières depuis plusieurs années. Les différents rapports produits par la mission conjointe IGAS/IGF, ainsi que le rapport de la parlementaire, députée des Ardennes, Madame Bérengère Poletti[140], le confirment. Tous constatent une inadaptation du système actuel de tarification, mais les avis divergent quant à la solution. Ainsi, si les fédérations d'associations gestionnaires et l'assemblée des départements de France (ADF) réclament un financement par budget annuel global, les rapports IGAS/IGF et Poletti préconisaient plutôt la tarification horaire basée sur les prestations fournies. Devant la difficulté du choix du mode de financement, une expérimentation fut permise par la loi de finances pour

[139] Art. 135 et suiv. D. n°2003-1010 du 22 octobre 2003 relatif à la gestion budgétaire, comptable et financière, et aux modalités de financement et de tarification des établissements et services sociaux et médico-sociaux mentionnés au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, et des établissements mentionnés au 2° de l'article L. 6111-2 du code de la santé publique. NOR: SOCA0323026D

[140] POLETTI (B.) « Mission relative aux difficultés financières de l'aide a domicile et aux modalités de tarification et d'allocation de ressources des services d'aide à domicile pour publics fragiles ». Janvier 2012 http://www.social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapportPoletti.pdf

2012[141] portant sur les modalités de tarification des SAAD autorisés intervenant auprès des personnes âgées ou handicapées, à compter du 1er janvier 2012 pour une durée maximale de trois ans. D'une part, la loi prévoyait un financement exceptionnel d'aide aux organismes gestionnaires pour un retour à l'équilibre budgétaire, la CNSA étant chargée de gérer cinquante millions d'euros en deux tranches, versées en 2012 et 2013 pour la restructuration des services d'aide et d'accompagnement à domicile[142]. Elle prévoyait en outre la possibilité d'expérimentations avec les SAAD autorisés ou agréés intervenant auprès des personnes âgées ou handicapées, avec des départements volontaires pour une durée maximale de trois ans. Un cahier des charges en précisait les modalités[143]. Il s'agissait ici de trouver une alternative au système actuel insatisfaisant, qui prévoyait la tarification horaire définie aux articles R. 314-130 et suivants du Code de l'action sociale et des familles. Deux modalités étaient ainsi expressément prévues :

- une tarification à l'activité et aux services rendus sous la forme d'un forfait global négocié en application d'un cahier des charges national fixé en annexe 2 de l'arrêté (mode de tarification préconisé par l'Association des départements de France et collectif des 14)[144];
- une tarification horaire en fonction du type de prestations rendues en application de l'annexe 3 de l'arrêté (tarification préconisée par les rapports IGAS/IGF et Poletti).

[141] L. n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012 NOR: BCRX1125684L , JORF n°0301 du 29 décembre 2011 page 22441 texte n° 1

[142] Art. 150 I loi de finances pour 2012 précit.

[143] Arr. du 30 août 2012 fixant le cahier des charges des expérimentations relatives aux modalités de tarification des services d'aide et d'accompagnement à domicile et le contenu du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens mentionné au 1° du I de l'article 150 de la loi du 28 décembre 2011 de finances pour 2012

[144] Il s'agit du collectif de 14 associations gérant des services à domicile : ADESSA A DOMICILE, AD-PA, Aînés Ruraux, APF, CFPSAA, Croix-Rouge française, FNAAFP-CSF, FNADEPA, FNAQPA, Mutualité Française, UNA, UNCCAS, UNIOPSS, USB Domicile

C- Une expérimentation des financements et son évaluation.

153. Les expérimentations peuvent porter sur les activités d'accompagnement, soit des personnes âgées ou des personnes handicapées, soit conjointement des deux publics. Elles peuvent prévoir des aménagements aux modalités de solvabilisation des personnes utilisatrices des services, notamment par l'APA et la PCH, et, avec l'accord de ces dernières, par les caisses de retraite. Des aménagements aux modalités de participation des usagers sont également possibles, définis à l'article R. 232-11 du CASF.

154. Un contrat d'objectifs et de moyens pour le retour à l'équilibre budgétaire est établi pour trois ans, révisé annuellement au regard de l'évaluation de l'activité du service. Il fixe notamment le niveau de qualification des personnels d'intervention en fonction du niveau de classement en groupe iso-ressources (GIR) des personnes âgées prises en charge et des personnels relevant des « fonctions support ». Il prévoit également les temps appelés « temps plafond » consacrés aux heures payées hors temps d'intervention directe auprès de l'usager. Le CPOM associe les caisses de retraite (CARSAT, MSA, RSI) si celles-ci financent pour leurs ressortissants.

155. Ces nouvelles dispositions ne doivent pas aggraver la situation financière des bénéficiaires des services, notamment leur reste à charge. Ce nouveau mode doit leur être présenté pour un accord de participation. Les nouveaux bénéficiaires peuvent choisir librement, le cas échéant, un autre service agréé ou autorisé ayant d'autres modalités de tarification.

156. Pour l'expérimentation d'un financement et d'une tarification sous forme d'un forfait global négocié, le cahier des charges est particulièrement exigeant. En effet, l'engagement des services à domicile envers les usagers prévoit que ces derniers aient le même droit d'accès au service quel que soit le lieu d'habitation. Si les besoins de la personne l'exigent, le service doit pouvoir intervenir 24 h sur 24 et sept jours sur sept. Le service s'engage aussi à faire intervenir, si besoin, d'autres professionnels qualifiés

pour répondre à des besoins spécifiques (psychologue, ergothérapeute…). De même, le service peut être mandaté en matière d'aménagement du logement et gestion des aides techniques. Enfin, il n'est pas oublié le soutien qu'il convient de faire aux aidants familiaux par une écoute et un accompagnement, si nécessaire.

157. La participation financière de l'usager est forfaitisée en fonction, soit de son plan d'aide en volume d'heures, soit en fonction de ses ressources. Elle ne variera pas quels que soient les différents prix de revient horaires des différents services dans le département.

158. L'expérimentation doit être évaluée par un comité de pilotage mené conjointement par la Direction générale de la cohésion sociale et l'Assemblée des départements de France. D'ores et déjà, chacun de ces deux modes présente avantages et inconvénients en fonction de la nature des entreprises, selon qu'elles soient des entreprises à but lucratif ou non lucratif, de gestion associative ou publique. En effet, les entreprises à vocation sociale préfèrent la sécurité de gestion d'un budget global plutôt qu'un budget soumis à la fluctuation de l'offre et de la demande. Les entreprises marchandes à but lucratif, quant à elles, ont plutôt intérêt à choisir le financement horaire qui tiendra compte de leur compétence à développer l'attractivité de leurs services, et donc du chiffre d'affaires. Par contre, elles n'ont pas intérêt à entrer dans un cadre exigeant la disponibilité d'un service public 24 h sur 24 et 7 jours sur 7 pour un même budget, la contrainte de la négociation avec un financeur, ni la procédure d'autorisation plus contraignante que la procédure d'agrément. Ce sont là deux logiques complètement différentes, l'une reposant sur la régulation des pouvoirs publics, l'autre sur la loi du marché. Ainsi, l'expérimentation laissée au choix des services à domicile risque-t-elle d'être faussée si le choix se porte sur le budget global pour les entreprises sociales et la tarification horaire pour les entreprises commerciales. Au terme de l'expérimentation, il est probable qu'existera la juxtaposition des deux modes de financement selon la nature juridique de l'entreprise.

159. Le rapport de l'IGAS[145] d'avril 2015 sur cette expérimentation montre la diversité des solutions retenues par les départements. Il s'attarde principalement sur la solvabilisation des plans d'aide de l'APA et accessoirement mentionne les plans de la PCH.

a) Méthodologie et pilotage de l'expérimentation

Le rapport relève tout d'abord la difficulté de l'expérimentation due :

- d'une part, par un pilotage national complexe comprenant de nombreuses fédérations professionnelles, les diverses directions de l'Administration centrale, les représentants des caisses nationales
- et d'autre part par un désaccord sur l'objet même de l'expérimentation entre l'Etat et l'ADF. Pour le premier, l'expérimentation doit porter sur l'ensemble de l'arrêté[146] dans toutes ses annexes :

➢ « expérimentation d'un financement et d'une tarification sous forme d'un forfait global négocié » (annexe 2)

➢ « expérimentation d'une tarification horaire, assortie le cas échéant d'une dotation de valorisation de missions d'intérêt général spécifiques » (annexe 3).

Pour la seconde, l'annexe 3 doit être exclue de l'expérimentation.

160. Par ailleurs, les rapporteurs notent que les objectifs de pilotage définis à l'annexe 4 ne sont pas accompagnés de modalités pratiques ayant fait consensus entre les pilotes. Il s'en suit un manque d'harmonisation dans la conduite des expérimentations avec des logiques différentes. Le rapport

[145] BRANCHU (Ch.), JAOUEN (V.), NAVES (P.), « Evaluation des expérimentations relatives à la tarification des services d'aide et d'accompagnement à domicile », *Rapport 2014-130 IGAS,* Avril 2015

[146] Arrêté du 30 août 2012 fixant le cahier des charges des expérimentations relatives aux modalités de tarification des services d'aide et d'accompagnement à domicile et le contenu du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens mentionné au 1° du I de l'article 150 de la loi du 28 décembre 2011 de finances pour 2012 .NOR: AFSA1220129A

souligne aussi le manque de remontées au niveau national des comités de pilotage locaux.

b) La tarification des SAAD

161. La motivation première retenue par les rapporteurs ayant conduit les Conseils généraux à expérimenter est la maîtrise de la dépense publique. Pour ce faire il est nécessaire de faire évoluer les procédures de tarification notamment la mise en place d'indicateurs permettant de mieux connaitre le fonctionnement des SAAD et de les comparer entre eux. Malheureusement, l'incompatibilité des systèmes informatiques des SAAD et ceux des Conseils généraux compromettent ce dernier objectif, « en effet, si les systèmes retenus par les SAAD ne sont pas interopérables[147] avec les systèmes du conseil départemental ou si les systèmes ne permettent pas l'extraction aisée des indicateurs attendus, les échanges d'information sont complexes, voire quasi impossibles [148] ».

162. L'option de la tarification par une dotation globale, dans un traitement équitable des services nécessite la mise en place de paramètres complexes que dénoncent les SAAD. Ainsi, lors de la signature des CPOM[149] convient-il de prendre en compte[150] non seulement le volume prévisionnel d'heures d'intervention, le reste à charge de l'utilisateur mais aussi le niveau de dépendance mesurée par le GIR moyen pondéré pour la personne âgée, la distance entre les interventions, la fragmentation de la prise en charge, le niveau de qualification des personnels sans oublier « les temps consacrés à la participation à des réunions de concertation ou d'analyse des pratiques pour améliorer les prises en charge et lutter contre l'isolement des intervenants[151] ». Il est même inventé un nouvel outil destiné à cerner davantage les besoins de

[147] L'interopérabilité est l'objet de la recommandation n°6 du rapport, p.50
[148] Rapp. IGAS ibid p.38
[149] Le contenu des CPOM et les critères d'éligibilité sont l'objet des recommandations n°3 et n° du rapport, p.49
[150] Rapp. IGAS ibid p.30-32
[151]Nous saluons la reconnaissance du caractère essentiel de ces réunions et sa traduction en moyens budgétaires.

la personne aidée : l'EMP (entourage moyen pondéré), dont les rapporteurs constatent la difficulté de mise en œuvre « de principe et d'ordre technique[152]».

Les rapporteurs notent que les SAAD spécialisés dans la prise en charge des personnes handicapées peuvent connaître des aléas budgétaires. D'une part, les plans d'aide PCH sont moins nombreux que ceux de l'APA, le volume horaire est plus important et d'autre part, existe une grande variabilité[153].

c) les conséquences pour les usagers

163. Il est avancé deux objectifs à concilier pour que le plus grand nombre de bénéficiaires puissent accéder aux SAAD :

1. respect du libre choix pour l'usager entre services autorisés et agréés ou contractualisation de gré à gré. Pour les zones à faible densité de population, des Conseils généraux ont valorisé les dotations ou majoré les heures d'intervention. Sur les quatorze départements expérimentateurs, dix ont choisi la fixation d'un tarif unique, que le SAAD soit autorisé ou agréé. Le département s'engage alors à compenser l'écart justifié, par des dotations supplémentaires. Ainsi, l'usager n'est pas limité dans son choix du prestataire par le prix de l'intervention.

2. maîtrise du reste à charge. L'instauration d'un « forfait » de reste à charge constitue une innovation. L'usager paie un nombre d'heures déterminé par le plan d'aide après prise en compte de l'APA. Des possibilités de report des heures non utilisées sont prévues, pour certains départements dans le trimestre et pour d'autres dans l'année. De même, il est possible de suspendre le forfait du fait d'imprévus de la part de l'utilisateur avec ou sans délai de carence[154].

[152] Rapp. IGAS ibid p.33
[153] Les rapporteurs n'ont pas analysé les causes de cette variabilité
[154] Rapp. IGAS, ibid p.37

§4 - Les services polyvalents d'aide et de soins à domicile (SPASAD)

164. Le décret 2004-613 du 25 juin 2004 a élargi la diversité des modes de prise en charge à domicile en créant les services polyvalents d'aide et de soins à domicile. Ces services assurent à la fois des missions dévolues aux SSIAD et celles dévolues aux services d'aide à domicile (SAAD)[155]. L'objectif annoncé par le décret est de « favoriser la coordination des interventions auprès de la personne et à mutualiser les interventions visant à élaborer le projet individuel d'aide, d'accompagnement et de soins permettant ainsi une prise en charge plus adaptée à la globalité des besoins de la personne[156] ». La circulaire favorise la création de ces services en simplifiant la procédure d'autorisation. Ainsi, la création d'un SPASAD provenant de la fusion d'un SSIAD et d'un SAD, tous deux déjà autorisés, ne devra faire l'objet que d'un arrêté conjoint du préfet et du président du Conseil départemental, sur simple demande écrite des deux services.

165. Toutefois, si la création d'un SPASAD nécessite la création d'un SSIAD ou d'un SAAD, la procédure commune de l'avis par le CROSMS s'appliquait préalablement à l'autorisation du Préfet ou du Président du Conseil départemental suivant leurs compétences. A la création de l'Agence régionale de santé, l'avis du CROSMS disparaît au profit de celui de la Commission d'appel à projets. La Cour des comptes déplorait en 2009 que le nombre de regroupements restait rare puisqu'elle n'en dénombrait que 42 dans toute la France[157]. La loi pour l'adaptation de la société au vieillissement dispose que les SPASAD peuvent faire l'objet d' « expérimentations d'un modèle intégré d'organisation, de fonctionnement et de financement des services polyvalents d'aide et de soins à domicile […]avec l'accord conjoint du président du conseil

[155] D. n° 2004-613 relatif aux conditions techniques d'organisation et de fonctionnement des services de soins infirmiers à domicile, des services d'aide et d'accompagnement à domicile et des services polyvalents d'aide et de soins à domicile. NOR : SANA 0421055D repris dans l'art.15 D. 312-7 du CASF

[156] Circ. DGAS/2C/2005/111 du 28 février 2005 relative aux conditions d'autorisation et de fonctionnement des services de soins infirmiers à domicile)

[157] C.comptes, rapport annuel 2009, la prise en charge des personnes âgées dépendantes, p 257 http://www.ccomptes.fr/fr/CC/documents/RPA/A5-prise-en-charge-personnes-agees-dependantes.pdf

départemental et du directeur général de l'agence régionale de santé, à compter de la promulgation de la présente loi et pour une durée n'excédant pas deux ans[158] ». Ils auront l'obligation de conclure des CPOM avec le directeur général de l'ARS et le président du Conseil départemental, prévoyant les modalités d'organisation et de financement. Les SSIAD et les SAAD pourront se regrouper dans le cadre d'un groupement de coopération sociale ou médico-sociale ou d'une convention de coopération prévus à l'article L. 312-7 du CASF. Il paraît souhaitable qu'à terme le développement des SPASAD soit poursuivi par la fusion des SSIAD et des SAAD[159]**.**

II - Les services propres aux personnes handicapées

§1 - Les services pour enfants, un système catégorisé : les SESSAD (Services d'éducation et de soins spécialisés à domicile).

166. Deux notions complémentaires sont annoncées dans la dénomination de ces Services : éducation et soins spécialisés. L'action à domicile vise à prendre l'enfant dans sa globalité et à lui assurer, ainsi qu'à tout enfant, non seulement une éducation adaptée à sa situation mais aussi des soins médicaux ou psychologiques plus particulièrement prescrits suivant son état.

167. Sous des appellations diverses suivant le type de déficiences, ces services contribuent à maintenir l'enfant en situation de handicap dans son milieu ordinaire de vie. Les annexes XXIV du décret du 9 mars 1956 avaient donné une existence officielle aux services dénommés SESSD (Services

[158] Art.49 de la L.2015-276 relative à l'adaptation de la société au vieillissement

[159] Le gouvernement affiche la volonté de transformer dans les cinq ans les 2300 SSIAD actuels en SPASAD, (discours de Mme Rossignol, secrétaire d'Etat à la famille, aux personnes âgées et à l'autonomie, lors des 5e Assises de l'aide à domicile, en septembre 2014)

d'éducation et de soins spécialisés à domicile) créés par l'Association des Paralysés de France. La réforme de 1989[160] a différencié les dénominations :

- SESSAD : pour enfants présentant une déficience intellectuelle ou un trouble du comportement ;
- SSAD : (Service de soins et d'aide à domicile) pour enfants polyhandicapés qui présentent une déficience intellectuelle associée à une déficience motrice. Le mot éducation est ici absent du nom laissant penser que cette mission est accessoire voire inexistante pour ces enfants.
- SAFEP (Service d'accompagnement familial et d'éducation précoce) : il accueille les enfants de zéro à trois ans, déficients auditifs et visuels graves.
- SSEFIS (Service de soutien à l'éducation familiale et à l'intégration scolaire) : il se charge des enfants de plus de trois ans déficients auditifs graves.
- SAAAIS (Service d'Aide à l'Acquisition de l'Autonomie et à l'Intégration Scolaire) : il suit les enfants de plus de trois ans atteints de déficience visuelle grave.

§2 - Les services pour adultes, un système complexe et disparate : SAVS et SAMSAH.

168. Dans l'économie générale du décret du 11 mars 2005[161], on peut déplorer une fois de plus l'esprit administratif qui consiste à découper la vie d'un individu en vie sociale et vie médico-sociale. Il eut été plus conforme à la réalité et plus simple de regrouper les deux sous un même vocable.

[160] D. n° 89-798 du 27 octobre 1989 et Annexes XXIV, NOR: SPSA8901937D

[161] D. n°2005-223 du 11 mars 2005 relatif aux conditions d'organisation et de fonctionnement des services d'accompagnement à la vie sociale et des services d'accompagnement médico-social pour adultes handicapés NOR: SANA0424257D

169. En effet, la vie sociale d'une personne handicapée est étroitement liée à sa santé. Souvent les premières actions d'accompagnement sont des démarches favorisant l'accès aux soins. Tel qu'il est rédigé, le décret laisse penser que seuls, les services d'accompagnement médico-sociaux peuvent le faire. De même une dégradation de la santé de la personne obligerait à passer le relais à un autre service… s'il existe, avec la contrainte des démarches administratives (cf. art 11). A l'heure où l'on essaie de décloisonner le sanitaire et le médico-social, il ne paraît pas utile de cloisonner ainsi le social et le médico-social.

A - Les SAVS (Services d'accompagnement à la vie sociale)

170. « Les Services d'accompagnement à la vie sociale ont pour vocation de contribuer à la réalisation du projet de vie de personnes adultes handicapées, par un accompagnement adapté favorisant le maintien ou la restauration de leurs liens familiaux, sociaux, scolaires, universitaires ou professionnels et facilitant leur accès à l'ensemble des services offerts par la collectivité[162] ». Cette définition donne une existence juridique à des services qui existaient empiriquement dans les années quatre-vingt sous des appellations diverses : services d'accompagnement et de soutien pour handicapés mentaux, services d'accompagnement à l'habitat, etc. suivant l'imagination des promoteurs. Pour les personnes handicapées physiques, l'Association des Paralysés de France avait créé les ESVAD (Equipe Spécialisée pour une Vie Autonome à Domicile). Ces services étaient issus de l'expérience des services de suite imposés par les annexes XXIV des établissements pour enfants handicapés de type instituts médico-éducatifs (IME) pour déficients mentaux ou instituts d'éducation motrice (IEM) pour les déficients moteurs.

[162] Art.312-155-5 du décret n° 2005-223 du 11 mars 2005 relatif aux conditions d'organisation et de fonctionnement des services d'accompagnement à la vie sociale et des services d'accompagnement médico-social pour adultes handicapés NOR: SANA0424257D

171. Le financement de ces services était assuré de façon facultative par les Conseils généraux sous forme de dotation globale, et une convention précisant les missions, les modes d'évaluation et de contrôle des activités était signée avec les promoteurs publics ou associatifs. Le 2005-223 du 11 mars 2005[163] a précisé que ces services doivent être autorisés et les services existants se sont soumis pour régularisation à la procédure d'autorisation des établissements et services sociaux et médico- sociaux, notamment l'avis obligatoire du CROSMS, avant décembre 2009[164].

172. Le financement de ces services relève pour une grande part des Conseils départementaux. Dans la recherche des moyens pour soulager les finances territoriales, les départements envisagent des financements croisés. D'une part, ce qui relèverait de l'accompagnement social serait financé par les départements, d'autre part la partie d'aide humaine directe pourrait être financée par la personne elle-même via la PCH. Enfin, un complément pourrait être la rétribution de la mission d'évaluation payée par la MDPH pour un service délégué. Mais, on peut deviner aisément les obstacles existants pour la mise en place de ce plan de financement, dus à la complexité du montage. Ce calcul se heurte à la difficulté d'évaluer précisément le temps nécessaire à chacune des actions au début de l'accompagnement, la situation des personnes évoluant dans le temps. Il y aurait aussi un dévoiement des textes à faire financer par la PCH une part de l'accompagnement pour des actions ne nécessitant pas une aide humaine directe alors qu'il s'agit d'un accompagnement social, les SAVS n'étant pas habilités à suppléer totalement la personne handicapée dans les actes de la vie quotidienne. En effet, on pourrait schématiquement différencier les SAVS des services à la personne en disant que les premiers font *avec* la personne handicapée, les seconds font *à la place de* la personne handicapée.

173. Les missions des SAVS relèvent de l'accompagnement social des personnes bénéficiaires, nécessitant leur adhésion, et non de l'aide

[163] D. précit.
[164] Art. L 312-3 du CASF et décret n° 2004-65 du 15 janvier 2004 relatif aux comités régionaux de l'organisation sociale et médico-sociale

humaine telle qu'elle est comprise pour l'attribution de la prestation de compensation[165] :

- l'évaluation des besoins et des capacités d'autonomie;
- l'identification de l'aide à mettre en œuvre et la délivrance à cet effet d'informations et de conseils personnalisés ;
- le suivi et la coordination des actions des différents intervenants ;
- une assistance, un accompagnement ou une aide dans la réalisation des actes quotidiens de la vie et dans l'accomplissement des activités de la vie domestique et sociale ;
- le soutien des relations avec l'environnement familial et social ;
- un appui et un accompagnement contribuant à l'insertion scolaire, universitaire et professionnelle ou favorisant le maintien de cette insertion ;
- le suivi éducatif et psychologique.

174. L'énumération des missions soulève quelques réflexions voire des interrogations. La première mission qui est l'évaluation des besoins semble être une tautologie, car il est impensable de commencer une action sans avoir préalablement évalué la situation. Cette mission est en redondance avec celle qui est dévolue à l'équipe d'évaluation de la MDPH telle que définie par la loi du 11 février 2005, à moins que celle–ci ne délègue par voie de conventionnement aux SAVS cette mission d'évaluation des besoins de la personne handicapée dans le respect d'un cahier des charges. Mais les départements oseront-ils déléguer à des services une évaluation qu'ils ne contrôleront plus ?

175. Une autre mission dévolue aux SAVS est celle du suivi et de la coordination des actions des différents intervenants. Le décret leur en donne la légitimité mais la loi sur la réforme des majeurs attribue aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs la même mission. D'où l'on voit que la superposition des textes pourrait conduire à des conflits de légitimité si, sur le terrain, les professionnels n'avaient l'intelligence de s'entendre. Cette mission

[165] Art. D. 312-155-10 du décret n° 2005-223 du 11 mars 2005 relatif aux conditions d'organisation et de fonctionnement des services d'accompagnement à la vie sociale et des services d'accompagnement médico-social pour adultes handicapés .NOR: SANA0424257D

de coordination des actions s'étend-elle aux actions des services de soins infirmiers à domicile dont la coordination est placée sous l'autorité du médecin ?

176. L'accompagnement se fera donc sous quatre modalités. C'est d'abord l'action éducative qui aura pour *finalité* l'autonomie de la personne en s'appuyant sur ses potentialités. Puis, le soutien psychologique pour permettre à la personne d'organiser le plus sereinement sa vie en la confortant dans ses possibilités, en la réassurant. Les conseils donnés ne le sont pas sur le mode prescriptif mais en laissant à la personne la décision finale en éclairant ses choix. Lorsque la dépendance est très grande et les capacités limitées, l'aide se fera plus directe en associant éventuellement des aides humaines. Enfin, l'action de coordination est souvent rendue nécessaire par la multitude d'intervenants.

177. Pour assurer ces prestations, le service doit se composer d'une équipe pluridisciplinaire pour tout ou partie, de professionnels strictement énumérés :

- assistants de service social ;
- auxiliaires de vie sociale ;
- aides médico-psychologiques ;
- psychologues ;
- conseillers en économie sociale et familiale ;
- éducateurs spécialisés ;
- moniteurs-éducateurs ;
- chargés d'insertion.

178. Avant le décret, l'accès à ces services se faisait directement. La personne handicapée faisait appel à ces services, seule ou par l'intermédiaire du représentant légal ou d'un service social. A compter de ce décret, la personne handicapée dépose une demande en bonne et due forme à la MDPH, qui instruit le dossier et le transmet pour décision d'orientation à la CDAPH. La décision d'orientation parvient à l'intéressé au mieux dans le délai légal de quatre mois, ce qui ne reflète pas les délais réels actuellement rencontrés, qui

excèdent six mois. Ce qui a été gagné en rigueur administrative a été perdu en réactivité pour la personne en demande.

B - Les SAMSAH (Services d'accompagnement médico-social pour adultes handicapés)

179. Actuellement les SAMSAH sont essentiellement dédiés aux personnes en situation de handicap physique ou psychique. Créés par le décret précité, ils doivent comporter en sus des prestations des SAVS, pour des personnes nécessitant des soins réguliers et coordonnés, un accompagnement médical et paramédical en milieu ouvert[166] :

- « La dispensation et la coordination de soins médicaux et paramédicaux à domicile ou un accompagnement favorisant l'accès aux soins et l'effectivité de leur mise en œuvre ;
- Un accompagnement et un suivi médical et paramédical en milieu ordinaire de vie, y compris scolaire, universitaire et professionnel[167] ».

180. Les professionnels intervenant dans les SAMSAH doivent comporter, en sus des personnels définis pour les SAVS, des auxiliaires médicaux tels que définis par le livre III de la quatrième partie du Code de la santé publique et des aide-soignants. De plus, l'équipe pluridisciplinaire doit s'attacher les services d'un médecin.

181. Le financement des SAMSAH est de fait actuellement double : l'un par les départements pour les dépenses de fonctionnement et les salaires des personnels sociaux, l'accompagnement social relevant des Conseils généraux ; l'autre pour le financement des personnels médicaux et

[166] Art. D. 312-155-10.du CASF
[167] Art. D. 312-155-11du CASF

paramédicaux par l'Agence régionale de santé[168]. Nous tenons là l'explication de la distinction entre SAVS et SAMSAH, distinction purement administrative et, disons-le, fictive, pour régler un problème de compétence entre l'Etat et une collectivité territoriale, et donc de finances.

182. Pour pouvoir bénéficier d'un accompagnement par un SAVS ou par un SAMSAH, la personne en situation de handicap doit solliciter une demande d'orientation délivrée par la CDAPH.

III - Les services à la personne

183. Dans les structures d'aide à domicile, 80 % relèvent du secteur privé majoritairement de type associatif et 20 % du secteur public, CCAS (Centres communaux d'action sociale) principalement[169]. Les pouvoirs publics entendent à présent conduire les politiques de développement des services à la personne[170]**.** Ainsi, la loi 2005-841 du 26 juillet 2005[171] a donné une légitimité et un essor à un secteur (historiquement associatif, notamment en milieu rural) de l'aide apportée aux personnes âgées et aux familles. Dans son rapport du 24 janvier 2007, le Conseil économique et social[172] soulignait même que ce secteur « constitue un véritable enjeu de société » et créateur de milliers d'emplois.

184. Ces services à destination des personnes âgées ou des personnes handicapées peuvent revêtir deux types d'offres de services : mandataires ou prestataires (§1) dont évidemment les coûts et le statut

[168] Art. R.314-105 VII du CASF
[169] DEBONNEUIL (M.) « Les services à la personne : bilan et perspectives. » *Document d'orientation. Inspection générale des Finances,* septembre 2008
[170] BORGETTO (M.), LAFORE (R.) , « Le Droit de l'aide et de l'action sociale à l'épreuve de l'acte II de la décentralisation », Recherches et Prévisions, n° 87, mars 2007, pp. 17-24.
[171] L. n° 2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale ,NOR: SOCX0500099L
[172] VEROLLET (Y.), « Le développement des services à la personne », *Rapport Conseil économique et social*, La Documentation française, 24 janv. 2007,

juridique pour les bénéficiaires ne sont pas identiques, ni le statut des travailleurs qui y sont employés.

185. Le secteur marchand, comme le secteur associatif essaie, dans un marché concurrentiel de se démarquer en s'organisant en fédérations d'employeurs ou sous une même bannière d'enseigne affichant des valeurs propres (§2).

186. Nous mentionnerons pour mémoire que les personnes âgées ou handicapées ont la possibilité d'employer directement du personnel d'aide à domicile, ce type d'intervention étant dénommé gré à gré. Dans ce cas, en tant qu'employeur, elles doivent recruter, établir le contrat de travail satisfaisant à la législation en vigueur, notamment en se référant à la convention collective des particuliers employeurs[173]. Ces emplois représenteraient 80 % des heures travaillées d'emplois à domicile pour 1,6 millions de salariés[174]. Ces données ne concernent pas exclusivement les salariés intervenant spécifiquement auprès des personnes âgées ou handicapées, mais plus généralement au domicile de particuliers.

Ce mode d'emploi est particulièrement contraignant pour les personnes dont la grande dépendance nécessite le recrutement de plusieurs salariés pour une prise en charge 24 h sur 24 (parfois cinq à six), ce qui représente la gestion d'une petite entreprise.

§1- Employeur en service mandataire ou client en service prestataire

187. Un document d'instruction du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie [175] précise les modalités de la déclaration et l'agrément des organismes de services à la personne (OSP). Il définit par

[173] Conv. Coll. des particuliers employeurs du 11 mars 2000
[174] ANGOTTI (M.) « L'emploi familial : le vécu des particuliers employeurs » in *CREDOC*, consommations et mode de vie, n°213, août 2008 p1-4
[175] DGCIS n° 1-2012 du 26/04/2012 qui annule et remplace la circulaire n° 1-2007 du 15/05/21012

ailleurs les activités relevant des services à la personne et en relève vingt-trois, dont les activités 2 et 4 :

- assistance aux personnes âgées ou aux personnes qui ont besoin d'une aide personnelle à leur domicile, à l'exclusion d'actes de soins relevant d'actes médicaux,
- assistance aux personnes handicapées, y compris les activités d'interprète en langue des signes, de technicien de l'écrit et de codeur en langage parlé complété.

188. D'autres modes d'intervention que le gré à gré sont possibles pour l'aide à domicile des personnes âgées ou handicapées les libérant partiellement ou totalement de certaines contraintes administratives. Dans le cas des services mandataires (A), elles sont aidées par des salariés dont elles sont employeurs, dans celui des services prestataires (B), elles sont clientes d'une entreprise de services.

A - Le service mandataire : l'utilisateur est employeur

189. La personne âgée ou handicapée désireuse d'une aide à domicile peut, par la signature d'un contrat de mandat avec un organisme, le charger du recrutement d'un salarié[176], du calcul et de l'établissement de sa paie, du versement à l'URSSAF des cotisations inhérentes. Contre service rendu, l'organisme de service à la personne (OSP) facture au particulier, en fonction des tâches convenues et dans le respect des dispositions de l'article 7133-1 du Code du travail[177]. La personne âgée ou handicapée reste juridiquement l'employeur avec les droits et obligations y afférent, notamment le paiement du salaire de son employé et le respect des procédures disciplinaires. Obligation est faite à l'OSP d'informer son client sur ses responsabilités d'employeur.

[176] L'OSP aura pris soin de s'assurer « des aptitudes des candidats à exercer les emplois dont il aura, par un entretien préalable, apprécié les aptitudes, l'expérience professionnelle et les qualifications ».
[177] Art. D7233-1 du Code du travail créé par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008 - art. (V)

190. Cette situation met parfois l'employeur en situation délicate lorsque, pour une raison ou pour une autre, il se trouve en rupture de droits pour percevoir l'APA ou la PCH. En attendant de revenir à meilleure fortune, il est dans l'obligation de licencier son ou ses salariés en lui (leur) versant par ailleurs des indemnités de licenciement.

191. La loi n°87-39 du 27 janvier 1987 dite loi Seguin[178] a permis l'essor des services mandataires en favorisant l'emploi direct par des exonérations de charges patronales pour les personnes de plus soixante-dix ans (et dans le cadre de l'aide aux enfants de moins de 3 ans). A contrario, les organismes prestataires ne bénéficient pas des exonérations de charges sociales et en répercutent le coût sur leurs clients.

192. Les services mandataires ne sont pas soumis à la procédure de l'autorisation, n'entrant pas dans le champ des établissements et services régis par le Code de l'action sociale et des familles au contraire des services prestataires.

B- Le service prestataire : l'utilisateur est client

193. Les services prestataires offrent aux personnes âgées et handicapées le confort évident d'être déchargées de toutes les contraintes administratives liées à l'emploi d'un salarié. En effet, elles n'ont pas la responsabilité inhérente à l'employeur, elles sont clientes du service prestataire. C'est l'organisme de service à la personne qui détermine les intervenants, sous réserve qu'ils conviennent au client. Celui-ci peut demander, à tout moment, le changement d'un intervenant à domicile et dénoncer le contrat le liant avec le service prestataire en respectant les délais contractuels. Suivant les contrats,

[178] L. n°87-39 du 27 janvier 1987 portant diverses mesures d'ordre social ; JORF du 28 janvier 1987 p 991

des délais de prévenance sont précisés pour la modification des horaires habituels sous préjudice de paiement des heures dues en cas de non-respect.

194. La loi n°96-63 du29 janvier 1996 , dite loi Juppé de 1996 [179] a favorisé la création des services prestataires à domicile, déjà encouragée par la mise en place des chèques emploi-service en 1993, destinés à lutter contre le travail clandestin. En effet, quel que soit son statut, l'entreprise prestataire a la possibilité d'offrir des prestations d'aide à la personne qui jusqu'alors étaient effectuées par des associations ou des centres communaux d'action sociale. Toutefois elle a l'obligation d'obtenir l'agrément simple ou l'agrément qualité, dès lors qu'elle intervient auprès de personnes âgées ou handicapées. La loi 2005-841[180] du 26 juillet 2005, vient préciser les conditions d'agrément des associations ou entreprises « dont l'activité porte sur la garde des enfants ou l'assistance aux personnes âgées, aux personnes handicapées ou aux autres personnes qui ont besoin d'une aide personnelle à leur domicile ou d'une aide à la mobilité dans l'environnement de proximité favorisant leur maintien à domicile et les centres communaux et intercommunaux d'action sociale doivent être agréés par l'Etat[181] ».

§2- L'organisation du secteur : l'Agence nationale des services à la personne, les fédérations et les enseignes

195. Mais comment le milieu professionnel régule-t-il ce secteur marchand, dont certains organismes sont à but lucratif et d'autres non ? Comment le particulier peut-il orienter son choix parmi les nombreuses offres de services ? La régulation peut se faire tout d'abord sous l'égide des pouvoirs publics, telle est la vocation des agences nationales, organismes autonomes sous financement de l'Etat (§1). Le secteur s'est aussi organisé en

[179] L. n° 96-63 du 29 janvier 1996 en faveur du développement des emplois de services aux particuliers, JORF n°25 du 30 janvier 1996 page 1440, NOR: TASX9500159L
[180] L. n° 2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, NOR: SOCX0500099L
[181] Art. L. 129-1.de la loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005

regroupement professionnel sous forme de fédérations mutualisant des moyens et en enseignes affichant ainsi des spécificités (§2).

A- L'Agence nationale des services à la personne

196. Créée le 14 octobre 2005 par un décret du Ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement[182], l'Agence nationale des services à la personne (ANSP) avait six missions visant à :

- promouvoir et développer le secteur en soutenant les créations d'emplois ;
- promouvoir l'évaluation en lien avec les organismes de certification et le Conseil national de l'évaluation sociale et médicosociale (transformée en 2007 en Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médicosociaux)[183] ;
- observer statistiquement l'évolution de l'emploi dans le secteur ;
- favoriser la négociation collective entre les partenaires sociaux et développer les filières de formation pour professionnaliser la filière ;
- coordonner le développement du chèque emploi-service universel
- assurer l'information des particuliers, des salariés, des employeurs et des administrations sur les règles applicables au secteur des services à la personne.

197. L'ANSP est un établissement public administratif, administré par un conseil de quarante-huit membres, dont :

- quinze représentants de l'Etat

[182] D. n° 2005-1281 du 14 octobre 2005 relatif à l'Agence nationale des services à la personne, JORF n°241 du 15 octobre 2005 p. 16372 texte n° 10, NOR: SOCF0511772D

[183] Créée par la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2007, l'Anesm est née de la volonté des pouvoirs publics d'accompagner les établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESMS) dans la mise en œuvre de l'évaluation interne et externe, instituée par la loi du 2 janvier 2002.

- cinq représentants des collectivités territoriales et de leurs groupements
- cinq représentants d'organisations professionnelles nommés par arrêté conjoint du Ministre chargé de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises et du Ministre chargé de l'emploi
- cinq représentants des organisations syndicales de salariés
- trois représentants des organismes nationaux de Sécurité sociale
- un représentant des émetteurs du chèque emploi-service universel
- neuf personnalités qualifiées, dont au moins un parlementaire et un élu local.

Tous ces représentants sont nommés pour une durée de trois ans renouvelable.

198. On remarque que la place de l'Etat y est prépondérante, mais non majoritaire. Le choix du président se fait parmi les membres de ce conseil, ayant « la qualité de parlementaire ou d'élu local. Il est nommé par le Ministre chargé de l'emploi[184] ». La volonté de l'Etat de développer les emplois dans ce secteur se remarque par une disposition spécifique : l'existence d'un comité d'attribution de subventions « en faveur de la création d'emplois dans les services à la personne et l'innovation… [185] ».

199. Cette agence a été dissoute en 2014[186], ses missions ont été transférées à l'Etat, ce dernier estimant que « Le secteur ayant atteint une maturité suffisante pour pouvoir évoluer sans le soutien technique et opérationnel de l'ANSP… »

[184] Art.L129-18 de la loi précitée
[185] Art. L129-23 de la loi précitée
[186] D. n° 2014-753 du 2 juillet 2014 portant dissolution de l'Agence nationale des services à la personn**e**, JORF n°0152 du 3 juillet 2014 p. 10984 texte n° 31, NOR: ERNI1402804D

B- Les fédérations et les enseignes

200. Le regroupement en fédérations des associations gérant des services à domicile sous l'empire de la loi du 1er juillet 1901[187] permet à celles-ci de mutualiser des moyens, notamment en informations, formations des personnels tout en gardant leur capacité juridique, celle de la fédération ne se substituant pas à la leur. Le statut juridique des fédérations est de droit privé.

201. Le statut de ces fédérations se distingue du Groupement de coopération sociale et médicosociale (GCSMS)[188]. La mutualisation des moyens est certes ici aussi recherchée, mais ce groupement peut être titulaire de l'autorisation d'exercer directement la prise en charge en lieu et place de l'un ou de plusieurs établissements ou services y adhérant. Son statut juridique est public si ses adhérents sont de statut public et privé si ses membres sont de statut privé.

202. Actuellement huit fédérations représentatives du secteur sont présentes au conseil d'administration de l'Agence nationale, en qualité de membres titulaires ou suppléants. On y notera des fédérations « historiques » dans l'aide à domicile, apportée aux familles rurales notamment :

- « Familles rurales » créée en 1943 « sur le principe d'une entraide entre les familles » regroupant 3000 associations locales[189]
- ADMR (Aide à domicile en milieu rural) créée en 1945 pour « aider les uns dans les tâches quotidiennes, créer des emplois de proximité pour retenir les autres. » regroupant 3350 associations locales[190].

Des fédérations syndicats employeurs comme :

- l'UNA (Union nationale de l'Aide, des Soins et des services aux domiciles) se revendique au 31/12/2008 de 1200 structures

[187] L. du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, version consolidée au 24 mars 2012
[188] Art. L312-7 du CASF modifié par loi n° 2010-1658 du 29 décembre 2010 - art. 55 et Art. R312-194-1 créé par Décret n°2006-413 du 6 avril 2006
[189] Site internet http://www.famillesrurales.org/
[190] Site internet http://www.admr.org

adhérentes. Son réseau rassemble depuis quarante ans principalement des structures de type associatif, des centres communaux ou intercommunaux d'action, des organismes mutualistes, des fondations ou encore des comités Croix Rouge[191] ;

- la FESP (Fédération du service aux particuliers) d'origine récente (avril 2006) membre du MEDEF, se revendique comme un syndicat « soutenant les principes fondamentaux du libre choix de la structure intervenante par le bénéficiaire du service, la libre concurrence et l'égalité de traitement par les instances publiques[192] » ;
- plus récente encore, la FEDESAP (Fédération française des services à la personne et de proximité), créée en 2007 elle représente les TPE et PME du secteur des services à la personne. C'est une fédération patronale qui compte 500 entreprises adhérentes.[193]
- Enfin, l'UNCASS (Union nationale des centres communaux d'action sociale) compte 3 900 CCAS et CIAS adhérents. Fondée en 1926, l'UNCCAS est une association régie par la loi de 1901. Son conseil d'administration est composé d'élus municipaux chargés de l'action sociale, présidents ou vice-présidents de leur CCAS[194].

203. Différente est la notion d'enseigne. En effet, il s'agit ici ni de fédérations, ni de groupements mais de référence auprès d'un organisme ayant déjà une notoriété ou sous l'égide duquel l'entreprise adhérente espère capter une clientèle. Chaque enseigne peut développer des valeurs et des exigences particulières auxquelles l'entreprise devra adhérer si elle veut se prévaloir de l'enseigne. C'est ainsi que des banques, des mutuelles ou des compagnies d'assurance ont développé leurs enseignes. Celles qui sont répertoriées par

[191] Site internet http://www.una.fr
[192] Site internet http://www.fesp.fr
[193] Site internet http://www.fedesap.org
[194] Site internet http://www.unccas.org

l'ANSP ne sont pas toutes dédiées aux personnes âgées et personnes handicapées. Certaines sont polyvalentes et offrent des services auprès de ces populations en sus des prestations habituelles aux ménages. Il est à noter la création d'une enseigne récente créée à l'initiative de grandes associations de personnes handicapées qui leur spécifiquement consacrée .

Section 3 - Les services mandataires à la protection judiciaire des majeurs

204. La société reconnaît avoir pour devoir, aux côtés des familles, de protéger ses membres les plus faibles[195]**.** La loi n°2007-308 du 5 mars2007[196] a remplacé la précédente, déjà vénérable de 1968 portant sur la protection des incapables majeurs[197]. Les nouveautés portent tout d'abord sur le public concerné. Il s'agit de personnes ayant une altération de leurs facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de leur volonté, les distinguant des personnes ayant des difficultés sociales pour lesquelles des mesures spécifiques peuvent être prises en accompagnement social personnalisé par les services sociaux départementaux (MASP) ou les mesures accompagnement judiciaire (MAJ) si nécessaire. Désormais, la sauvegarde de justice, la curatelle ou la tutelle seront réservées à la première catégorie de bénéficiaires. L'introduction de la mesure de protection future est une deuxième nouveauté qui permet soit à des parents d'enfants handicapés de choisir celui ou celle qui assurera la tutelle de leurs enfants à leur décès, soit pour une personne majeure encore en possession de toutes ses facultés de prévoir une personne pour les représenter quand ses moyens intellectuels ou physiques seront défaillants. La troisième mesure de cette loi est la certification des mandataires judiciaires car, pour exercer le mandat de protection judiciaire des

[195] Art 415 C.civ.
[196] L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs NOR: JUSX0600126L
[197] L. n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs

majeurs, il faut être titulaire du certificat national de compétence[198] de mandataire judiciaire.

205. En outre, il faut être agréé par le préfet après avis du procureur de la République. La profession exige bien sûr des gages de probité attestés par l'extrait du casier judiciaire qui doit être exempt de toute condamnation. Une proposition de loi[199] de Madame le sénateur Garriaud-Maylam voudrait la création d'une organisation ordinale pour la profession de mandataire judiciaire pour répondre au souhait d'un meilleur contrôle et d'égalité sur tout le territoire. Elle proposait le « contrôle de la capacité d'exercice » par l'ordre, alors que ce contrôle est déjà effectué par le préfet, « l'arbitrage des conflits internes à la profession» qui lui permettrait d'acquérir une compétence juridictionnelle, accroître sa visibilité, […] Se prenant en charge elle-même, la profession optimiserait son efficacité, sa déontologie et sa représentativité auprès du public ». Mais les arguments avancés sont peu convaincants, d'une part parce qu'ils ne sont pas spécifiques à cette profession et pourraient convenir à d'autres remplissant elles-aussi une mission de service public, d'autre part parce que la reconnaissance de l'Etat est déjà réalisée par l'inscription de cette profession dans le Code de l'action sociale et des familles et l'exigence d'un titre d'autorisation à exercer. D'ailleurs toute usurpation du titre ou exercice illégal est passible de sanctions pénales sévères, en l'occurrence un an d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende[200]. Agréé par le préfet, le mandataire judiciaire peut être radié par celui-ci à la demande du procureur de la République éventuellement sollicité par le juge de tutelles[201].

206. Le mandataire agit par ordre de la société[202], dans le cadre d'une décision de justice. En cas de défaillance de sa part, sa responsabilité civile

[198] Art. D. 471-4 du CASF
[199] GARRIAUD-MAYLAM (J.) Proposition de loi N°781 (2010-2011) relative à la création d'un ordre professionnel des mandataires judiciaires à la protection des majeurs
[200] Art. L. 473-1 CASF.
[201] Art. 417 C. civ.
[202] Art. 415 C. civ.cit.

peut être engagée certes, mais également celle de l'Etat[203] qui dispose de l'action récursoire.

207. Trois types de mandataires coexistent : le mandataire privé[204], exerçant éventuellement en profession libérale ; le délégué à la tutelle, salarié d'une personne morale mandataire et le préposé d'établissement[205] où séjourne la personne protégée. Nous nous intéressons ici au financement des personnes morales mandataires.

208. Les services tutélaires entrent désormais dans le champ des établissements et services régis par les dispositions de la loi les incluant dans le Code de l'action sociale et des familles relatif aux établissements et services sociaux et médico-sociaux soumis à autorisation. Ils obéissent aux modalités de recrutement et de qualification de leur personnel, et aux procédures budgétaires et de tarification. Le financement de ces services est assuré par des fonds publics (I), mais une contribution peut être demandée aux bénéficiaires eux-mêmes (II).

I - La complexité des financements publics

209. Le financeur est déterminé par le type de prestations sociales dont bénéficie la personne protégée, qui sont déterminées par décret[206]. Trois sources de financement sont possibles :

- l'Etat, pour les mesures relevant de la protection judiciaire proprement dite, sauvegarde de justice, curatelle et tutelle si la

[203] Art. 422 C.civ. « Lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise par le mandataire judiciaire à la protection des majeurs, l'action en responsabilité peut être dirigée contre celui-ci ou contre l'Etat qui dispose d'une action récursoire ».
[204] Art. L. 472-1 CASF
[205] Art. L. 472-5CASF
[206] D. n° 2008-1498 du 22 décembre 2008 fixant les listes de prestations sociales mentionnées aux articles L. 271-8 et L. 361-1 du Code de l'action sociale et des familles et à l'article 495-4 du Code civil et le plafond de la contribution des bénéficiaires de la mesure d'accompagnement social personnalisé NOR: MTSA0831127D

personne ne perçoit pas de prestation ou si celle-ci ci est versée par le département ;

- la Sécurité sociale, pour les prestations qu'elle sert ou la Caisse d'allocations familiales ;
- le Département, s'il s'agit d'une mesure d'accompagnement social ou judiciaire et s'il verse une prestation à sa charge : RSA, APA, PCH.

210. Il faudra aussi distinguer les situations où la personne perçoit une ou plusieurs prestations. Dans ce cas de multi financement, c'est le financeur qui verse la prestation la plus élevée qui a en charge la totalité du financement de la mesure.

- L'Etat, par la CAF si la personne perçoit l'allocation adulte handicapé (AAH) et ses compléments, l'allocation de parent isolé (API), l'allocation de logement social (ALS), l'aide personnalisée au logement (APL).
- L'Etat, par la Direction départementale de la cohésion sociale (DDCS) si la personne perçoit le revenu de solidarité active (RSA), l'allocation personnalisée d'autonomie (APA), la prestation de compensation du handicap (PCH)
- L'Assurance maladie par la Caisse régionale d'assurance maladie (CRAM) si la personne perçoit l'allocation de solidarité aux personnes âgées (ASPA) en complément de sa retraite, mais c'est le service de la Caisse des dépôts et consignation si la personne ne perçoit pas de pension de retraite
- L'Assurance maladie par la Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) si la personne perçoit l'allocation supplémentaire d'invalidité en sus de sa pension d'invalidité mais c'est la CRAM si elle perçoit une pension de retraite et a moins de 60 ans.
- Le Département si la personne perçoit le RSA, l'APA ou la PCH pour une mesure d'accompagnement judiciaire.

211. La complexité du financement ne s'arrête pas dans la détermination du financeur, mais aussi dans les modalités de ce financement. En effet, le financement est soumis à la procédure budgétaire contradictoire pour la fixation du budget global de financement, ou suivant l'importance de l'organisme gestionnaire, le contrat d'objectifs et de moyens (CPOM). Le nouveau mode de financement rompt avec la méthode ancienne consistant à financer les services en fonction du nombre de mesures. Désormais, sont pris en compte trois facteurs :

- la nature de la mesure à laquelle sera liée une charge de travail
- la situation de la personne protégée
- le temps effectif de travail des personnels.

212. L'existence d'indicateurs permet au financeur, lors de la négociation, non seulement d'apprécier la réalité du travail effectué par une analyse fine de l'activité, mais aussi de pouvoir comparer avec d'autres services assurant la même mission. Ainsi, le financement du service sera-t-il fonction du nombre de points accumulés dans les différents items du référentiel de prise en charge[207]**.** Ces indicateurs doivent permettre de mesurer la charge de travail en fonction :

- de la nature de la mesure, suivant qu'il s'agit de tutelle, de curatelle ou de mesure d'accompagnement judiciaire ;
- du lieu de résidence de la personne suivant qu'elle est à son domicile ou dans un établissement. Il paraît logique de considérer que la charge de travail est moins lourde dans ce second cas, car la personne est par ailleurs prise en considération ;
- la période de prise en charge de la mesure suivant qu'elle débute (la charge de travail est la plus importante), qu'elle se poursuit ou qu'elle se termine.

213. Là où la précision de ces indicateurs est remarquable, c'est que l'on a calculé, par exemple, que « la charge de travail pour l'ouverture d'une mesure était 2,77 fois plus élevée que celle nécessaire pour la gestion d'une

[207] http://www.social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/guide_indicateurs.pdf

mesure », que l'exercice de la tutelle à domicile est cotée 27,7 alors que si elle s'exerce en établissement elle n'est que de 17,7 en début de mesure, puis tombe après trois mois à 10 à domicile et 6,4 en établissement !

214. On arrive ainsi à déterminer le « poids moyen de la mesure majeur protégé ». Il faut y ajouter :

- les indicateurs d'activité : « Nombre de points par ETP », « Coût de l'intervention des délégués », « Nombre de mesure moyenne par ETP »,
- les indicateurs de personnel : « Indicateur relatif au niveau de qualification », « Indicateur de vieillesse-technicité », « Temps actif mobilisable[208] », « Indicateur du temps de formation »
- les indicateurs financiers et de structure : « Valeur du point service », « Valeur du point personnel », « Répartition des ETP délégués et autres personnels ».

215. Tout cet arsenal de nature bureaucratique risque d'effrayer tout gestionnaire de service tutélaire et notamment sur l'investissement en temps consacré à renseigner tous ces indicateurs. Mais, l'autorité de tarification est invitée à faire preuve d' « une utilisation des indicateurs raisonnée et raisonnable dans le cadre de la procédure budgétaire contradictoire et de la tarification ». Le gestionnaire devrait également être rassuré par les dispositions du Code de l'action sociale et des familles sur la possibilité de s'expliquer sur les écarts éventuels et sur l'inapplication de critères manifestement inadaptés au service[209].

[208] « Cet indicateur mesure le temps de travail dans le service, temps disponible auprès des usagers, temps de transport pour les services et temps de présence dans le service. Ce recensement concerne uniquement les délégués à la tutelle. Cet indicateur mesure la présence réelle, c'est-à-dire le « présentéisme » qui est différent de la présence légale ou conventionnelle dans le service diminué de l'absentéisme tel que reconnu par le Code du travail ». http://www.social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/guide_indicateurs.pdf , déjà cité p.5

[209] Art. R.314-32 et 314-33 CASF

II - Le financement de la mesure par la personne protégée

216. Le principe posé par l'article L. 471-5 du Code de l'action sociale et des familles[210] est le financement total ou partiel de la mesure judiciaire de protection par le majeur lui-même dans le cadre d'un mandat spécial d'une sauvegarde de justice, d'une curatelle ou d'une tutelle. Subsidiairement, il peut être exonéré, et des financeurs publics peuvent y contribuer si ses ressources sont insuffisantes.

217. Pour déterminer la participation de la personne protégée à la mesure de protection, il convient d'évaluer ses ressources. Les ressources entrant dans le calcul font l'objet d'un décret détaillant exhaustivement les ressources à prendre en compte. Il peut s'agir :

- des diverses allocations assimilables à des revenus de subsistance, l'allocation aux adultes handicapés, l'allocation de solidarité aux personnes âgées, le revenu de solidarité active ;
- « Les bénéfices ou revenus bruts mentionnés aux I à VII ter de la première sous-section de la section II du chapitre Ier du titre Ier de la première partie du livre Ier du Code général des impôts, à l'exclusion des rentes viagères mentionnées aux articles L. 232-4, L. 232-8 et L. 245-6 du présent Code ;
- « 2° Les biens non productifs de revenu selon les modalités fixées au 1° et à l'article R. 132-1. Toutefois, cette disposition ne s'applique pas au capital mentionné aux 1° et 2° du I de l'article 199 septies du Code général des impôts ;

[210] Art L.471-5 CASF « Le coût des mesures exercées par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et ordonnées par l'autorité judiciaire au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement judiciaire est à la charge totale ou partielle de la personne protégée en fonction de ses ressources. Lorsqu'il n'est pas intégralement supporté par la personne protégée, il est pris en charge dans les conditions fixées par les articles L. 361-1, L. 472-3 et L. 472-9 ».

- « 3° Les intérêts des sommes inscrites sur les livrets et comptes d'épargne mentionnés au chapitre Ier du titre II du livre II du Code monétaire et financier[211] ».

218. Telle est la complexité du calcul de l'assiette de participation financière des majeurs protégés, à laquelle il faut ajouter les barèmes de calcul de cette participation, pour lesquels une simplification serait bienvenue :

- « 7 % pour la tranche des revenus annuels soumis à prélèvement supérieure strictement au montant annuel de l'allocation aux adultes handicapés et inférieure ou égale au montant brut annuel du salaire minimum interprofessionnel de croissance en vigueur au 1er janvier de l'avant-dernière année civile ;
- 15 % pour la tranche des revenus annuels soumis à prélèvement supérieure strictement au montant brut annuel du salaire minimum interprofessionnel de croissance en vigueur au 1er janvier de l'avant-dernière année civile et inférieure ou égale au même montant majoré de 150 % ;
- 2 % pour la tranche des revenus annuels soumis à prélèvement supérieure strictement au montant brut annuel du salaire minimum interprofessionnel de croissance en vigueur au 1er janvier de l'avant-dernière année civile majoré de 150 % et inférieure ou égale à 6 fois le montant brut annuel du salaire minimum interprofessionnel de croissance en vigueur au 1er janvier de l'avant-dernière année civile[212] ».

L'exonération de la participation financière n'est possible que si les ressources perçues par la personne protégée est inférieure ou égale au montant annuel de l'allocation aux adultes handicapés au 1er janvier de l'année des revenus[213].

[211] D. n° 2008-1554 du 31 décembre 2008 relatif aux modalités de participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection , NOR: MTSA0831227D
[212] Art.R.471-5-2 CASF
[213] Art. R. 471-5-2 CASF

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

219. Les services de soins et d'aide à domicile se sont construits par strates successives. Nous pouvons remarquer que les services sanitaires, services d'hospitalisation à domicile (HAD) et services de soins infirmiers à domicile (SSIAD) répondent au souci des pouvoirs publics de maîtriser les dépenses notamment en créant une alternative à l'hospitalisation en établissement, trop coûteuse pour les finances publiques, pour des patients dont la pathologie ne nécessite pas d'appareillage lourd. L'accès pour les malades est simple puisqu'il suffit d'une prescription médicale pour justifier la prise en charge financière par l'Assurance maladie. Par contre, la complexité de leur mode de financement rend difficile leur gestion et compromet leur développement. En effet, nous avons vu que les services d'HAD sont soumis comme tous les établissements hospitaliers depuis le 1er janvier 2006 à la tarification à l'activité et par conséquent, le financement dépend de la nature des maladies. La cotation des actes est si détaillée qu'elle nécessite souvent un personnel rompu à l'exercice et spécialement dédié à cette tâche. Elle affecte aussi le contrôle par l'Assurance maladie en dépit d'outils et de logiciels de contrôle.

220. L'accès aux SSIAD se fait aisément dans le cadre d'une prescription médicale sans participation financière des usagers. Les services sont financés par une dotation globale par l'Assurance Maladie où l'on différencie le « forfait soins SSIAD- personnes âgées » du « forfait soins SSIAD-personnes handicapées ». La distinction entre les personnes âgées et les personnes handicapées que nous retrouverons par ailleurs est ici difficilement compréhensible. Il apparait dans la volonté du gouvernement de fusionner les SSIAD et les SAAD en SPASAD, qui réunirait ainsi les soins infirmiers et les soins de la vie quotidienne des patients.

221. L'organisation des services médico-sociaux à domicile pour l'enfance en situation de handicap est homogène et cohérente malgré une catégorisation trop grande des types de déficience qui compromet la prise en charge d'enfants n'entrant pas dans une catégorie déterminée. L'accès est défini par la loi dite « handicap » et ne nécessite pas de contribution financière des familles, les services étant financés par l'Assurance maladie. Quant aux services à domicile pour les personnes handicapées et les personnes âgées, une constatation s'impose rapidement, tout d'abord la disparité entre les deux publics en matière de financement, de solvabilisation de l'accès aux services et de reste à charge. Ensuite, l'étude des services à la personne met en évidence des différences de régimes juridiques entre ceux qui sont autorisés et ceux qui sont agréés. Les premiers le sont par le directeur général de l'ARS ou le président du conseil départemental, les seconds par le directeur de la DIRECCTE. Les premiers obéissent à une procédure contraignante d'appel à projets, les seconds doivent seulement satisfaire à un cahier des charges. La différence de traitement par les départements entre ces services a fait l'objet d'expérimentations dont on ne peut à présent tirer aucune ligne d'harmonisation, tant les solutions de financement ou de maîtrise de reste à charge des bénéficiaires sont diverses. Le secteur des services à la personne s'était organisé notamment par l'appui d'une agence nationale des services à la personne, dissoute en 2014, le regroupement en fédérations professionnelles permettant des regroupements de moyens, et les enseignes permettant d'afficher des qualités commerciales.

222. Le financement des services mandataires à la protection des majeurs est tout aussi complexe, parce qu'il se veut être au plus près de la situation du majeur et donc rémunérer le service réellement rendu. La simplification des calculs d'assiette soulagerait les gestionnaires et rendrait plus aisée la procédure de négociation. De même, la participation financière du majeur protégé gagnerait à être revue, notamment dans ses barèmes pris en compte.

CHAPITRE 2 : UNE INDISPENSABLE HARMONISATION DANS LES PROCEDURES DES SERVICES

223. Suivant que les services relèvent de la procédure d'autorisation ou d'agrément, leur mise en œuvre et leur contrôle différent non seulement dans des démarches plus ou moins complexes et longues mais aussi par les interlocuteurs institutionnels impliqués. Mais si la procédure d'autorisation est obligatoire pour les services médicosociaux, pour les nouveaux services à la personne, le choix est laissé entre l'une ou l'autre démarche d'accréditation (section 1).

224. Une concurrence apparaît déjà entre les services médico-sociaux et les services à la personne (section 2). Les missions des uns et des autres semblent être les mêmes, pourtant les uns sont d'accès gratuit, d'autres nécessitent une contribution financière de l'usager. Le développement de la marchandisation du social et les règles du marché européen des biens et des services pourraient voir la création de services à destination des personnes handicapées et personnes âgées émanant d'autres pays européens sur le territoire français. Quelles règles de concurrence peuvent être apportées et surtout quelles garanties peuvent attendre les bénéficiaires ?

Section 1 - Les procédures réglementaires et la mise en concurrence des services

225. Dans son enquête sur les conditions de la qualité des services à domicile pour les personnes âgées de juillet 2009[214], l'Inspection générale de l'action sociale constatait déjà la complexité des régimes législatifs imposés aux opérateurs et préconisait de les simplifier. Les services à la personne (SAP) supposent le recours à une aide professionnelle salariée s'exerçant au domicile de l'usager.. Les pouvoirs publics ont contribué à l'essor de ces services en accordant des mesures d'ordre fiscal (réduction d'impôts de 50 % et taux de TVA réduit à 5,5 %)[215]. Ceux-ci doivent néanmoins répondre à une procédure d'autorisation, mais en 2005[216], le législateur a laissé le choix aux opérateurs, de l'autorisation ou celle moins contraignante de l'agrément qualité. Ainsi, de nombreux services, qui jusqu'alors avaient une activité de prestations ménagères et de menus travaux de dépannage et jardinage, ont vu l'opportunité de ce nouveau marché en direction des personnes âgées et personnes handicapées. Mais ce droit d'option entraînait néanmoins des ambiguïtés qui rendaient encore plus confus ce secteur. Le législateur y a remédié par la loi 2015-1776 pour l'adaptation de la société au vieillissement. Nous rendons compte ici du système qui a présidé à cette organisation pendant treize années.

[214] RAYMOND (M.), ROUSSILLE (B.), STROHL (H.), « Enquête sur les conditions de la qualité des services d'aide à domicile pour les personnes âgées », *IGAS, La Documentation française*, juillet 2009

[215] N'est-il pas plus juste socialement, de distinguer par un taux de TVA différencié les services à la personne auxquels fait appel tout particulier pour des activités domestiques et les services d'aide humaine pour les personnes âgées et les personnes handicapées ? Dans un avis motivé, deuxième étape de la procédure d'infraction, la Commission européenne demande à la France de réserver le taux réduit (de 7 % par la loi de finances rectificative pour 2011) aux seuls services de soins à domicile excluant les autres services à la personne tels que le jardinage, le ménage ou l'aide informatique.

[216] L. n° 2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale. NOR: SOCX0500099L

I- Les procédures suivant les types de services

§1- La procédure de l'autorisation et de l'agrément

A- La procédure de l'autorisation

226. La loi 75-235 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales disposait que les personnes morales et physiques ne pouvaient créer, transformer ou accroître leur établissement ou service sans l'autorisation préalable des autorités compétentes, préfet ou président du Conseil départemental ou conjointe. La loi 2002-2[217] est venue modifier la procédure d'autorisation en soumettant les promoteurs au dépôt d'une demande préalable auprès des services de l'Etat ou du Conseil départemental pour examen puis pour avis au Comité régional de l'organisation sociale et médico-sociale. La demande doit être faite dans une période de l'année bien définie, appelée « fenêtre », suivant le type de projet. Cette exigence de respect du calendrier permet au CROSMS d'avoir une vue élargie sur l'offre générale des promoteurs. L'avis du CROSMS est obligatoire, mais n'est pas opposable au financeur qui se réserve le droit d'y donner une suite favorable ou non, selon l'opportunité et ses possibilités de financement. Si dans un délai de cinq années, le projet n'est pas mis en œuvre, l'autorisation devient caduque.

227. La loi HPST du 21 juillet 2009 rénove totalement le dispositif[218]. Dorénavant, les autorisations sont accordées après un appel à projets et consultation d'une commission de sélection des appels à projets[219]. Les autorisations sont accordées pour une durée de quinze années, reconduite

[217] L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, NOR: MESX0000158L
[218] L. n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires
[219] D. n° 2010-870 du 26 juillet 2010 relatif à la procédure d'appel à projet et d'autorisation mentionnée à l'art. L. 313-1-1 du CASF

tacitement, à moins que lors de l'évaluation externe et un an avant l'échéance du renouvellement, l'autorité qui a délivré l'autorisation n'enjoigne au service des modifications qui nécessiteraient de déposer dans les six mois une demande de renouvellement[220]**.** L'autorisation emporte systématiquement l'agrément qualité en cas d'option de ce dernier[221]. Mais cet agrément ne vaut que sur le département où l'autorisation a été accordée contrairement à l'agrément qualité qui vaut sur tout le territoire national. Le cadre juridique de l'autorisation est le Code de l'action sociale et des familles.

228. Le contrôle de la qualité obéit aux dispositions de la loi de 2002-2[222] qui prévoit notamment la formalisation d'un projet de service dans lequel seront précisés les objectifs de coordination, d'organisation et d'évaluation. L'organisme doit par ailleurs remettre un livret d'accueil permettant à l'usager de comprendre le fonctionnement du service et les prestations réalisées. Enfin un document individuel de prise en charge est établi avec l'usager, précisant la nature des prestations avec éventuellement le coût prévisionnel. La continuité du service doit être garantie à l'usager, week-ends et jours fériés, ainsi que le remplacement en cas d'absence des intervenants habituels. Les horaires ainsi que les changements doivent être communiqués. L'usager doit être invité à participer, au sein d'un comité d'usagers, à exprimer son avis sur le fonctionnement du service, avec voix consultative.

B- La procédure de l'agrément

229. Le décret d'application n° 2005-1384 du 7 novembre 2005[223] de la loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005[224]**,** ouvrait aux prestataires de services un

[220] Art. L.313-5 modifié par Ord. n° 2005-1477 du 1 décembre 2005 - art. 4 JORF 2 décembre 2005
[221] Art. R. 129-1 C. trav.
[222] L. précit.
[223] D. n° 2005-1384 du 7 novembre 2005 relatif à l'agrément des associations et des entreprises de services à la personne et modifiant le Code du travail.
[224] L . n° 2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, NOR: SOCX0500099L

droit d'option entre le dispositif de l'autorisation et une procédure plus légère, celle de l'agrément[225].

230. L'agrément « services à la personne » (anciennement agrément qualité) est exigé pour les services d'aide à domicile auprès des personnes âgées et personnes handicapées. Le cahier des charges comprend un certain nombre de garanties de nature à rassurer ceux qui craignaient que cette simplification de la procédure ne compromette la qualité du service rendu[226].

231. La forme d'entrée dans le dispositif diffère sensiblement de l'autorisation. En effet, les services agréés ne subissent pas la procédure longue et rigoureuse de l'autorisation. L'autorité compétente, qui accorde l'agrément, n'est pas le président du Conseil départemental qui par ailleurs autorise la création d'établissements sociaux et médico-sociaux, mais le préfet du département qui sollicite seulement l'avis du président du Conseil départemental. Il n'y avait pas d'avis à demander au Comité régional de l'organisation sociale et médico-sociale, ni depuis la loi HPST de réponse à appel à projets. La demande doit être faite auprès de l'UT-DIRECCTE. Le préfet dispose de deux mois à partir du dépôt du dossier réputé complet pour rendre une décision. Au-delà, son silence vaut accord. Qu'en est-il de la volonté de cohérence dans les dispositifs départementaux et régionaux voulue par la loi HPST ?

232. Toutefois, l'agrément qualité nécessite de répondre à un cahier des charges. Deux types d'exigences doivent être honorés, l'un de fond, l'autre de forme. Sur le fond, ces services doivent employer des personnels dont la probité est attestée par un extrait de casier judiciaire n° 3 vierge de toute condamnation. La confiance des utilisateurs doit se retrouver aussi dans la mobilisation des moyens humains et matériels mis en œuvre dans le cadre de cet agrément. Le regroupement au sein d'enseignes peut permettre l'affichage

[225] Pour mémoire, l'agrément simple a été allégé en simple déclaration pour des travaux ménagers même s'ils se déroulent au domicile de personnes âgées ou handicapées (Document d'instruction DGCIS – n°1-2012 du 26 avril 2012).

[226] Arr. du 26 décembre 2011 fixant le cahier des charges prévu à l'art. R.7232-7 du c. trav. remplace le précédent cahier des charges de l'agrément qualité établi par l'arr. du 24 novembre 2005.

de cette qualité. Se pose toutefois la question du référentiel à adopter pour l'évaluation de ce secteur.

233. Le renforcement de la qualité se fait par l'exigence d'exclusivité de l'activité pour éviter que des prestataires exerçant une multi activité ne profitent de l'aubaine de dispositions fiscales et sociales plus avantageuses. Pour en bénéficier ils doivent créer une entité spécifique pour cette activité[227]. Les CCAS, du fait de leur compétence pluriforme, sont dispensés de cette obligation. De même, les associations intermédiaires bénéficient de ce droit. On peut se demander d'ailleurs, sans préjuger des efforts d'insertion des personnes en difficultés sociales et de leur mérite personnel, si elles sont en mesure de prendre en charge des personnes vulnérables comme les personnes âgées ou les personnes handicapées. N'est-ce pas non plus considérer que la prise en charge de ces publics ne nécessite pas une qualification des personnels ?

234. L'agrément obtenu est valable cinq ans. Le renouvellement tacite après ce délai ne vaut que pour les organismes ayant obtenu une certification. Pour les autres, la demande de renouvellement doit être faite trois mois avant l'échéance. Le retrait d'un agrément peut survenir dans cinq circonstances[228] :

- ne plus remplir les critères qui ont présidé à l'agrément ;
- contrevenir aux règles d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail ;
- exercer des activités autres que celles déclarées initialement ;
- ne pas justifier de l'exclusivité de l'activité ;
- ne pas transmettre au préfet le bilan qualitatif et quantitatif de l'année N-1 dans les six premiers mois de l'année en cours.

Les services préfectoraux ont-ils les moyens de satisfaire aux contrôles ainsi prévus pour garantir à l'usager la qualité du service rendu ?

[227] Rapp. Giro, AN n° 2357 juin 2005, p. 35 et rapp. Leclerc, Sénat n° 414, juin 2005, p. 27.
[228] Art. R. 129-5. du D. n° 2005-1384 du 7 novembre 2005 relatif à l'agrément des associations et des entreprises de services à la personne et modifiant le Code du travail

235. Les premiers agréments délivrés en 2005 arrivant à échéance en 2010, il était nécessaire de préparer les acteurs aux exigences retenues pour leur renouvellement. Il s'agit, pour les services de l'Etat, de reconsidérer près de 7000 agréments en trois ans. Pour cela, une action conjointe de la Direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services (DGCIS), de la Direction générale de l'action sociale (DGAS), de l'Agence nationale des services à la personne (ANSP) et de la Caisse nationale de la solidarité pour l'autonomie (CNSA) a mis au point un programme national pour le renouvellement de l'agrément qualité en février 2010 à destination des services de l'Etat, des Conseils généraux et des organismes eux-mêmes qui interviennent auprès des publics fragiles. Ce programme met en place des actions pour :

- clarifier les dispositions du cahier des charges donnant lieu à des divergences d'interprétation ;
- faire connaître les dispositions propres au renouvellement de l'agrément qualité applicables aux organismes certifiés et aux organismes relevant du droit d'option ;
- faire connaître aux organismes agréés les dispositifs mobilisables.

Les conditions de déclaration et d'agrément des organismes de services à la personne ont fait l'objet d'une réactualisation en avril 2012[229], par une circulaire remplaçant celle du 15 mai 2007, n°1-2007. Les exigences de qualité de l'accueil sont quasiment semblables à celles exigées pour les services autorisés. Il est demandé que les services aient des locaux accessibles physiquement aux personnes handicapées, un accueil téléphonique cinq jours sur sept et une plage horaire d'au moins sept heures. Une documentation à la disposition du public doit informer des offres de prestations, de leur coût, des moyens de financement, des voies de recours éventuels. Dans le cadre de la lutte contre la maltraitance, le gestionnaire a l'obligation de former son personnel et l'impératif de déclarer les situations aux autorités compétentes. Le cadre juridique des services agréés est le Code du travail.

[229] Document d'instruction DGCIS n°1-2012 du 26 avril 2012

§2- Les ambiguïtés du droit d'option

236. Différents rapports montrent que le système actuel, faisant coexister plusieurs formes de régulation des services à domicile, nuit au développement et au fonctionnement de ceux-ci, mais des divergences apparaissent quant à l'option à prendre. Le dernier rapport, en date de janvier 2012[230] revient sur les inconvénients de ce droit d'option. En effet, la gouvernance actuelle des services à domicile relève tout à la fois de la tutelle administrative du Ministère du travail (DIRECCTE) et de celle de la régulation des services médicosociaux de l'ARS ou des Conseils généraux, selon qu'ils sont agréés ou autorisés. Les premiers sont gérés dans une logique d'activités régulées par le marché de l'offre et de la demande, la puissance publique ne s'exerçant qu'*a minima* par le contrôle du respect d'un cahier des charges préétabli. Les seconds partent des besoins d'une population, recensés par la puissance publique en l'occurrence le Conseil départemental, chef de file de l'action sociale, qui établit un schéma départemental, lance des appels à projets et retient les opérateurs qu'il juge les plus aptes d'après les critères de sélection qu'il a retenus.

237. Ce mode semble plus conforme à la logique de prise en charge des publics fragiles tels que définis par l'article L.313-1-2 du CASF, plus encore par la politique de maintien à domicile mise en œuvre par la loi HPST. Le jugement de ce rapport est sévère puisqu'il le juge « anachronique car une part non négligeable de l'offre d'activité de services aux publics fragiles échappe à la logique globale que la loi HPST prône : une prise en charge par les Agences régionales de santé et par le Conseil départemental des politiques en faveur des personnes âgées et des personnes handicapées dans une logique de filière[231] ».

[230] POLETTI (B.) Rapport cit.
[231] Rapp .Poletti cit. p.27

238. Mais les solutions préconisées divergent pour remédier à cette situation. Le rapport de l'IGAS de 2009[232] préconisait l'abandon de la procédure d'autorisation au profit de celle de l'agrément. L'argument employé n'est guère convaincant. D'une part cette mission ne reconnaît, d'un point de vue économique, l'opportunité de l'autorisation que si tous les établissements sont soumis à l'autorisation. Or, dit-elle, l'ouverture du secteur à la procédure d'agrément ne permet pas de prévoir de façon certaine le nombre d'interventions au risque de « renchérir beaucoup le coût unitaire des interventions et à charger les finances départementales de la reprise des pertes budgétaires de certains organismes[233] ». D'autre part, affirme-t-elle, le régime de l'agrément offre suffisamment de garanties de qualité par l'intégration dans le cahier des charges de l'agrément qualité des dispositions de la loi de 2002-2. Cette solution est préconisée pour les services aux personnes âgées dans le cadre de ce rapport, mais vaudrait certainement pour les services aux personnes handicapées. Ce raisonnement serait recevable si le territoire était également couvert : urbain et? rural. Or, « l'implantation des services marchands agréés se fait plus volontiers en milieu urbain qu'en milieu rural, où résident pourtant de nombreuses personnes âgées, souvent isolées[234] ». Il y aurait donc une nécessité de planification qu'offre la procédure d'autorisation.

239. La Cour des comptes, dans son rapport 2010, préconisait de profiter de la transposition en droit français de la directive européenne relative aux services dans le marché intérieur qui doit modifier la procédure d'agrément, pour « réfléchir à une meilleure conciliation de la liberté des prix des services agréés avec un dispositif public de solvabilisation des personnes, de manière, notamment, à obtenir un meilleur maillage territorial et une prise en charge plus efficace des besoins des plus démunis[235] ».

240. La solution de l'abandon de la mesure d'autorisation au profit de celle de l'agrément prend le contre-pied du rapport de la Cour des comptes de

[232] Rapp. IGAS n° RM2009- 035P p.36
[233] Rapp.IGAS. p.35
[234] Rapp.IGAS/IGF n°RM2010-138P/ IGF N°2010-M052-02 p.35
[235]« La politique en faveur des services à la personne » in Cour des Comptes rapport 2010 p.522

2005 qui, elle, préconisait de ne retenir que la procédure d'autorisation et qui déplorait dans son rapport de 2010 le peu d'avancées dans le domaine du contrôle effectif de la qualité du service rendu au public vulnérable, et notamment l'emploi indispensable de personnels formés à la prise en charge de ces personnes fragiles. La Cour des comptes écrivait que : « Ces contrôles, actuellement insuffisants pour garantir la qualité des prestations, sont d'autant plus indispensables que le renouvellement des agréments qualité est en cours[236] ».

241. Le rapport conjoint de l'IGAS et de l'IGF de 2010 veut concilier les deux positions, partant du constat de l'existence des deux régimes, lesquels sont complémentaires plutôt qu'antagonistes. Supprimer la procédure d'agrément, dit-il « priverait d'ailleurs les départements, financeurs principaux des dispositifs APA/PCH, d'un outil de suivi et de mise en œuvre des politiques dont ils ont la responsabilité[237] ». Il n'y a pas lieu non plus de supprimer le régime de l'autorisation puisque la loi HPST l'a confirmé en mettant en place d'autres procédures[238]**.** Il propose, par contre, une mesure intermédiaire en faisant évoluer la procédure d'autorisation pour satisfaire les exigences du droit européen. En effet, au regard de cette législation communautaire, les services autorisés ou agréés sont considérés, sans distinction, comme des entreprises. Dès lors, les aides de la collectivité publique ne peuvent se légitimer que comme la contrepartie d'un service public dans des conditions précises. C'est notamment l'existence d'un mandatement concrétisé par un contrat d'objectifs et de moyens conclu entre la collectivité et l'organisme, et en contrepartie le versement d'une compensation correspondant au coût de ces obligations. Le régime d'autorisation doit donc évoluer vers « une formule de contractualisation permettant la mise en évidence des obligations spécifiques de service public souscrites par le service concerné[239]. Il y aurait lieu de distinguer deux types de situations :

---

[236] Rapport Cour des comptes 2010 p.522
[237] Rapp.IGAS/IGF n°RM2010-138P/ IGF N°2010-M052-02 p.35
[238] D. n° 2010-870 du 26 juillet 2010 relatif à la procédure d'appel à projet et d'autorisation mentionnée à l'art. L. 313-1-1 du CASF
[239] Rapp.IGAS/IGF n° RM2010-138P/ IGF N° 2010-M052-02 p.37

1) L'organisme est mandaté après avoir été retenu par l'appel d'offres : le tarif, opposable, est fixé en fonction de ses spécificités. L'organisme pourra percevoir directement les financements APA et PCH des bénéficiaires. Le rapport recommande que ces financements des Conseils généraux ou de l'Etat, dans un contexte budgétaire contraint, soient en direction des publics les plus fragiles « d'une part les personnes âgées les plus dépendantes, classées en GIR 1 et 2 en priorité, les personnes handicapées, et d'autre part les publics dont le niveau de ressources est le plus faible[240] ».
2) L'organisme n'est pas mandaté, par exemple les services agréés actuels : le tarif est alors fixé librement par l'organisme et le bénéficiaire aurait à régler la partie excédant le « tarif de responsabilité » (selon les termes élégants des rapporteurs).

242. Mais pour le bénéficiaire (client/usager), ces considérations légales ou réglementaires importent peu, à la condition de pouvoir choisir le prestataire des services dont il a besoin et donc la qualité du service rendu et du reste à charge éventuel. Dans les dispositions actuelles, le choix est faussé dans la mesure où la personne handicapée voit son plan de compensation pour les aides humaines entièrement financé si elle fait appel à un service autorisé quel que soit le montant de la prestation, mais partiellement financé avec un reste à charge important si elle s'adresse à un service agréé, qu'il soit à but lucratif ou non. La différence de traitement se comprendrait si le service autorisé assurait des prestations de meilleure qualité que le service agréé. Mais cette assurance n'est pas garantie à l'expérience, certains services autorisés se trouvant contraints par des conventions collectives exigeantes (et favorables pour les salariés) offrent moins de disponibilité pour l'usager. Dès lors, la personne handicapée se tourne vers le service autorisé, pour autant que celui-ci ait la capacité d'accueil, et les règles de la concurrence sont alors malmenées.

[240] Rapp. précit. p.37

243. Le droit d'option n'est plus possible avec la loi pour l'adaptation de la société au vieillissement. En effet, l'article 47 dispose que les services d'aide et d'accompagnement pour les personnes âgées ou les personnes handicapées sont désormais soumis à l'autorisation et par conséquent le droit d'option devient caduc. L'autorisation peut leur être retirée ou refusée dans les conditions prévues à l'article 313-8 du CASF, notamment pour coût de fonctionnement excessif et charges injustifiées. Cette autorisation est de fait acquise si l'agrément est antérieur au 29 décembre 2015. Cette disposition est heureuse parce qu'elle permettra aux structures de poursuivre leur activité mais sera probablement longue à installer par les services du Conseil départemental. Les SAAD en cours d'agrément par les services de l'Etat, par dérogation à l'article 312-1-2 du code de l'action sociale et des familles seront eux aussi autorisés[241].

244. En outre, les SAAD ont l'obligation d'accompagner les personnes bénéficiaires de l'APA ou de la PCH dans la limite de leur zone d'intervention et en respectant le cahier des charges qui sera défini par décret[242]. Afin de favoriser le développement des services, la capacité d'accueil ne sera pas déterminée par le volume horaire mais par la zone d'intervention[243] définie avec l'autorité qui a autorisé.

II- La mise en concurrence des services

245. Il peut paraître surprenant d'évoquer la concurrence entre des services qui participent de la protection sociale. Le droit des affaires, et plus particulièrement le droit de la concurrence, peut-il s'appliquer dans le domaine des services à domicile pour personnes âgées et personnes handicapés ? L'argument selon lequel ces services, d'une part, procèdent d'une délégation de service public, et d'autre part, sont gérés par des personnes morales

[241] Art. 96 de la L.2015-1776
[242] Art.L.313-1-3 CASF
[243] Art. L.313-8-1 CASF

publiques, ils ne relèveraient pas de la concurrence, fut battu en brèche par la loi du 29 janvier 1996[244], en effet, celle-ci ouvrait ces activités au secteur commercial.

246. C'est donc l'approche par l'activité et non par le statut des prestataires qu'il faut privilégier. La concurrence peut exister certes, du moins une saine émulation promouvant une recherche constante de la qualité, mais elle ne doit être provoquée ni par une imprécision des missions ou une méconnaissance des dispositifs, de la confrontation entre secteur non marchand et secteur à but lucratif (§1). Les règles communautaires posent la question aux Etats européens et en particulier à la France, de la définition d'un service social public par sa directive de 2006 (§2) et introduit une possible concurrence entre ses services d'aide à la personne établis en France et ceux dont le siège social serait dans un autre pays de la communauté européenne.

§1 Entre types de services

A- La concurrence entre SAAD et SAVS par méconnaissance des prescripteurs.

247. Depuis l'avènement de la PCH, nombre de prescripteurs confondent les services d'aide humaine que sont les SAAD et les services d'accompagnement social que sont les SAVS ou les SAMSAH. L'expérience montre que les mandataires judiciaires à la protection des majeurs utilisent indifféremment les deux types de services pour leurs protégés. Cette méconnaissance atteint aussi la plupart des membres des CDAPH. Lors du dépôt d'un dossier pour examen par la CDAPH, il est possible pour une personne handicapée de demander simultanément une prise en charge par un

[244] L. n° 96-63 du 29 janvier 1996 en faveur du développement des emplois de services aux particuliers
NOR: TASX9500159L

SAVS et une prestation de compensation (PCH) pour l'emploi d'une aide humaine par un service d'aide et d'accompagnement à domicile (SAAD). La confusion sur les rôles respectifs des deux services vient d'une part de la dénomination de chacun d'eux. En effet, on trouve dans l'un (SAVS) le terme « accompagnement à la vie sociale », dans l'autre (SAAD), le même terme « accompagnement à domicile ». D'autre part, la confusion vient aussi du fait que ce sont pour la plupart du temps les mêmes tâches qui sont réalisées par les deux types de services. Mais les SAVS les effectuent avec la personne dans un but d'apprentissage, alors que les SAAD les font à la place de la personne incapable de les réaliser. Certaines personnes, n'obtenant pas l'attribution d'une PCH, demandent au SAVS d'effectuer les mêmes tâches domestiques que le SAAD, d'autant que les SAVS sont amenés, dans un but d'apprentissage, à effectuer parfois ces tâches avec la personne. D'autres fois, le mandataire judiciaire préfère s'adresser au SAAD pour lequel il a des rapports de client à prestataire de services, plutôt qu'à un SAVS avec lequel il doit négocier un partenariat.

B- La concurrence entre services à but non lucratif associatifs et services commerciaux à but lucratif.

248. La mise en concurrence sans harmonisation des procédures et des coûts des services d'aide à domicile du secteur associatif et les services à la personne du secteur commercial commence à produire ses effets. L'un et l'autre secteur connaissent des difficultés d'existence dont ils se rejettent mutuellement les causes. Dans les deux secteurs chacun accuse l'autre de concurrence déloyale, « une concurrence déloyale dans la mesure où les opérateurs commerciaux s'implantent dans les villes, laissant aux associations la charge de couvrir l'ensemble du territoire[245] ». Les services commerciaux ne sont pas en reste puisqu'ils dénoncent le sort particulier qui leur est fait par certains Conseils généraux. En effet, ils reprochent à ces derniers de les

[245] PAQUET (M.), « Aide à domicile, les associations au pied du mur », *ASH,* 23 avril 2010, n° 2656, p26

écarter systématiquement du label qualité qu'ils ont créé, le réservant aux seules structures autorisées. Le secteur associatif dénonce le peu d'efforts en formation des employés des services commerciaux qui nuit à la qualité du service rendu, « avec pour conséquence, de grandes difficultés financières pour les associations soucieuses de maintenir leur niveau de qualité [246] ». Mais la Fédération des établissements privés du service à la personne (FEPSAP) rapporte que certains de leurs services adhérents ne reçoivent aucun bénéficiaire de l'APA et une différence entre les services autorisés et associatifs et les services agréés à but lucratif serait faite dans l'attribution des tarifs[247]. Une harmonisation semble donc nécessaire. Elle a d'ailleurs été demandée par un rapport de l'IGAS[248] qui préconisait en 2009 de supprimer la procédure de l'autorisation au profit de celle de l'agrément qualité, tout en renforçant le contrôle de la qualité, solution que désapprouvait la DGAS.

§2- La concurrence européenne et la « directive services » européenne

249. La transposition de la directive de 2006 des services [249] s'est effectué dans le contexte économique de dynamisme du secteur tertiaire, en constante évolution depuis une vingtaine d'années. En effet, il est passé de 68,1 % en 1980 à 77,5 % de la valeur ajoutée en France en 2008.

250. La directive a le souci de « créer un marché intérieur des services en veillant à préserver un équilibre entre l'ouverture du marché et la sauvegarde des services publics, des droits sociaux et des droits des consommateurs », aussi émet-elle des critères d'inclusion et d'exclusion de la directive. La transposition française ne différencie pas les services à domicile pour personnes âgées et personnes handicapées soumis à un régime

[246] TSA n° 8 décembre 2009, janvier 2010 p11
[247] TSA n° 12 mai 2010 p7
[248] IGAS « Mission relative aux questions de tarification et de solvabilisation des services d'aide à domicile en direction des publics fragiles », rapport N° RM2010-138P/ IGF N° 2010-M052-02, octobre 2010
[249] Dir. 2006/123/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur [Journal officiel L 376 du 27.12.2006]

d'autorisation relevant du CASF [250] et ceux soumis au régime d'agrément « qualité » du Code du travail[251]. Le choix de l'un ou l'autre régime appartient aux promoteurs.

251. Contrairement à la directive « Bolkenstein », qui proposait une libération totale des services sociaux et suite à l'opposition du Parlement européen, la Commission européenne a admis des dérogations. N'entrent pas dans le cadre de la directive, les établissements et services sociaux et médico-sociaux qui obéissent à deux critères cumulatifs définis à l'article 2-2 j de la directive : « les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'État, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État » :

- les publics concernés se trouvent de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin ;
- ces services reçoivent un mandat des pouvoirs publics pour exercer leur mission, c'est-à-dire l'exécution d'une mission d'intérêt général et la réponse à un besoin d'intérêt général préalablement identifié.

252. Les services sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées et personnes handicapées sont-ils exclus de cette directive ? La première condition est remplie puisque les publics se trouvent de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoins. Mais, contre toute logique sémantique, il a été considéré que pour les services d'aide à domicile, le mandatement n'est pas constitué alors que des fonds publics (APA, PCH) financent des services qui ont une mission d'intérêt général. Dès lors, ils entreraient bien dans le champ de la directive.

[250] Art. L. 313-1-1 CASF
[251] Art. L. 7231-1 C. trav.

253. On comprend bien la logique du gouvernement de ne pas exclure dans sa transposition de la directive les services à domicile pour favoriser la création de ces services en cohérence avec la loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 [252]dite loi Borloo et laisser le processus concurrentiel s'exercer. Toutefois, il fallait établir des limites pour sauvegarder la qualité des prestations rendues à ces publics fragiles. D'une part, s'agissant de publics vulnérables (risques d'atteintes à l'intégrité physique et morale) et d'autre part l'exercice dans la sphère privée des personnes sans le contrôle d'un regard extérieur, ces services doivent être réglementés. La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, comprenait des dispositions, qui concernent des régimes d'autorisations relatifs à certains établissements et services sociaux et médico-sociaux, auxquelles sont soumis les services autorisés.

254. Pour les ESMS nécessitant des financements publics, l'autorisation est délivrée après avis d'une commission de sélection d'appel à projets créée au sein de l'Agence régionale de santé (ARS). Auparavant, un avis obligatoire était requis auprès du Comité régional des organisations sociales et médicosociales à l'initiative d'un promoteur.

255. Quant aux ESSMS qui ne sollicitent pas le financement public, la procédure est allégée puisqu'elle ne nécessite pas l'avis de la commission d'appel à projets. Ils n'ont à répondre, pour être autorisés, qu'aux règles d'organisation et de fonctionnement et au dispositif de l'évaluation prévus à l'article L.313-1 du Code de l'action sociale et des familles. Ainsi, « ces critères de qualité de prise en charge sont nécessaires et proportionnés au regard de la santé publique[253] » et exigés par la directive européenne. Après la visite de conformité aux conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement, l'autorisation est accordée pour quinze ans, renouvelable par tacite reconduction.

[252]L. n° 2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale , NOR: SOCX0500099L

[253] Rapport de synthèse sur la transposition du 20 janvier 2010, p3, http://www.sgae.gouv.fr/actualites/docfiles/Rapport synthese.pdf

256. Cette distinction entre ESMS financés par la puissance publique et ceux qui ne le sont pas paraît pour le moins byzantine puisque la solvabilisation de l'accès à ces services est assurée par du financement public : prestation de compensation du handicap (PCH) et allocation personnalisée d'autonomie (APA). S'agissant d'ailleurs de financements qui relèvent de collectivités territoriales, on peut s'étonner que le rapport de synthèse de la transposition ait cru bon de mentionner que « en France, l'élaboration et l'adoption des réglementations qui entrent dans le champ de la directive services sont centralisées au niveau national, les collectivités territoriales ne détenant pas cette compétence » contrevenant à l'article 14 et au protocole 26 du traité de Lisbonne [254] qui reconnaît « le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales **»** en matière de service public.

257. Le financement des services pour personnes handicapées est soit assuré par la Sécurité sociale (SESSAD, SSIAD, HAD), soit par les dispositifs de solidarité (aide sociale communale ou départementale, ou nationale). Ainsi des prestations sociales spécifiques aux personnes âgées (APA) et aux personnes handicapées (PCH) permettent aux bénéficiaires d'accéder à ces services, mais de façon limitée du fait du reste à charge souvent important. L'instauration du « 5e risque » qu'est la dépendance permettra-elle de faciliter l'accès à ces services par un financement public plus conséquent ?

258. Le développement des services à la personne a connu un essor par des incitations fiscales et l'exonération sous conditions des charges sociales patronales. Peut-on envisager des mesures plus spécifiques relatives à des services aidant des personnes âgées ou des personnes handicapées ?

[254] Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, et entré en vigueur le 1er décembre 2009, (2007/C 306/01) du Journal officiel de l'Union européenne du 17/12/2007

Section 2 - La solvabilisation par le financement public

259. L'accès aux services d'aide à domicile est paradoxalement empêché aux personnes qui en auraient le plus besoin du fait de leur moindre solvabilité, celles qui ont recours aux contrats de gré à gré plutôt qu'aux services prestataires, formule plus onéreuse. Le financement est assuré en partie par la solidarité nationale à travers l'aide sociale (I) ou par les allocations spécifiques d'accès universel dédiées aux personnes âgées ou aux personnes handicapées (II).

I - Le financement par l'aide sociale : l'allocation simple et l'allocation représentative de services ménagers

260. Pour que la personne âgée puisse rester chez elle, il a été institué une aide aux personnes âgées, à la charge du département[255]. Cette aide est accordée en nature, par l'intervention d'aide-ménagère ou en espèces sous forme d'allocation, sous conditions. Elle s'adresse à des personnes de plus de soixante-cinq ans qui, non seulement ont besoin d'une aide matérielle pour se maintenir à domicile, mais aussi n'ont pas les moyens de se procurer cette aide. Elle peut aussi être accordée aux personnes âgées de soixante ans à la condition qu'elles soient inaptes au travail. S'agissant d'une prestation d'aide sociale, elle est soumise à un plafond de ressources[256] et subsidiaire à l'aide que pourrait apporter un membre de la famille ; à ce titre joue donc l'obligation alimentaire.[257] L'aide peut être refusée si la personne peut bénéficier

[255] Art. L.113-1 et L.231-1 du CASF

[256] Art. L.113-1 du CASF. Sont pris en compte, le complément d'AAH (comm. centr. aide sociale14 mai 1996, *Dép. Var : EJCCAS* n°25-1 p.7) et la pension de veuve de guerre (comm. centr. aide sociale 5 oct.1995, *Dép. Pyrénées –Atlantiques : EJCCAS* n°25-1, p. 6). Ne sont pas pris en compte, les créances alimentaires, l'allocation de logement, les allocations familiales, la retraite de combattant, l'allocation compensatrice de tierce personne.

[257] Comm. centr. aide soc., 5 fév. 1992, *Dép. Paris : EJCCAS* n° 27-1, p.1

de l'aide matérielle apportée par un membre de sa famille habitant chez elle ou à proximité[258].

261. Il n'est pas tenu compte de l'état de santé de la personne âgée, ni même de son état d'incapacité due à un handicap. Ainsi une personne s'est vu refuser cette aide-ménagère alors qu'elle a un taux d'incapacité de 100 %, l'allocation relevant de l'aide aux personnes âgées et non aux personnes handicapées[259]. Ainsi peut-on se trouver devant une situation où une personne handicapée âgée, incapable de pourvoir seule aux tâches ménagères, bénéficiera par ailleurs d'une PCH pour les aides humaines concernant sa personne, mais vivra dans un logement insalubre.

262. Le montant de cette allocation simple à domicile est fixé au niveau du montant de l'allocation aux vieux travailleurs salariés prévu à l'article L.811-1 du Code de la sécurité sociale[260]. Un complément d'allocation peut être accordé, à titre extra-légal, par des caisses de retraite. L'initiative est laissée aux organes délibérants de ces caisses d'en fixer les critères d'attribution et le montant, et peut donc être accordée à des personnes dont les ressources excèdent le plafond de l'aide légale. Cette liberté laissée à l'appréciation des caisses laisse apparaître des disparités selon les politiques d'utilisation des fonds d'action sociale des caisses. Contrairement à l'aide légale, elle ne peut faire l'objet d'un recours en récupération sur la succession du bénéficiaire. L'aide-ménagère est surtout financée par la CNAV à environ 40 % des heures d'aide-ménagère effectuées[261].

263. Lorsqu'un service d'aide-ménagère existe dans la commune, la personne âgée « privée de ressources suffisantes » fait une demande, suivant la procédure d'aide sociale[262], instruite par le CCAS ou le CIAS (Centre intercommunal d'action sociale) et transmise avec avis au président du Conseil départemental dans le mois de son dépôt. Une procédure d'urgence peut être

[258] Comm. centr. aide soc., 14 sept.1995, *Dép. Gers*, : *EJCCAS* n° 25-7, p.1
[259] Comm. centr. aide soc., 22décembre 200, *CJAS* n° 2001/08, p.231
[260] Art. L. 231-1 du CASF
[261] BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, op. cit. p.376
[262] Art. L. 131-1 du CASF

actionnée si la personne âgée est « privée brusquement de l'assistance de la personne dont l'aide était nécessaire au maintien à domicile ». La décision est alors prise par le maire qui le notifie dans les trois jours au président du Conseil départemental[263].

264. Suivant l'évaluation des besoins, le président du Conseil départemental attribue le montant de l'allocation dans la limite de 30 heures par mois avec une participation financière horaire du bénéficiaire, variable suivant les départements.

265. Une allocation représentative de services ménagers est accordée dans le cas où aucun service d'aide-ménagère n'existe dans la commune ou si la personne âgée opte expressément pour le versement de l'allocation pour la rémunération de la personne de son choix qu'elle emploiera de gré à gré. L'effectivité de l'emploi devra être justifiée.[264] Le montant de l'allocation est fixé par le président du Conseil départemental, mais ne peut excéder 60 % du coût de l'intervention d'un service d'aide-ménagère agréé. Pour compenser partiellement le reste à charge important pour la personne âgée, les règles de la réduction d'impôt pour l'emploi familial s'appliquent, ainsi que l'exemption des cotisations sociales de charges patronales à verser à l'URSSAF. Les réductions d'impôt, actuellement de 50 %, plafonnées à 7.500 euros, peuvent être augmentées éventuellement lorsque le contribuable a des personnes à charge, pour un avantage fiscal maximal de 9.000 euros. Des incitations fiscales existent également pour des personnes qui veulent aider leurs parents, si elles embauchent une aide à domicile pour leurs parents bénéficiaires de l'APA. Cette incitation fiscale est incompatible avec la réduction pour pension alimentaire.

266. Les fonctionnaires de l'Etat, ne pouvant bénéficier de ce régime général des retraites, font l'objet de dispositions spécifiques, principalement pour ceux qui ne sont pas éligibles aux aides instituées par les Conseil généraux. L'aide n'est pas cumulable avec les aides de même nature (APA) ou

[263] Art. L. 131-3 du CASF
[264] Art. 7 du D. n°54-1128 du 15 nov. 1954

en compensation du handicap (PCH, PSD). Ainsi, pour la prévention de la dépendance et le maintien à domicile des agents de l'Etat retraités, une aide s'est-elle substituée à l'aide-ménagère à domicile (AMD) qui avait été supprimée en 2009, et était entrée en vigueur en juillet 2012[265]. Le décret affirme dans ses objectifs vouloir « réduire le risque de perte d'autonomie des personnes âgées en évitant l'apparition, le développement ou l'aggravation de maladies ou d'accidents et en favorisant l'évolution des comportements individuels et collectifs contribuant à cet objectif » [266].

267. La Caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAV) est chargée par convention avec le Ministre chargé de la sécurité sociale et le Ministre chargé de la fonction publique de gérer ce nouveau dispositif jusqu'à l'évaluation prévue au 31 décembre 2015. Elle a à informer les bénéficiaires potentiels, instruire leurs demandes, faire évaluer les besoins par une structure évaluatrice indépendante, établir des plans d'action personnalisés, effectuer le versement de l'aide aux bénéficiaires ou le paiement aux services d'aide à la personne vers lesquels elle a à les orienter.

268. Sont prévus deux types d'actions :

1) des aides directes à la personne
   - pour le maintien à domicile, vie quotidienne, portage de repas, etc. ;
   - pour garantir la sécurité, notamment la téléalarme ;
   - pour faciliter les sorties du domicile, accompagnement lors des transports et aide aux vacances ;
   - pour soutenir ponctuellement lors de retour d'hospitalisation[267] ou de fragilité physique ou sociale[268].
2) une aide financière pour les aménagements du domicile[269].

[265] D. n° 2012-920 du 27 juillet 2012 relatif à l'introduction d'une aide au maintien à domicile pour les retraités de l'Etat, NOR: *RDFF1221493D*
[266] Art. 1 D. précit.
[267] Dispositions (ARDH) existant pour les retraités du régime général, circ. CNAV n° 2011-13 du 3 février 2011
[268] Dispositions (ASIR) existant pour les retraités du régime général, circ. CNAV n° 2012-29 du 23 mars 2012

Elle n'intervient qu'après l'accord de la caisse de retraite et avant le début des travaux.

269. Plusieurs conditions cumulatives sont à remplir pour être bénéficiaire de ce dispositif :

- statutaire : être titulaire d'une pension de retraite civile de l'Etat ou une pension de retraite servie au titre du régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'Etat défini par le décret du 5 octobre 2004 et être âgé d'au moins cinquante-cinq ans. Peuvent être aussi bénéficiaires les ayant-cause veufs et veuves titulaires de la pension de réversion ;
- avoir un degré de dépendance de GIR5 ou 6 de la grille nationale de mesure de la dépendance AGGIR. On notera qu'il s'agit des personnes les plus autonomes dans la vie quotidienne de cette classification ;
- les ressources mensuelles doivent être inférieures au plafond fixé par l'arrêté[270] fixant le barème de l'aide au maintien à domicile pour les retraités de l'Etat, soit de 1.102 euros pour une personne seule et de 1.758 euros pour un ménage (au 25 septembre 2012). La participation de l'Etat varie aussi en fonction des ressources suivant des paliers allant, pour l'aide personnalisée, de 90 % pour des ressources inférieures à 807 euros pour une personne seule ;64 % pour des ressources comprises entre 1.055 euros et 1.102 euros pour une personne seule ; et entre 1.696 euros et 1.758 euros pour un ménage. De même les aides à l'aménagement varient de 65 % à 43 %.

[269] Dispositions existant pour les retraités du régime général, circulaire CNAV n° 2012-47 du 6 juin 2012

[270] Arr. du 25 septembre 2012 relatif au barème de l'aide au maintien à domicile pour les retraités de l'Etat, NOR: *RDFF1231798A*

II – Le financement par les prestations sociales : l'allocation personnalisée d'autonomie et la prestation du handicap.

270. L'APA, allocation pour les personnes âgées dépendantes, créée en 2002 et la PCH pour les personnes handicapées, créée en 2005, financent en partie les aides nécessaires à leur maintien à domicile. L'apport de l'Etat se fait par l'intermédiaire de la Caisse nationale de solidarité, créée par la loi du 30 juin 2004[271]. Le financement de celle-ci est réalisé par la solidarité nationale, à travers la journée de solidarité[272] que le législateur laisse le soin aux entreprises d'organiser[273] : soit par la suppression d'un jour férié chômé autre que le 1er mai, soit par la suppression d'un jour résultant de la réduction du temps de travail, soit toute autre modalité. Pour 2014, cette journée a rapporté 2,48 milliards d'euros à laquelle il faut ajouter l'apport de 0,1% de la contribution sociale généralisée pour 1,26 milliards d'euros[274] et celui des caisses de retraite pour 100 millions d'euros. Ces recettes propres de la CNSA financent en particulier des concours aux départements pour l'APA, la PCH et le fonctionnement des MDPH. En 2013, 1 718 240 personnes âgées ont bénéficié de l'APA dont 715 180 à domicile[275].

§1 - L'aboutissement de tâtonnements législatifs : l'allocation personnalisée d'autonomie (APA)

271. La Prestation expérimentale dépendance (PED), créée par l'article 38 de la loi du 25 juillet 1994, et expérimentée dans douze départements pendant douze mois devait être une prestation unique se substituant à l'aide-ménagère légale et l'aide-ménagère extra-légale des

[271] L. n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées, NOR : *SOCX0300201L*
[272] Art. L212-16 C. trav.
[273] Information DGT no 2008-04 du 10 avril 2008 relative à la mise en œuvre de la journée de solidarité , NOR : MTST0810805X (Texte non paru au Journal officiel)
[274] Source CNSA, les chiffres clés de l'aide à l'autonomie en 2015, p7
[275] Source CNSA, les chiffres clés de l'aide à l'autonomie en 2015, p8

caisses de Sécurité sociale. Elle devait allier deux prestations de natures juridiques distinctes : d'une part l'allocation pour tierce personne prévue dans la loi du 30 juin 1975 et versée par département ; d'autre part une prestation extra-légale, la prestation supplémentaire dépendance, financée par l'action sociale du régime vieillesse du régime général et la MSA pour les retraités du régime agricole.[276] Mais cette allocation reste toujours dans le champ de l'aide sociale, c'est-à-dire réservée aux personnes âgées les plus nécessiteuses. Or, bon nombre de personnes dépendantes ont des revenus moyens qui ne leur permettent pas de faire face aux frais occasionnés par la dépendance.

272. Alors que l'expérimentation allait faire entrer en scène de nouveaux départements, le calendrier politique avec la campagne présidentielle de 1995 où tous les candidats se disent favorables à la création d'une prestation de solidarité nationale pour la dépendance, vient perturber sa généralisation. Un projet de loi pour une « prestation autonomie » en nature pour les plus de soixante-cinq ans, et donnant lieu de recours sur succession, se heurte à l'hostilité des sénateurs pour des raisons de maîtrise des dépenses publiques. Le gouvernement décide alors de reporter l'examen du projet en 1997 pour éviter d'alourdir les finances publiques.

273. En juillet 1996, ces mêmes sénateurs déposent une proposition de loi pour une réforme de l'ACTP, qui constitue un risque de dérive financière avec le nombre croissant de personnes âgées dépendantes éligibles à l'aide sociale bénéficiant de l'ACTP. Le rapport de la Cour des comptes de 1995 avait par ailleurs signalé le coût exponentiel de l'ACTP dû principalement aux personnes âgées dépendantes[277]**.** L'idée est de bien différencier la prise en charge du handicap et de la dépendance avec, dans les faits, un accès plus restrictif pour les personnes âgées dépendantes. Déjà des voix s'élèvent pour dénoncer le caractère arbitraire d'un traitement différent quand le handicap survient avant ou après soixante ans. C'est d'autant plus illégitime que cette

[276] FRINAULT (T.), *La dépendance, un nouveau défi pour l'action publique*, Presses universitaires de Rennes, 2009, p.61
[277] FRINAULT (T.), op. cit., p. 76

séparation juridique des publics n'est pas retenue par les pays européens voisins pour une prise en charge différenciée.

274. Le Sénat, voix des collectivités territoriales en général et des Conseils généraux en particulier, obtient que ceux-ci maîtrisent la gestion de la PSD dans toutes les phases de son attribution. Auparavant, l'attribution de l'ACTP était décidée par la COTOREP où les représentants départementaux étaient minoritaires, et où le président du Conseil dépatemental n'avait qu'à rendre une décision d'admission à l'aide sociale en en vérifiant l'éligibilité. La PSD étant à la charge des Conseils généraux, ceux-ci veulent que soit appliqué l'adage « qui paie, décide ».

275. Mais la PSD comporte des insuffisances, dont celle, et non des moindres, qui est de limiter fortement l'accès en fixant un seuil de ressources très bas[278]. Comme pour la PED, nombre de personnes aux revenus modestes sont exclues. Restriction aussi aux personnes les plus dépendantes (classées GIR1 à 3)[279]. De plus**,** le spectre du recours en récupération sur les successions et les donations empêche beaucoup de personnes de demander l'allocation, même si des conditions de cette récupération sont posées. Par exemple, les sommes versées au titre de la PSD ne sont récupérables que pour la partie de l'actif excédant 46 000 euros . Par contre, il n'est plus question d'obligation alimentaire, caractère subsidiaire de l'aide sociale. La PSD présente aussi le défaut de la disparité des montants versés suivant les départements. En effet, disparaissent les barèmes nationaux que l'on trouve dans l'ACTP. Désormais les règlements départementaux déterminent un plafond et le montant versé est modulé suivant l'état de dépendance mesuré par l'équipe médico-sociale d'évaluation.

[278] Art. 7 du décret 97-427, pour une personne seule 72.000 F par an , 120.000 F pour un couple.
[279] Art. 6 du Décret 97-427 du 28 Avril 1997, portant application de certaines dispositions de la loi n° 97-60 du 24 janvier 1997 tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance. Notons que les critères de l'évaluation de la dépendance sont harmonisés sur l'ensemble du territoire avec la grille AGGIR.

276. La loi relative à la prise en charge de la dépendance des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie[280] est adoptée en 2002, après d'âpres discussions entre le gouvernement et le Sénat, la haute Assemblée déplorant une fois de plus que « le projet de l'APA représente une grave menace pour les finances locales », que « le financement de l'APA fait peser une lourde menace sur la Sécurité sociale », enfin que « le financement de l'APA n'est pas assuré[281] ». En 2012, les dépenses d'aide sociale en faveur des personnes âgées, pour la vie à domicile ou en établissement, s'élevaient à 6,9 milliards d'euros (en progression de 0,2% par rapport à 2011) dont 3,6 milliards d'euros pour l'aide à domicile (en baisse de 1,5% par rapport à 2011)[282]. Ces dépenses à la charge des départements sont compensées en partie par l'Etat, par l'intermédiaire de la Caisse nationale de solidarité à hauteur, sensiblement de 1,74 milliards d'euros[283].

277. L'allocation personnalisée d'autonomie a vocation à remplacer la PSD et l'ACTP. Elle est un droit universel, non soumise à un plafond de ressources et versée aux personnes de plus de 60 ans, pour les aider à financer divers services. Elle est réservée aux personnes dont les critères de dépendance les placent dans les groupes 1 à 4 de la grille AGGIR c'est-à-dire des personnes dont la restriction de leur autonomie nécessite une présence quasi constante d'une tierce personne pour l'accomplissement des actes de la vie quotidienne. Par rapport à la PSD, l'APA s'ouvre à des personnes moins dépendantes.

278. Le plan d'aide est établi par une équipe médico-sociale, dont l'un des membres se rend au domicile et évalue les besoins de la personne âgée. L'allocation varie selon le GIR auquel appartient la personne et selon ses

[280] L. n° 2001-647 du 20 juillet 2001 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie (1) NOR: MESX0100027L , JORF n° 167 du 21 juillet 2001 page 11737

[281] Rapport fait par M. Alain Vasselle sénateur, n° 375, Annexe au procès-verbal de la séance du 13 juin 2001

[282] AMAR (E.), « Les dépenses d'aide sociale départementales en 2012 », *DRESS Etudes et résultats*, n°870, février 2014, p5

[283] Source CNSA, « Les chiffres clés de l'aide à l'autonomie 2015 », p8

ressources. Si le principe est simple, la mise en œuvre relève d'un mécanisme difficilement accessible à la compréhension du citoyen non spécialiste.

279. En effet, le montant maximum de l'allocation est égal au montant de la majoration pour tierce personne (établi par la Sécurité sociale) multiplié par un indice qui varie suivant le GIR (GIR1 : indice 1,19 ; GIR2 : indice 1,02 ; GIR3 : indice 0,765 ; GIR 4 : indice : 0,51).

280. Le montant des prestations d'allocation personnalisée alloué au bénéficiaire, qu'il soit à son domicile ou hébergé en établissement, est calculé en fonction de ses ressources[284]. Celles-ci comprennent non seulement les revenus professionnels, mais aussi « la valeur en capital des biens non productifs de revenu, qui est évaluée dans les conditions fixées par voie réglementaire »[285]. L'article R. 132-1 prévoit que : « Pour l'appréciation des ressources des postulants prévue à l'article L.132-1, les biens non productifs de revenu […] sont considérés comme procurant un revenu annuel égal à […] 3 % du montant des capitaux. Ainsi a été confirmé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Thomas[286]**,** que la valeur d'un contrat d'assurance-vie, versé sous forme de capital ou de rente du vivant du souscripteur, relevant des articles 132-12 et 132-13 du Code des assurances, doit être regardé comme relevant « des biens non productifs de revenu », au sens des articles L.132-1 et R.132-1 du CASF.

281. Le reste à charge pour la personne âgée dépend de ses ressources qui sont les revenus déclarés dans le dernier avis d'imposition, exceptées diverses allocations : pension alimentaire, retraite de combattant, etc. « Selon les barèmes relatifs au décret n° 2003-278 du 28 mars 2003 applicables pour les bénéficiaires de l'APA à domicile, dont les droits sont attribués, révisés ou renouvelés à partir du 1er avril 2003, la participation financière est nulle si les revenus mensuels sont inférieurs à 0,67 fois le montant de la majoration tierce personne (MTP1). Elle varie ensuite progressivement de 0 % à 90 % du montant du plan d'aide, si les revenus sont

[284] Art. L.232-4 et L.232-8, du CASF
[285] Art. L. 132-1al.1 et L.132-2 du CASF
[286] CE n° 321577 du 20 mai 2010,

compris entre 0,67 et 2,67 fois la MTP. Enfin, elle est égale à 90 % du montant du plan d'aide, si les revenus sont supérieurs à 2,67 fois la MTP».[287] Pour être exonéré de toute participation financière, il faut avoir un revenu mensuel de 689, 50 euros, ce qui place ce plafond bien au-dessous du seuil de pauvreté. Malgré ce plafond de ressources déjà bien bas, on peut s'étonner que « les montants moyens des plans d'aide attribués par GIR étaient en juin 2009 inférieurs de 29 % aux plafonds nationaux fixés pour l'APA. Ce ratio est stable depuis fin 2007[288] ».

282. Le rapport du 4 février 2009 de la Cour des comptes[289] souligne le défaut de coordination des intervenants, et l'éclatement des services pour la prise en charge à domicile des personnes dépendantes. De plus, le reste à charge reste trop important « limitant fortement les possibilités de maintien à domicile ». La Haute juridiction cite pour exemple : « une personne en GIR 1 recevait en moyenne mensuelle 770 euros d'APA, ce qui lui permettait de financer 48 heures d'aide à domicile soit 46 % du temps d'aide nécessaire tel que défini par la grille AGGIR (la grille AGGIR est l'outil permettant d'évaluer l'état de dépendance) ». L'exemple est éloquent pour montrer qu'il est impossible dans ces conditions que la personne puisse vivre dans des conditions acceptables de sécurité à domicile. Un différentiel est également important pour une personne handicapée percevant la PCH pour une aide humaine. Par exemple, le coût horaire payé par la PCH est de 17,52 euros alors que le coût réel de la prestation est de 28 euros, soit 37 % d'écart.

283. L'APA ne peut pas faire l'objet d'une action en récupération sur la succession du bénéficiaire, conformément à l'article L.232-19 du CASF. Mais s'agissant de versements indûment payés par la collectivité du vivant du bénéficiaire, ceux-ci sont considérés comme une dette de succession transmissible aux héritiers. Ces derniers doivent contribuer au remboursement

[287] DEBOUT**,** (C.), ET LO (S.-L.), DRESS n° 710, *L'allocation personnalisée d'autonomie et la prestation de compensation du handicap au 30 juin 2009*, novembre 2009.
[288] DEBOUT**,** (C.) ET LO (S.-L.), DRESS, ibid p.4.
[289] C.comptes, Synthèse du rapport annuel, p57, http://www.ccomptes.fr/fr/CC/documents/Syntheses/Synthese-RPA-2009.pdf

de cette dette à proportion de leur propre part successorale, et strictement dans la limite de celle-ci[290].

284. Le plan d'aide est établi selon les besoins de la personne, mais ne couvre pas la totalité de ce qui est nécessaire. En effet, il est plafonné suivant les GIR ; GIR 1 : 1.066,94 euros, GIR 2 : 914,52 euros, GIR 3 : 685,89 euros et GIR 4 : 457,26 euros. En novembre 2002, le nombre d'heures d'aide utilisées est en moyenne de 43 heures mensuelles représentant 92 % de l'allocation versée. Un tiers des bénéficiaires n'a pu faire financer qu'une demi-heure ou une heure par jour. Le nombre d'heures est évidemment fonction du degré de dépendance de la personne : 73 heures pour les bénéficiaires en GIR 1, 59 heures pour ceux en GIR 2, 45 heures pour ceux en GIR 3 et 28 heures pour les bénéficiaires en GIR 4[291]. Ces chiffres sont éloquents et montrent que les personnes les plus dépendantes ne disposent que de 2 h 30 par jour environ d'aide d'une tierce personne professionnelle.

285. Pour permettre de mieux couvrir les besoins des personnes âgées dépendantes, la loi pour l'adaptation de la société au vieillissement[292] prévoit diverses mesures relatives à l'APA, notamment l'APA à domicile. Elle prévoit de revaloriser les plafonds des plans d'aide pour tout bénéficiaire, de façon encore plus importante pour les personnes les plus dépendantes. Ainsi, après une évaluation « multidimensionnelle » par l'équipe médico-sociale du département, un plan d'aide est établi dont le montant, en référence à la majoration pour tierce personne[293] est revalorisé au 1er janvier de chaque année. Cette référence à la majoration pour tierce personne est une mesure d'harmonisation entre le système d'allocation en cas d'invalidité pour une aide constante de tierce personne et le régime commun de l'APA. L'évaluation prend en compte, non seulement le degré de perte d'autonomie de la personne suivant les critères de la grille AGGIR, mais aussi les besoins des proches

[290] CE n° 316750 du 10 mars 2010.
[291] METTE (C.), « Allocation personnalisée d'autonomie à domicile : une analyse des plans d'aide », DRESS, *Etudes et résultats* n° 293, février 2004, p.4
[292] L.n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement NOR : AFSX1404296L
[293] Art. L. 355-1 CSS

aidants[294]**.** Les référentiels de ceux-ci seront déterminés par arrêté ministériel, notamment pour des séjours temporaires ou des accueils de jour. L'APA pourra être majorée ponctuellement en cas d'hospitalisation des proches aidants pour faire face au manque de prise en charge qui surviendrait.

286. La participation financière de la personne bénéficiaire à son plan d'aide est déterminée par ses ressources, comme pour toute personne réclamant l'aide sociale[295]**,** comprenant ses revenus d'activité et la valeur en capital des biens non productifs. Le montant de l'allocation sera diminué de cette participation.

287. La question a été posée par un honorable parlementaire[296] de savoir si le versement devait être suspendu lors d'une hospitalisation à domicile à partir du 31e jour d'hospitalisation comme dans un établissement de santé. En effet certains Conseils généraux continuent à la verser, alors que d'autres la suspendent arguant que le patient/allocataire est pris en charge par l'Assurance maladie puisque le service d'HAD dépend d'un établissement de santé. La réponse ministérielle est sans ambiguïté : « [...]. Ces deux modes de prise en charge, l'accompagnement pour les actes de la vie quotidienne d'une part, les soins médicaux d'autre part, s'exercent en effet sur deux registres différents. L'HAD permet d'assurer au domicile du patient des soins médicaux et paramédicaux ponctuels, notamment en cas de maladies non stabilisées (chimiothérapie), des soins de réadaptation au domicile, notamment en cas de maladie cardiaque ou de traitement orthopédique, ou des soins palliatifs… Dès lors, l'APA n'est pas suspendue à partir du 31e jour d'hospitalisation à domicile[297][…] ».

[294] Définition donnée par l'art. L. 113-1-3 nouveau CASF
[295] Art. L.132-1 CASF
[296] Question écrite n° 04728 de M. Christian Namy, sénateur de la Meuse
[297] Rép.min. n° 04728, JO Sénat du 27 mars 2014

§2 - L'égalité des droits : la Prestation de compensation du handicap (PCH).

288. La prestation de compensation est la mesure emblématique du droit à compensation inscrit dans la loi du 11février 2005, dite loi Handicap[298]. La loi dispose en effet en l'article L.114-1-1 que : « La personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie. ». En 2002, la loi de modernisation sociale[299] disposait déjà que : « La personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie, et à la garantie d'un minimum de ressources lui permettant de couvrir la totalité des besoins essentiels de la vie courante »[300]. On peut remarquer que dans l'écriture des articles de la loi de 2005, n'apparaît plus « la garantie d'un minimum de ressources lui permettant de couvrir la totalité des besoins essentiels de la vie courante » de la loi de modernisation sociale. Le législateur de 2005 a sans doute craint l'explosion des dépenses publiques et surtout les litiges provenant de l'imprécision de la formulation.

289. La prestation de compensation[301], aspect individuel du droit à compensation, est ouverte à toute personne répondant aux critères de handicap définis par la loi du 11 février 2005 : « constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou trouble de santé invalidant ». Cette prestation est destinée dans son principe à compenser le surcoût engendré par le handicap.

[298] L. n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, NOR: SANX0300217L
[299] L. n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, NOR: MESX0000077L
[300] Art. 53 de la loi précitée, repris à l'art.L.114-1 du CASF
[301] Art. L.245-1 du CASF

290. Monsieur Serge Milano, directeur de cabinet du secrétariat d'Etat aux personnes handicapées déclarait à propos de la loi du 11 février 2005 que la compensation « […] visait dans son principe à neutraliser le coût du handicap[302] » .

291. Elle ne doit pas rentrer dans la détermination des ressources lors des demandes d'allocation du RSA dès lors que cette prestation « sert à rémunérer un tiers ne faisant pas partie du foyer du bénéficiaire du revenu de solidarité active ».[303]**.** Par contre, si l'intervenant auprès de la personne percevant la PCH est allocataire du RSA et fait partie du foyer elle devra déclarer les salaires liés à son intervention. Deux situations peuvent alors intervenir :

- l'aidant familial est salarié par la personne handicapée, ses ressources sont considérées comme des revenus professionnels,
- l'aidant familial n'est pas salarié mais dédommagé, les indemnités sont considérées comme des revenus d'activité non salariée[304].

292. Les prestations d'aide sociale versées par l'État ou le département peuvent faire l'objet de recours en récupération à l'encontre du bénéficiaire revenu à meilleure fortune ou contre sa succession, ou à l'égard du donataire ou du légataire de ce bénéficiaire[305]. Comme l'APA, depuis la loi dite « Handicap » du 11 février 2005, la PCH ne peut pas faire l'objet d'une récupération en matière d'aide sociale, ni contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune, ni contre ses héritiers lors de la succession s'ils sont son conjoint, ses enfants, ses parents ou la personne qui a assumé de façon constante et effective la charge de la personne handicapée[306].

---

[302] MILANO S. « La loi du 11 février 2005 : pourquoi avoir réformé la loi de 1975 ? » *RDSS, 2005,* n° 3, p.361
[303] Art. R. 262-11 du CASF
[304] Lettre-circ. CNAF n° 2010-067, 21 avr. 2010
[305] Art. L. 132-8 et L. 132-9 du CASF
[306] Art. L. 344-5 du CASF

III - L'incitation fiscale : l'exonération de la charge patronale et taux de TVA spécifique

293. Des mesures fiscales existent déjà pour inciter les familles à garder à domicile des parents âgés dépendants. Elles ne visent pas directement le recours à des services à domicile mais contribuent à alléger la charge financière de l'usager ou des familles en cas de maintien des ascendants à domicile. Ainsi, l'accueil de personnes âgées de plus de 75 ans, dont le revenu imposable n'excède pas un plafond prévu pour l'allocation de solidarité aux personnes âgées (ASPA), soit 9.447,21 euros pour une personne seule et 14.667,32 euros pour un couple marié dont l'un des conjoints a plus de 75 ans[307], donne droit à une diminution du revenu imposable de l'hébergeant sans imposition pour l'hébergé au titre des avantages en nature. La somme forfaitaire (3.386 euros[308]) déductible n'est pas susceptible de justification de dépenses effectives. Le mécanisme de l'obligation alimentaire pour le parent, grand-parent, beau-parent joue également[309]. Notons que l'administration fiscale n'a fixé aucun plafond dans ce cas, mais il ne peut y avoir cumul entre cet avantage fiscal et celui de la réduction d'impôt accordé en cas d'emploi d'un service à domicile pour une personne répondant aux critères de l'attribution de l'APA ou de la PSD. Les notaires[310] conseillent de penser à la mise à disposition gracieuse d'un logement pour des ascendants aux ressources insuffisantes au titre du prêt à usage ou commodat[311], considérée par l'administration fiscale comme une obligation alimentaire. Ils suggèrent que la législation puisse évoluer pour permettre de récompenser l'enfant qui aura pris en charge son ascendant « au-delà des exigences de la piété filiale » rejoignant en cela la Cour de cassation[312] qui admet qu'il y a « à la fois appauvrissement pour l'enfant et enrichissement corrélatif des parents ». Allant plus loin, ils

[307] Au 01/01/2014
[308] Au 01/01/2014
[309] Art. 205 et suiv. CC
[310] PERREAU-BILLARD (F.), « Comment faire face à la dépendance ? Ebauche de solutions notariales », *AJ Famille, 2003*, p 263
[311] Art. 1875 CC
[312] Cass. 1ère civ., 5 janv. 1999, Juris-Data, n° 000049

préconisent qu'un tiers ayant assuré effectivement et constamment la charge d'une personne âgée dépendante ne devrait pas se voir appliquer les règles de récupération sur un legs ou don par la collectivité publique[313]**.** De telles mesures seraient susceptibles d'encourager les familles et les proches à maintenir à domicile des personnes âgées. Les notaires constatent aussi au moment de la succession, la disparité des règles de calcul applicables en matière de récupération des aides sociales entre les départements.

294. Le recours à un service à la personne à domicile est encouragé fiscalement depuis 1991[314]. En effet, peut bénéficier d'une réduction d'impôt de 50 % des sommes versées comprenant les salaires et les charges, tout utilisateur d'un service à domicile dans la limite d'un plafond défini annuellement. Mais cette mesure ne visait que les ménages payant des impôts, aussi depuis 2007, les ménages exonérés d'impôts bénéficient d'une mesure fiscale sous forme de crédit d'impôts, créance d'un contribuable sur l'administration fiscale.

295. Mais selon l'INSEE, le crédit d'impôts n'aurait qu'étendu partiellement la mesure. « Ainsi, parmi les ménages utilisateurs qui ne bénéficiaient pas de la réduction d'impôt, essentiellement des personnes âgées, seuls 12 % ont bénéficié du crédit d'impôt en 2007[315] ».

§1- L'exonération de la charge patronale

296. La loi n°87-39 du 27 janvier 1989 dite loi Séguin[316] avait encouragé l'emploi en exonérant des charges patronales pour la garde des

[313] PERREAU-BILLARD (F.), ibid p. 265
[314] L. n° 91-1323 du 30 décembre 1991 de finances rectificative pour 1991 NOR: ECOX9100184L Version consolidée au 01 janvier 2011
[315] MARBOT(C.), ROY(D), « Services à domicile : quel effet des incitations fiscales ? », *Insee Analyses*, n° 1, octobre 2011
[316] L. 87-39 du 27 janvier 1987 portant diverses mesures d'ordre social, publiée au J. O du 28 janvier 1987.

enfants de moins de trois ans et des personnes âgées de plus de soixante-dix ans à domicile. Cette loi a donné l'essor aux services mandataires destinés à aider les personnes âgées dans le recrutement et les formalités administratives pour l'emploi d'aides à domicile. La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2013 (LFSS)[317] prévoit que les particuliers employeurs des salariés à domicile n'auraient plus le choix de payer les cotisations sociales de leurs salariés, soit sur leur salaire réel, soit sur un forfait égal au SMIC, cette dernière solution étant défavorable aux salariés car elle réduisait leurs droits sociaux à la retraite, au chômage, aux indemnités journalières, à l'invalidité[318]. Mais, précise le projet de loi, cette mesure ne s'applique pas aux aides à domicile pour personnes âgées et personnes handicapées pour lesquelles il existe des exonérations spécifiques.

297. Peuvent être exonérées totalement des charges patronales d'assurances sociales, d'accidents du travail et d'allocations familiales les personnes qui emploient une aide à domicile, si elles répondent aux critères suivants :

- « des personnes ayant atteint un âge déterminé et dans la limite, par foyer et pour l'ensemble des rémunérations versées, d'un plafond de rémunération fixé par décret ;
- des personnes ayant à charge un enfant ouvrant droit au complément de l'AEEH mentionné à l'article L. 541-1 ;
- des personnes percevant la prestation de compensation du handicap ;
- des personnes remplissant la condition de perte d'autonomie prévue à l'article L. 232-2 du Code de l'action sociale et des familles[319] ».

[317] L. n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 NOR: EFIX1235628L

[318] « La mesure proposée consiste à supprimer la possibilité de cotiser sur le forfait. Les employeurs devront désormais payer les cotisations sociales sur le salaire réel, ce qui garantira un meilleur niveau de protection sociale aux salariés concernés ». LFSS 2013

[319] Art. L.241-10 CGI

298. Sont également exonérés des mêmes charges, les CCAS et les organismes habilités au titre de l'aide sociale ou ayant passé convention avec un organisme de Sécurité sociale, pour la part de prestations concernant les bénéficiaires énoncés plus haut. De plus, les rémunérations des aides à domicile ayant la qualité d'agent titulaire d'un Centre communal ou intercommunal d'action sociale bénéficient d'une exonération de 100 % de la cotisation d'assurance vieillesse due au régime visé au 2° de l'article R.711-1 du Code des impôts pour la fraction de ces rémunérations remplissant les conditions définies au premier alinéa du présent paragraphe.

Les entreprises marchandes peuvent voir dans ces dispositions matière à concurrence déloyale.

§2- Le taux de TVA spécifique

299. Jusqu'au 1er janvier 2012, un même taux de TVA présidait pour les services à la personne, quel que soit le type de prestation ou le public à qui ils s'adressaient. Il ne paraissait pas juste que des prestations de confort bénéficient du même régime que celles qui étaient dispensées dans un cadre souvent vital pour des personnes âgées ou des personnes handicapées. A l'occasion de la hausse de la TVA visant à équilibrer les finances publiques, le gouvernement a conservé le taux de 5,5 % pour : « Les prestations de services exclusivement liées aux gestes essentiels de la vie quotidienne des personnes handicapées et des personnes âgées dépendantes qui sont dans l'incapacité de les accomplir, fournies par des associations, des entreprises ou des organismes déclarés en application de l'article L. 7232-1-1 du Code du travail, dont la liste est fixée par décret, à titre exclusif ou à titre non exclusif pour celles qui bénéficient d'une dérogation à la condition d'activité exclusive selon l'article L. 7232-1-2 du même Code[320] ». Les autres prestations de services à la personne se voient appliquer un taux de 7 %. On peut néanmoins regretter

[320] Art.13 L. n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011 NOR: BCRX1130599L

qu'un taux inférieur à 5,5 % n'ait pas été appliqué avant que la directive européenne du 28 novembre 2006, dans le but d'une harmonisation fiscale européenne, ne dispose que les taux réduits soient fixés à un pourcentage de la base d'imposition qui ne peut être inférieur à 5 %[321].

300. Mais, une différence d'imposition est faite entre les services gérés par des organismes de type associatif ou communaux tels les CCAS, et les services commerciaux à but lucratif. En effet, les premiers sont exonérés de la taxe sur la valeur ajoutée comme le sont un certain nombre de prestations ou d'opérations énumérées à l'article 261 du Code général des impôts. Notamment, celui-ci dispose que sont exonérés de la TVA « les services à caractère social, éducatif, culturel ou sportif rendus à leurs membres par les organismes légalement constitués agissant sans but lucratif, et dont la gestion est désintéressée ».

301. Ainsi, pour éviter que ne soit avancé l'argument de la concurrence déloyale entre services à domicile autorisés et services à domicile agréés, ne devrait-on pas exonérer les seconds de la TVA à la condition que les prestations soient financées par la PCH ou par l'APA et que le tarif soit convenu ? Cette égalité de traitement aurait pour avantage d'une part que l'aide à domicile soit attractive pour les services marchands et que les usagers de ces services aient davantage de choix.

Section 3 - Le rendez-vous manqué de la mise en cohérence des dispositifs : le « 5e risque »

302. Le 5e risque - ou risque de la dépendance - est devenu l'Arlésienne des politiques sociales en direction des personnes âgées et des personnes handicapées. Les annonces succèdent aux annonces, un comité

[321] Art. 99 §1 de la Dir. 2006/112 du 28 novembre 2006

interministériel est composé pour préparer le débat[322], les échéances déclarées sont quelque temps plus tard démenties pour être enfin reportées à une date ultérieure.

303. L'enjeu est de taille et l'on comprend aisément qu'il ne puisse se traiter facilement. Une question essentielle se pose : qui va financer, et subsidiairement, comment ? S'agira-t-il de l'Etat, des collectivités locales, de la personne dépendante et/ou de sa famille ?

304. Nombreux sont les auteurs qui relèvent que la France est dans une position d'indécidabilité depuis plus de deux décennies face à une question urgente, alors que d'autres pays européens ont engagé des réformes. Un horizon semblait se dessiner puisque le Ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité, et la secrétaire d'Etat chargée de la solidarité, ont présenté le 28 mai 2008 aux membres du conseil d'administration de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA) les orientations du gouvernement visant à créer un « cinquième risque », appelé aussi « risque dépendance[323] » protégeant les Français en cas de perte d'autonomie.

305. La première difficulté tient dans la définition et à l'évaluation de la dépendance. Comme le soulignent les auteurs : « La notion de dépendance, distincte de la vieillesse et de la maladie, ne reçoit pas de définition incontestée[324] ». En effet, elle est déterminée par des critères qui peuvent varier, non seulement suivant les capacités de la personne à se prendre en charge sans l'assistance d'un tiers mais aussi des coûts engendrés par les politiques sociales choisies.

306. La mesure phare serait la création d'un droit universel à un plan personnalisé d'aide à l'autonomie pour les personnes handicapées et les

[322] D. n° 2010-1764 du 30 décembre 2010 portant création du comité interministériel de la dépendance NOR : SCSX1033466D
[323] Les quatre autres risques étant : la santé, les accidents du travail, la vieillesse, et la famille
[324] DUPEYROUX (J-J.), BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 18e édit.,2015,p.155

personnes âgées. Cette universalisation permettrait l'harmonisation entre l'aide apportée aux personnes handicapées et celle apportée aux personnes âgées. La comparaison entre la PCH et l'APA montre, par exemple, que la première s'adresse à des personnes handicapées les plus dépendantes, la seconde à des personnes âgées modérément dépendantes visant à satisfaire surtout les besoins en aide-ménagère. Différence aussi dans la prise en compte des ressources pour le montant de l'une et l'autre prestation. Si la PCH est attribuée en matière d'aide humaine sans plafond de ressources mais uniquement en fonction de l'évaluation des besoins effectuée par l'équipe d'évaluation pluridisciplinaire des MDPH, il n'en est pas de même avec l'APA qui non seulement tient compte du degré d'autonomie du GIR pour déterminer un montant maximum, mais aussi d'un plafond de ressources pour la détermination du ticket modérateur suivant une formule mathématique savante[325].

307. M. Le Professeur Pellet et M. Skzryerbak relèvent aussi cette réalité en ajoutant que « l'absence d'harmonisation entre handicap et dépendance conduit à des discriminations injustifiées dans la prise en charge des personnes selon que leur handicap survient avant ou après l'âge de 60 ans. Les différences de traitement peuvent être importantes et sont globalement plus favorables aux personnes handicapées[326] ». Ils notent que, bien que l'APA et la PCH servent à compenser la perte d'autonomie, l'évaluation de celle-ci se fait différemment, « pour l'APA sert à déterminer un GIR, c'est-à-dire un niveau synthétique de besoin auquel est automatiquement associé un plafond. Dans le cadre de la PCH, l'évaluation est réalisée par nature des besoins ; il n'y a pas de plafond global mais un plafond par nature d'aide. L'APA prend plus

[325] Le ticket modérateur – c'est-à-dire la participation laissée à la charge du bénéficiaire de l'APA – varie en fonction de ses revenus de la manière suivante :
- pour un revenu mensuel inférieur à 0,67 fois le montant de la majoration pour tierce personne (677,25 euros), aucune participation n'est demandée ;
- pour un revenu mensuel compris entre 0,67 et 2,67 fois le montant de la majoration pour tierce personne (c'est-à-dire jusqu'à 2.698,88 euros), la participation varie progressivement de 0 % à 90 % du montant du plan d'aide.
La participation notée P est déterminée en appliquant la formule suivante :
P = A x (R - (S x 0,67)) x 90 % divisé par S x 2, A représentant le montant du plan d'aide proposé, R le revenu mensuel du bénéficiaire, S représente le montant de la majoration pour tierce personne, (Source : Ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité)

[326] PELLET (R.), SKZRYERBAK (A.), Leçons de droit social et de droit de la santé, Sirey,2e édit,2008, p.589.

fortement en compte les ressources des bénéficiaires : une participation minimale est prévue, contrairement à la PCH où ce sont les restes à charge qui sont plafonnés[327].

308. Pour l'une comme pour l'autre de ces prestations, la nouvelle loi sur la dépendance devrait prévoir une revalorisation, tout d'abord des coûts des services, tenant compte de la valorisation des salaires des intervenants. On ne peut d'une part réclamer plus de qualité, une qualification des personnels, une attractivité des métiers, et d'autre part ignorer leurs répercussions sur le coût réel. Revalorisation aussi des prestations pour maintenir, dans des proportions supportables et acceptables par les personnes bénéficiaires et/ou leurs familles, le reste à charge. Mme la Professeure Mireille Elbaum relève des restes à charge significatifs lorsqu'il s'agit de l'APA versée à une personne âgée à son domicile : environ 17 % du plan d'aide voire plus du double pour les personnes les plus dépendantes. Cette situation atteint les mêmes proportions pour une personne résidant en établissement puisque : « les sommes à débourser semblent fréquemment dépasser 1.500 à 1.600 euros par mois, contraignant nombre de personnes âgées à faire appel à l'aide de leurs proches[328] ».

309. Le financement n'est pas encore précisé sinon qu'il pourrait différer pour l'une ou l'autre catégorie de bénéficiaires[329]. On annonce que le département sera maître d'œuvre de ce nouveau droit, l'Etat lui reconnaissant depuis 2002 la qualité de « chef de file de l'action sociale ». La garantie de l'égalité de traitement sur tout le territoire serait assurée par la vigilance de la CNSA. Mais la CNSA n'aura que le pouvoir de dénoncer les disparités, pas celui de l'injonction à faire. La question peut se poser, à savoir si la gestion du 5e risque ne devrait pas relever de la gestion de l'Etat au même titre que les autres branches. En effet, on a vu depuis la loi de décentralisation du 2 mars 1982 des compétences de l'Etat, donc des charges, être dévolues aux

[327] PELLET (R.), SKZRYERBAK (A.) ibid 589
[328] ELBAUM (M.), « Les réformes en matière de handicap et de dépendance : peut-on parler de « cinquième risque »? *Droit social,* n° 11, novembre 2008, p. 1097
[329] AJDA 2008, Sommaires commentés p. 1027

départements et par conséquent grever fortement le budget départemental. Ainsi, la majeure partie des dépenses liées à la protection de la jeunesse est assurée à 80 % par les départements, principalement regroupées dans l'Aide sociale à l'enfance, avec une progression annuelle de plus de 10 % l'an.

310. La loi n°203-1200 du 18 décembre 2003[330] avait déjà mis en difficultés les finances départementales en leur transférant intégralement la charge du RMI avec une contrepartie de la ressource de la taxe intérieure de consommation sur les produits pétroliers (TIPP) nettement insuffisante. Le coût supplémentaire pour chaque département est estimé à 10 millions d'euros par an (en moyenne)[331]. Les finances des départements avaient déjà été ébranlées par la mise en place de l'APA instituée par la loi 20 juillet 2001, modifiée le 1er avril 2003, non seulement par l'augmentation des effectifs des agents territoriaux, nécessaire à l'instruction et au suivi des dossiers de cette allocation, mais aussi par le paiement de l'allocation puisque l'assiette d'ouverture des droits devient plus large. La contribution de l'Etat se fait à travers la Caisse nationale de solidarité.

311. Lorsque le Président de la République annonce en 2008 la « création » d'un cinquième risque, la formule est lapidaire et maladroite. Car il est évident qu'il n'appartient pas à l'exécutif de créer un risque social ou sanitaire, mais à prévenir celui-ci ou à en atténuer les effets. Le risque existe bien avant de le dénoncer : « un risque au sens propre du mot est un événement prévisible, dont on peut estimer les chances qu'il a de se produire et le coût des dommages[332] ». Comme le fait remarquer justement M. le Professeur Jacques Bichot, le terme de risque accolé à la vieillesse ou à la famille dans la protection sociale est inapproprié[333]. Le risque d'avoir des

[330] L. n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité. (1) NOR: SOCX0300054L

[331] DOUAT (E.), « Quels seront les effets sociaux de la décentralisation financière ? » in, *Finances publiques et redistribution sociale, XXe anniversaire de la Société Française de Finances Publiques*, PELLET (R.), dir., Paris : Economica, 2006, p.279-288.

[332] CASTEL (R.), *L'insécurité sociale, qu'est-ce qu'être protégé ?* La République des Idées, Seuil, 2003, p 59.

[333] BICHOT (J.) « Faut-il une cinquième branche pour le cinquième risque ? » *Revue de droit sanitaire et social,* 2008, p. 940.

enfants dans une relation sexuelle existe pour qui ne veut pas de progéniture, mais c'est une chance pour qui désire une descendance. Dans les deux cas, on se trouve devant un phénomène aléatoire, malheureux pour l'un, heureux pour l'autre.

312. Le risque de la vieillesse réside paradoxalement dans la probabilité de ne pas la connaître, le fil de la vie pouvant être rompu à tout instant. On devrait alors plutôt parler du risque de la mort. Or, il ne s'agit pas du tout de cela, mais plutôt d'assurer une vie qui se prolongera le plus longtemps possible.

313. L'activité humaine engendre des risques que le droit de la responsabilité a bien intégrés. Tout événement comporte en germe un risque. Mais qu'est-ce que le risque social susceptible d'être anticipé par les pouvoirs publics, par la nécessité d'agir ? « Le risque est social lorsqu'il fait l'objet d'une intervention publique ou du moins de la prise de conscience de la nécessité de celle-ci[334] ». La définition est intéressante mais insuffisante, nous semble-t-il, car la question est : à partir de quand l'événement doit-il être pris en compte par les pouvoirs publics pour constituer un risque social ? Elle doit être précisée davantage, notamment en ajoutant, d'une part le caractère collectif, et d'autre part le caractère inacceptable des conséquences de l'évènement. M. Francis Kessler ajoute que : « est également un risque social, l'évènement qui engendre des charges tellement lourdes à supporter qu'elles conduisent à une diminution, considérée comme excessive, du niveau de vie d'un individu jugé digne d'être protégé ; ici encore il y a risque social qu'il faut compenser. Le risque social fait référence à « des évènements qui portent atteinte à la sécurité économique du travailleur salarié et de sa famille et qui sont reconnus comme devant légitimement faire l'objet d'une prise en compte et d'une réparation ou d'une rétribution[335] ». Ce sont les couvertures actuelles des risques maladie, vieillesse, chômage maternité.

[334] KESSLER (F.), *Droit de la protection sociale*, 3e édition, Dalloz, coll. Cours, 2009, p.9
[335] DUPEYROUX (J-J.), BORGETTO (M.), LAFORE (R.), ibid p.205

314. Pour homogénéiser et conceptualiser le risque, M. Gilles Caire propose d'emprunter sa définition à la théorie de l'assurance, en ne s'intéressant qu'aux conséquences traduites en altération de la situation économique de la personne. Ainsi trois caractères seraient dégagés :

- la prévisibilité d'un évènement futur, heureux ou malheureux, donc sans connotation psychologique ;
- l'augmentation des besoins financiers qui en découle, par exemple pour des dépenses de soins en cas de dépendance ;
- et enfin, la perte ou la réduction de revenu (arrêt de travail dû à l'invalidité, au chômage, etc.), même si, prend-il la précaution de préciser : « il peut parfois être moralement choquant de réduire un malheur (une mort, un handicap) ou un bonheur (une naissance) à une somme monétaire[336] ».

315. Ainsi, le risque de la dépendance répond aux différents critères que nous avons énoncés. Il est aléatoire puisqu'il ne survient pas forcément. Même si les probabilités de dépendre d'autrui augmentent avec l'âge, il n'est pas inéluctable que la perte d'autonomie soit inhérente aux têtes chenues, mais surtout, elle sera inégale selon les individus. Lorsque la dépendance est présente, elle engendre des surcoûts pour assurer sinon la survie, du moins le confort de la personne. Enfin, on constate souvent que cette dépendance s'accompagne d'appauvrissement du fait des frais restant à la charge de la personne.

316. Si l'individu n'est pas protégé contre les aléas qui vont menacer sa capacité à gagner sa vie en travaillant, à assurer son indépendance sociale, il vit dans ce que Robert Castel appelle « l'insécurité sociale [337] ».

[336] CAIRE (G.), op.cit. p 9
[337] CASTEL(R.), *L'insécurité sociale, qu'est-ce qu'être protégé ?*. p. 25

I - « Le malentendu de la dépendance[338] »

317. Nous avons employé le mot de dépendance comme si son sens était évident. Pour ainsi dire, la dépendance des personnes âgées et par suite la dépendance des personnes handicapées fait partie du vocabulaire commun. Ce mot se serait institutionnalisé dans le sens où l'entendait Marcel Mauss, cité par M. Bernard Ennuyer : « Qu'est-ce en effet qu'une institution sinon un ensemble d'actes ou d'idées tout institué que les individus trouvent devant eux et qui s'impose plus ou moins à eux [339] ».

318. Qui s'est déjà retrouvé couché dans un lit d'hôpital, incapable d'assurer seul les besoins élémentaires, connaît les affres de la dépendance à l'autre. « La dépendance est une relation contraignante, plus ou moins acceptée, avec un être, un objet, un groupe ou une institution, réels ou idéels, et qui relève de la satisfaction d'un besoin [340] ». Il n'est pas question ici d'addiction à un produit, comportement compulsif, pathologique à laquelle l'individu consent et qui le fait souffrir, ou de dépendance affective envers un être aimé, mais de ce que M. Marcel Nuss appelle : « la frustration inimaginable pour qui ne l'a pas vécue [341] ». La situation de dépendance où « c'est usant et humiliant de dépendre d'un tiers[342] », où le corps est réifié, cette dépendance qui lui est imposée. « La dépendance est l'assujettissement à la loi d'un autre, ou à la loi d'autre chose. La dépendance n'est pas seulement matérielle, elle est aussi psychologique[343] ».

319. S'agissant des personnes âgées ou des personnes handicapées, la dépendance est tout d'abord l'impossibilité partielle ou totale pour une personne d'effectuer sans aide les activités de la vie, qu'elles soient

[338] Nous empruntons ce titre à Bernard Ennuyer dont nous partageons le point de vue. ENNUYER (B.), *Les malentendus de la dépendance*, Paris : Dunod, 2002
[339] MAUSS (M.), Essais de sociologie, Paris : Minuit, p16, cité par ENNUYER (B.), *Les malentendus de la dépendance*, Paris : Dunod, 2002, p 18
[340] MEMMI (A.), *La dépendance, Esquisse pour un portrait du dépendant*, Ed. Gallimard, coll. Folio/essais, 200, p32
[341] NUSS (M.), op.cit., p 60
[342] NUSS (M.), op cit. p 31
[343] STIKER (H.-J.), op. cit. p 218

physiques, psychiques ou sociales. C'est aussi la nécessité de s'adapter à son environnement avec l'aide d'un tiers Les causes de dépendance sont variées et mêlent des facteurs médicaux, psychiques et sociaux.

320. La notion de dépendance a remplacé celle de validité et semi validité, du rapport Laroque en 1962 [344] et s'impose aujourd'hui comme une fausse évidence. En effet, la notion de dépendance est réduite à celle d'incapacité imposée par le corps médical, notamment les gériatres hospitaliers qui donnent de la dépendance une vue médicalisée de la vieillesse. Ainsi, la dépendance serait celle du vieillard qui a « besoin de quelqu'un pour survivre, car il ne peut du fait de l'altération des fonctions vitales accomplir de façon prolongée ou définitive les gestes nécessaires à la vie[345] ».

321. Cette catégorisation lexicale de dépendance ne tient pas compte, bien sûr, des aspects psychologiques ou sociaux de l'individu. Celui-ci est réduit à un corps qui ne fonctionne pas et qui a besoin d'autrui pour satisfaire ses besoins primaires et physiologiques vitaux, mais pas la réalisation de ses besoins sociaux.

322. Cette imprécision conceptuelle est préjudiciable dès lors que l'on veut établir précisément des instruments d'évaluation de la dépendance, notamment pour l'attribution d'allocations visant à la compenser, notamment la prestation spécifique dépendance (PSD)[346].

323. Ainsi, la loi du 24 janvier 1997 donne une définition, critiquable mais légale, de la dépendance : *«* [...] personne de plus de 60 ans qui, nonobstant les soins qu'elle est susceptible de recevoir, nécessite une aide

[344] LAROQUE (P.), (dir.), *Rapport de la Commission d'études des problèmes de la vieillesse*, Haut Comité Consultatif de la Population et de la Famille Politique de la vieillesse, La Documentation Française, Paris 1962

[345] ENNUYER (B.), « Les outils d'évaluation de la dépendance dans le champ de l'aide à domicile ou comment le pouvoir des experts contribue à déposséder de leur vie les gens qui vieillissent mal ! », *Gérontologie et société* 2001, n° 99, p.219-232

[346] L. n° 97-60 du 24 janvier 1997, ou allocation personnalisée d'autonomie (APA) Loi n° 2001-647 du 20 juillet 2001 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie, J. O. 21 juillet 2001

pour l'accomplissement des actes essentiels de la vie ou une surveillance régulière».

324. La dépendance des personnes âgées se mesure avec des échelles de dépendance gériatrique telle que l'Echelle de dépendance de la société française de Gérontologie de Kuntzmann. Elle évalue l'autonomie des personnes âgées à partir de neuf indicateurs élémentaires dans les cinq domaines suivants : les soins personnels (alimentation, toilette, habillage), les déplacements, la continence sphinctérienne, la dépendance psychique, les besoins en soins (surveillance, soins médicaux, soins infirmiers, rééducation). Le score global attribue à chaque individu une note de 0 (autonomie complète) à 10 (dépendance très grave). Cet outil est utilisé pour déterminer la dépendance globale d'une population en institution et indirectement la charge de soins dans cet établissement.

325. C'est la grille AGGIR (Autonomie Gérontologie Groupes iso-ressources), qui est retenue pour l'évaluation de la dépendance des personnes âgées, pour l'attribution de l'APA (Allocation personnalisée d'autonomie) et auparavant, de la PSD (Prestation spécifique dépendance). Mais cette mesure, mise au point dans les années quatre-vingt-dix, dans une collaboration entre médecins et informaticiens, n'est pas exempte de défauts au nombre desquels le plus important est de considérer la dépendance comme un état non susceptible d'évoluer. Ainsi, nombre de situations de personnes en perte d'autonomie, notamment des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer, dont la dépendance varie suivant les périodes et les traitements, sont mal prises en compte.

326. Nous le voyons, la dépendance comme l'autonomie, sont des notions floues du droit positif français. La notion même de personnes âgées dépendantes est apparue à l'occasion des dispositions régulant l'existence des services de soins infirmiers à domicile[347]**.** Le Code de l'action et des familles

[347] D.81-448 du 8 mai 1981 relatif aux conditions d'autorisation et de prise en charge des services de soins a domicile pour personnes âgées.

intègre en 2001[348] une définition permettant d'évaluer la dépendance en faisant appel à la notion d'aide pour les besoins essentiels de la vie, qui sans être extrêmement précise est suffisamment parlante pour emporter un consensus : « toute personne âgée (...) qui se trouve dans l'incapacité d'assumer les conséquences du manque ou de la perte d'autonomie liés à son état physique ou mental a droit à une allocation personnalisée d'autonomie permettant une prise en charge adaptée à ses besoins. Cette allocation (...) est destinée aux personnes qui, nonobstant les soins qu'elles sont susceptibles de recevoir, ont besoin d'une aide pour l'accomplissement des actes essentiels de la vie ou dont l'état nécessite une surveillance régulière ».

327. Comme le remarquaient Mmes Mélanie Schmitt et Véronique Léger[349]**,** notre droit positif, au contraire du droit allemand et du droit luxembourgeois, ne fait pas référence à la maladie ou à une déficience d'ordre physique, psychique ou mental. Il est en accord avec le Conseil de l'Europe qui définit la dépendance comme « un état dans lequel se trouvent des personnes qui, pour des raisons liées au manque ou à la perte d'autonomie physique, psychique ou intellectuelle, ont besoin d'une assistance et /ou d'aides importantes afin de satisfaire des besoins spécifiques résultant de l'accomplissement des actes courants de la vie[350] ». Cette loi du 20 juillet 2001 ne précise pas ce qu'est le manque ni la perte d'autonomie, ni la durée minimale de l'état de dépendance ouvrant droit aux aides spécifiques. La loi dite Handicap, quant à elle, dispose en 2005 qu'il faut une perte de la *substance* pour ouvrir les droits à compensation du handicap. Les décrets préciseront par ailleurs les critères de durée des difficultés résultant de cette perte d'un an minimum ou définitives. Il y sera fait une différence entre une difficulté absolue, lorsque la personne ne peut pas réaliser elle-même l'acte et les difficultés graves lorsque au moins deux actes sont réalisés difficilement et de façon altérée. Les activités essentielles se déclinent en quatre domaines : la

[348] Art. 232-1 CASF issu de la L. n° 2001-647 du 20 juillet 2001 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie

[349] SCHMITT (M.), LEGER (V.), « la notion de dépendance des personnes âgées en droit positif français », *AJ Famille*, 2003, p.248

[350] Conseil de l'Europe, 6e conférence des Ministres européens responsables de la Sécurité sociale (Lisbonne, 29/31 mai 1995), communiqué final Strasbourg, MSS-6 (95) 10, p.3, considérant n° 9, cité par Schmitt et Léger ibid

mobilité, l'entretien personnel, la communication et les tâches de relation avec autrui. Pour chacun de ces domaines des temps d'aide maxima sont quantifiés avec une précision bureaucratique.

II - La faiblesse conceptuelle du 5e risque

§1 - Le choix de la France pour une « naturalisation de différences sociales »[351]

328. Jusqu'au début des temps modernes, que M. Henri-Jacques Stiker situe dès le XVIe et XVIIe siècle, l'infirmité était considérée comme une relation de l'homme au divin dont elle était le message, alors que la vieillesse procédait du cours normal de la vie, « comme le temps du repentir, de la préparation à l'au-delà[352]… »

329. Mais la séparation, dans les temps modernes, est tout aussi importante alors qu'il ne subsiste plus de relation avec la transcendance même s'il « y a une communauté de destin social, de statut social, pourrait-on même dire, entre les personnes âgées et les personnes infirmes[353] », dans le fait qu'elles sont « dédouanées de l'obligation de travail, […], du fait de déficiences physiques ou psychiques manifestes dues à l'âge,[…], à l'infirmité, à la maladie[354]… ».

330. Cette séparation se traduit dans la politique des allocations qui distingue la population des personnes âgées, avec l'Allocation personnalisée pour l'autonomie (APA) versée par le Département, de celle des personnes

---

[351] FRINAULT (T.), « La dépendance ou la consécration française d'une approche ségrégative du handicap », *Politix* 2005/4, n° 72, p. 11-31.
[352] STIKER (H.-J.), *Les métamorphoses du handicap de 1970 à nos jours*, Presses universitaires de Grenoble, collection Handicap Vieillissement Société, 2009, p 213
[353] STIKER (H.-J.), ibid, p.214
[354] CASTEL (R.), *Les métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat*, Gallimard, Folio Essais, 2009, p 39-40,

handicapées, avec l'Allocation aux adultes handicapés (AAH) et l'Allocation d'éducation de l'enfant handicapé (AEEH) versées par la Caisse d'allocations familiales, l'une au niveau local, l'autre au niveau central.

331. Ce n'est pas seulement par la politique des allocations que se différencient une personne handicapée devenue âgée et une personne âgée devenue handicapée, c'est aussi en matière de récupération d'aide sociale. Le Conseil d'Etat a été saisi en avril 2001 de la question de savoir si une personne handicapée âgée de plus de 60 ans doit être considérée, au regard de la législation sur l'aide sociale, comme une personne âgée ou comme une personne handicapée[355]. En effet, la loi du 30 juin 1975 disposait déjà dans son article 43 que : « il n'y a pas lieu à l'application des dispositions relatives au recours en récupération des prestations d'aide sociale lorsque les héritiers du bénéficiaire sont son conjoint, ses enfants ou la personne qui a assumé, de façon effective et constante la charge du handicapé ».

332. Toutefois, on peut remarquer que depuis la loi du 11 février 2005, le Département *en tant que chef de file* de l'action sociale est responsable de la prise en charge des personnes handicapées à travers l'organisation des Maisons départementales des personnes handicapées (MDPH) pour l'étude de leurs droits, puis du versement de l'allocation afférente à la compensation du handicap.

333. Mais si le système est unifié dans l'étude des droits, de la décision d'attribution de l'APA et du paiement par le Département pour les personnes âgées, il n'en n'est pas de même pour les personnes handicapées. En effet, la décision d'attribution de l'AAH et de l'AEEH revient au Département à travers la MDPH et la Commission pour les droits de l'autonomie, mais le paiement est effectué par la CAF. Il en découle parfois des ruptures dans le versement de l'AAH, dues aux retards d'instruction et de notification, plaçant les personnes handicapées dans des situations dramatiques.

[355] CE statuant au contentieux N° 214252 du 25 avril 2001 Publ. Recueil Lebon, www. legifrance

334. L'harmonisation, dans la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement, passerait aussi par une gouvernance unifiée de la dispensation des aides. On constate actuellement une dispersion dommageable à une bonne visibilité des dépenses publiques. En effet, actuellement interviennent : l'Assurance maladie et autres caisses de Sécurité sociale à travers leurs actions sociales, l'Etat par ses mesures d'exonération fiscale, les départements par le financement des services d'aide à domicile, des aide-ménagères, de l'aide sociale pour les accueils de jour, par exemple. A ces financements publics on peut ajouter les financements privés, fruits de l'épargne personnelle et des aides financières familiales. De même, les prestations sont assurées par des organismes publics ou privés de type associatif à but non lucratif, ou encore commerciaux à but lucratif.

335. Pourtant, il y aurait lieu de rapprocher ces populations. Doit-on considérer qu'une personne de plus de soixante ans qui était en situation de handicap bénéficierait des dispositions de la loi du 11 février 2005, alors qu'une personne qui serait devenue handicapée après soixante ans en serait exclue ? Nous serions dans ce cas de figure en contradiction avec la loi elle-même qui dispose : « La personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap, quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie[356] ». Cette disposition devait prendre effet pour les personnes de plus de soixante ans cinq ans après la mise en œuvre de la loi, soit en 2010.

336. Ainsi, une personne de plus de soixante ans devrait pouvoir bénéficier des moyens de compenser son handicap si elle satisfait aux critères définis par décret. Le référentiel pour l'accès à la prestation de compensation à l'annexe 2-5 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que les critères à prendre en compte sont les suivants :

a) « Présenter une difficulté absolue pour la réalisation d'une activité ou une difficulté grave pour la réalisation d'au moins deux des activités […]. La difficulté est qualifiée de :

[356] Art. 11 de la loi précit. repris dans l'article L114-1-1 du CASF

- difficulté absolue lorsque l'activité ne peut pas du tout être réalisée par la personne elle-même ;
- difficulté grave lorsque l'activité est réalisée difficilement et de façon altérée par rapport à l'activité habituellement réalisée ;

b) Les difficultés doivent être définitives ou d'une durée prévisible d'au moins un an. Il n'est cependant pas nécessaire que l'état de la personne soit stabilisé ».

337. On voit bien ici qu'il n'y a pas de différences quant aux actes de la vie quotidienne entre une personne handicapée dépendante et une personne âgée dépendante. La différenciation entre les deux populations dépendantes est ici traitée de manière purement administrative. « A une époque où la différenciation entre "déficience ", "incapacité" et "handicap" a permis de sortir d'une appréhension fonctionnelle d'un problème pour restituer à l'organisation sociale sa responsabilité dans les difficultés de vie de certaines personnes, la personne âgée demeure, quant à elle, renvoyée à sa seule invalidité[357] **».** Pour quelles raisons alors continue-t-on à traiter de manière différente, dans les politiques sociales, la dépendance des personnes handicapées et celle des personnes âgées ?

§2 - La séparation entre la dépendance due au handicap et la dépendance due à la vieillesse justifiée pour des raisons économiques*.*

338. D'octobre 1998 à la fin de l'année 2001, l'INSEE a réalisé quatre étapes de l'enquête HID (Handicaps - Incapacités - Dépendance) portant sur les conséquences des problèmes de santé dans la vie quotidienne des personnes âgées qui vivent à leur domicile ou en établissement. Ainsi, d'après les prévisions, en 2020, la France compterait 17 millions de personnes de 60

[357] HUMBERT (C.), coord., *Institutions et organisations de l'action sociale ; Crises, changements, innovations* ?, L'Harmattan, 2003, p.232.

ans et plus, soit 1,4 fois plus qu'en 2000, et près de 4 millions de personnes de 80 ans et plus, soit 1,8 fois plus qu'en 2000. À l'horizon 2040, il y aurait près de 7 millions de personnes de 80 ans et plus, soit 3,2 fois plus qu'en 2000.

339. Ces données démographiques brutes ne sont pas à elles seules suffisamment pertinentes pour faire une projection sur les risques de la dépendance. L'enquête HID a montré aussi qu'environ 6,6 % de la population de plus de 60 ans relève des GIR 1 à 4 soit 4.790.000 personnes, dont 4.530.000 personnes en GIR 1 à 3, ce qui correspond à une dépendance totale à quasi totale.

III – Les modèles de financement du « risque » dépendance

§1 - Les modèles historiques de la protection sociale.

A - L'aide « corporatiste » et contributive du modèle bismarckien

340. Parmi les modèles qui ont inspiré les politiques de protection sociale des pays européens, le modèle bismarckien est le plus ancien système de prestations sociales. Issu de la politique « de la carotte et du bâton » en direction des ouvriers de l'Allemagne des années 1870[358]. La carotte, sous la forme de protection sociale dont l'intention n'avait qu'une visée stratégique pour étouffer dans l'œuf le socialisme naissant, mise en place par un « Etat hégémonique au sens marxiste du terme[359] ».

341. Le système de protection sociale actuel de l'Allemagne est plutôt issu d'une interaction très forte entre l'économie de marché et la politique redistributive, facteur de croissance, que du contrôle social. Monsieur Gilles

[358] CAIRE (G.), op.cit., p.204-208.
[359] CAIRE (G.), ibid., p.204.

Caire décrit trois principes fondamentaux du système bismarckien. C'est tout d'abord un système assurantiel contributif fondé sur le travail. Les droits ne sont ouverts qu'après un certain temps de cotisations assises sur le salaire. En dehors de ce cadre, les individus relèvent de l'aide sociale.

342. Ensuite, le caractère obligatoire ne s'impose qu'aux salariés dont le revenu est inférieur à un plafond ; les travailleurs indépendants et les salariés dont le revenu excède le « plafond d'affiliation » ont le choix de l'assurance privée. Mais l'alternative au caractère obligatoire peut porter sur une partie du salaire déterminant un « plafond de cotisation », avec une proportionnalité des cotisations par rapport aux salaires, et une proportionnalité des prestations aux cotisations. Cette mesure concernerait alors tous les travailleurs. Dans ce cas, comme dans l'autre, la protection sociale ne porte que sur la population qui n'a que sa force de travail pour vivre. Pour les autres, le recours à la prévoyance personnelle ou catégorielle permet une protection complémentaire voire principale[360]

343. Enfin, la gestion décentralisée et organisée professionnellement caractérise ce modèle. L'administration paritaire des assurances sociales suivant les professions a l'inconvénient de la multiplicité et de l'éparpillement (540 caisses de maladie et une multitude de caisses de retraite et de mutuelles d'accidents du travail).

344. La protection sociale de type assurantiel garantit ici le travailleur et sa famille contre les risques qui le priveraient de son salaire en lui maintenant son niveau de vie antérieur, en contrepartie de cotisations assises sur le salaire. Dans ce type de protection, l'obligation alimentaire envers les ascendants, parents et grands-parents entre fortement en jeu[361]. Les principaux pays qui maintiennent un système de soutien obligé des enfants envers les générations les plus âgées sont la France, l'Allemagne et l'Autriche. En

[360] CAIRE (G.), ibid p.207.
[361] ASSOUS (L.), RALLE (P.) « La prise en charge de la dépendance des personnes âgées : une mise en perspective internationale », *Conférence internationale de recherche en sécurité sociale "an 2000"Helsinki*, 25-27 septembre 2000, p.10.

Allemagne comme en Autriche, l'obligation alimentaire est soumise à des conditions de ressources. Dans le droit civil français, l'obligation alimentaire filiale est due de façon très large, puisqu'elle concerne aussi les arrière grands-parents et les parents du conjoint. La contribution dépend des ressources des obligés alimentaires sans subsidiarité. C'est souvent pour assumer les frais d'hébergement des personnes âgées dépendantes qu'entre en jeu le règlement des départements qui peuvent user ou non de la participation des enfants ou du recours sur succession.

B - L'aide universaliste et non contributive du modèle beveridgien

345. Egalement hostile au socialisme, Lord Beveridge (1879-1963), est nommé par Churchill, président d'un comité interministériel chargé de proposer des améliorations à la protection sociale existante. Il propose, en 1942, dans un rapport désormais célèbre intitulé « Social Insurance and Allied services », aux Anglais engagés dans une période « de larmes et de sang » promise par Churchill, une fenêtre d'espérance d'une société future meilleure. Pourquoi ne pas faire pour le bien-être ce qui est fait pour la guerre, dit-il en substance dans une formule percutante : *« If for warfare, why not for welfare »* ? C'est un programme d'Etat providence qu'il dresse, où le bonheur social est l'objectif de l'Etat. Les principes fondamentaux de son système tiennent dans la règle des « trois U » : universalité, uniformité, unité d'organisation :

- La sécurité sociale universelle est liée au droit inhérent à la citoyenneté et non à l'appartenance à tel ou tel groupe social. Elle peut certes connaître la condition de résidence sur le sol anglais, mais son accès est ouvert aux nationaux comme aux étrangers. De plus, il n'y a pas de conditions de ressources pour en bénéficier. Lord Beveridge met en place une protection contre tous les risques sociaux : maladie, incapacités de travail, perte d'emploi. Il prévoit aussi des allocations pour les enfants : « afin

d'assurer que, dans aucune famille, si nombreuse soit-elle, un enfant ne soit jamais dans le besoin [362] ».

- L'uniformité suppose que les prestations soient identiques pour tous, quelle que soit la situation antérieure à la survenue du risque. C'est un minimum vital qui est assuré. De même, le principe est que les contributions ne sont pas proportionnelles au revenu ni progressives, mais les mêmes pour tous sauf exonérations pour les plus pauvres. La gratuité des soins est de règle.
- Enfin, l'unité d'organisation répond à un objectif d'optimisation des coûts administratifs et d'unité d'un service public composé d'un service national de santé (National Health Service) accessible à tous et financé par l'impôt auquel s'ajoute un service national d'assurances sociales (National Insurance) financé par les cotisations.

346. Les prestations sont financées soit par les cotisations sociales forfaitaires, soit par l'impôt. Elles se différencient de l'aide sociale, puisque n'entrent pas en considération les ressources. Ici, la famille est dégagée de l'obligation alimentaire légale.

§2 - Les systèmes de santé et de protection sociale européens

347. La prise en charge des personnes dépendantes combine les soins liés à la santé et les soins liés à l'assistance de la vie quotidienne. Les besoins auxquels il faut répondre sont donc à la fois dans le champ de la sécurité sociale et celui de la protection sociale.

[362] CAIRE (G.), ibid. p 211

348. Il n'est donc pas inutile d'étudier les systèmes de sécurité sociale des pays européens, car les prestations dépendance ne sont pas indépendantes des niveaux de retraite et de la couverture des soins de santé. « Ainsi, il n'est pas impossible que certains pays dont les régimes de santé et de retraite assurent un niveau plutôt élevé de protection sociale aient moins ressenti que d'autres le besoin de mettre en place un système de prise en charge de la dépendance, les personnes âgées pouvant faire face à ce risque à partir de leurs ressources propres[363] ». Les pays européens ont répondu à leur manière en empruntant aux deux modèles de référence avec des convergences fortes. Trois grands types de systèmes de santé coexistent.

349. Pour tous les pays européens, la question du vieillissement de la population se pose avec acuité. En 2020, les personnes de plus de 80 ans représenteront 5,6 % de la population totale et l'on peut supposer que les difficultés liées à la dépendance croîtront dans les mêmes proportions, en l'état actuel des mesures de prévention et des connaissances médicales.

350. Les besoins se feront sentir en matière de soins médicaux et d'aide à la vie quotidienne. Il sera malaisé de différencier tel qu'il est fait actuellement ce qui relève de l'assurance maladie et ce qui est de la protection sociale. Plus que jamais, l'interface médico-sociale trouvera sa justification. On peut noter qu'actuellement, les soins médicaux sont couverts par l'assurance maladie dans la quasi-totalité des pays européens[364]**.** La DREES classe en trois systèmes les réponses des pays européens à la prise en charge de la dépendance. Ainsi, les réponses de type beveridgien se trouvent-elles dans les pays du Nord et anglo-saxons, avec toutefois un niveau inégalé de protection dans les pays scandinaves (Danemark, Suède, Finlande) et moins généreux dans les pays anglo-saxons (Royaume-Uni, Irlande). Les pays de tradition bismarckienne ont intégré la dépendance comme un nouveau risque dans leur droit (Autriche en 1993, Allemagne en 1995, Luxembourg en 2000). Les « pays

[363] ASSOUS (L.) et RALLE (P.) op. cit. p.14
[364] ASSOUS (L.), RALLE (P.), « La prise en charge de la dépendance des personnes âgées : une comparaison internationale », DRESS, *Etudes et résultats*, n° 74, juillet 2000

du Sud » (Espagne Portugal, Italie, Grèce) et la Belgique ont une logique d'aide sociale.

351. Toutefois, cette classification est maintenant battue en brèche du fait que la plupart des pays ont des systèmes de protection sociale inspirés des modèles beveridgien et bismarckien de base. Il semble alors plus judicieux de les différencier en trois systèmes de santé : celui qui est un service national (Europe du Nord), celui qui est organisé autour de l'assurance maladie sous le contrôle de l'Etat et celui qui mêle les deux.

352. En avril 1993, par la mise en application de la *Community Care Act*, le Royaume-Uni confie aux collectivités locales le soin d'évaluer les besoins d'aide des personnes âgées et des personnes handicapées. Le financement de ces aides provient conjointement de l'Etat par le *National Health Service* et des finances locales. L'aide est assurée par des prestataires essentiellement privés.

353. L'Allemagne et le Luxembourg ont choisi de ne pas laisser de reste à charge aux personnes aidées, mais en n'accordant le financement public qu'aux personnes les plus dépendantes et en limitant le montant de prestation maximum. De plus, ne peuvent bénéficier de cette assurance dépendance publique que les personnes qui ont adhéré auparavant au système d'assurance maladie légale. Celles qui ont opté pour les assurances maladie privées, doivent avoir une assurance dépendance privée. Les critères de dépendance supposent le recours à une tierce personne pour les actes essentiels de la vie, de façon permanente et au moins pendant six mois[365]**.** Le choix est laissé à la personne de l'aide en nature ou en espèces, ou une combinaison des deux. Dans le premier cas, le service prestataire doit avoir conclu un contrat avec l'assurance dépendance. Bien que les prestations en nature représentent des montants deux fois plus élevés que les prestations en espèces, on constate que les trois quarts des bénéficiaires préfèrent les prestations en espèces. On peut supposer que la liberté de choisir son aidant

[365] ASSOUS (L.), RALLE (P.), ibid p.5

vaut bien un sacrifice financier. Les salariés et les retraités cotisent à la même hauteur que leurs employeurs ou leurs organismes de retraite. On peut noter une similitude avec la France dans le fait que les salariés allemands se sont vu retirer une journée de congé depuis 1995, comparable à la « journée de solidarité » française[366].

354. Les pays de l'Europe du Sud, y compris la France, sont sur une logique d'aide sociale, subsidiaire à la situation financière particulière des individus. Tradition de la solidarité familiale certes, mais aussi situation économique de ces pays aux budgets nationaux contraints. On estime qu'en France : « 80 % des personnes lourdement dépendantes reçoivent de l'aide de leurs proches dont 50 % de manière exclusive[367] ». Des mesures fiscales incitatives à la solidarité familiale sont accordées en Espagne, où une exonération de l'impôt sur le revenu peut être accordée dans les familles où vit un ascendant de plus de 75 ans, à la condition que les ressources de cette dernière soit inférieures à un plafond. Cette incitation est d'autant plus nécessaire que cette aide familiale tend à diminuer à la fois pour des raisons démographiques que pour des raisons économiques. En effet, les femmes, qui sont les principales aidantes, ont de plus en plus tendance à travailler dans les pays de l'Europe du Sud. Les pays du Nord (Suède, Finlande, Autriche, Luxembourg, Allemagne) et anglo-saxons (Royaume-Uni, Irlande) ont eux aussi, depuis quelques années, développé ces mesures incitatives à la prise en charge familiale. Celles-ci peuvent prendre la forme d'allocations spécifiques, de cotisations à des régimes de retraite ou à des aides en matière de « répit ». Ainsi, la Finlande a-t-elle mis en place de manière originale, une obligation pour les municipalités d'offrir aux proches de personnes dépendantes dont ils ont la charge, un week-end de congé par mois.

355. Cette aide familiale ne contredit pas le développement des services de proximité. En effet la solution de la vie à domicile semble être

[366] Crée par la L. n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées, NOR: SOCX0300201L

[367] BREUIL-GENIER, « Aide aux personnes âgées dépendantes : une très grande hétérogénéité des pratiques » in « Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Nord et en France », Rencontres de Copenhague, vol. 1, 1999, *MiRe-DREES*, cité par ASSOUS (L.), RALLE (P.), ibid p.6

privilégiée et l'on peut ainsi constater une diminution du taux de placement en établissements dans tous les pays. Il est cependant difficile d'effectuer des comparaisons internationales en taux d'équipement, par suite d'hétérogénéité des vocables employés et des réalités qu'ils recouvrent.

A - Les différents types de systèmes de santé

a) Les systèmes de santé nationaux des pays du Nord

356. Ce sont principalement les pays de l'Europe du Nord : Danemark, Finlande, Suède, Royaume-Uni, Irlande, qui fondent leur système sur le modèle beveridgien, avec l'accès universel aux soins et la fiscalisation des dépenses. Il faut toutefois différencier les pays scandinaves du Royaume-Uni et de l'Irlande, où dans ces derniers seul le service national de santé est universel, et où les personnes ayant un revenu trop modeste n'ont pas accès à l'assurance nationale qui verse des prestations en espèces ou des garanties de ressources. On pourrait qualifier les premiers de type social-démocrate, et les seconds de type libéral moins généreux, laissant place au marché et maintenant un niveau de prestations bas pour encourager le travail. Toutefois, la Suède et la Finlande, qui ont subi en 1990 et 1992 des crises économiques sérieuses, ont revu leur politique sociale à la baisse en réduisant, par exemple, le niveau des prestations et en limitant l'accès, s'inspirant du modèle anglais. Ainsi, en Suède le choix est fait d'aider fortement les personnes les plus lourdement handicapées plutôt que d'aider faiblement une population plus large.

b) Les systèmes assurantiels liés au travail.

357. D'influence bismarckienne, ils concernent les pays qui ont une tradition ancienne de protection sociale : Allemagne, Autriche, Belgique,

France, Luxembourg. Les assurances sociales sont assises sur les salaires, mais bénéficient aussi aux ayants droits des salariés.

358. En Allemagne, un régime d'assurance dépendance a été introduit en 1995. L'affiliation est obligatoire et une caisse spécifique est prévue dans toutes les caisses légales d'assurance maladie. Le système allemand a longtemps privilégié les cotisations sociales, qui représentent encore 66,1 % des recettes de la protection sociale.

359. Selon certains auteurs, le système français est un système mixte inspiré de Bismarck et de Beveridge, ayant un volet assurantiel mais aussi un volet « assistanciel ». La création en 2000 de la couverture maladie universelle (CMU)[368] rapproche encore davantage le système français du modèle beveridgien.

c) Les systèmes mixtes des pays du Sud

360. En place en Espagne, au Portugal, en Italie et en Grèce, ils présentent des similitudes avec le système de la France, mais sont surtout marqués par une multitude de régimes d'assurances sociales et de mutuelles. L'Espagne a, à la fois une logique beveridgienne pour ce qui concerne la maladie, avec un service national de santé créé en 1986, et une logique plus assurantielle concernant la vieillesse et le chômage. Le financement de la protection sociale repose principalement sur des cotisations, avec un système de cotisation unique pour tous les risques. L'organisation administrative du système repose sur un seul système de sécurité sociale pour tous les salariés, qui comprend le régime général (salariés de l'industrie et des services) et des régimes spéciaux pour tous les autres travailleurs.

[368] L. n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle NOR: MESX9900011L

361. Jusqu'à la création, en 1980, d'un service national de santé, la Grèce avait un système de protection sociale fondé sur le principe de l'assurance. Ce nouveau système, avec notamment la couverture universelle, l'a infléchi vers les principes beveridgiens. A côté du système de base, fondé principalement encore sur une logique professionnelle, se maintient un système d'assistance sociale très fort qui comprend le financement du régime maladie de certaines zones rurales pauvres et l'aide publique à l'invalidité. Le principe du financement a été réformé en 1993. Auparavant, il y avait uniquement un financement par des cotisations sociales et aujourd'hui, le financement est tripartite : salarié, employeur, Etat pour la majorité des risques.

362. Le système italien est de tradition beveridgienne. Ainsi, la maladie et la famille relèvent de systèmes universels : le service national de santé qui est financé par des contributions publiques et des participations des employeurs. Toutefois, la vieillesse et les accidents du travail relèvent d'une affiliation professionnelle. Le régime universel pour la famille et la maladie côtoie donc un régime professionnel pour le chômage et la vieillesse.

d) L'exemple de la Suède : un modèle réformé à l'heure des difficultés économiques

363. « L'Etat providence nordique n'est pas seulement un "Etat d'assurance sociale" mais aussi un "Etat de services sociaux"[369] ». C'est sous cet égide que les services d'aide à domicile suédois pour les personnes âgées se sont créés dans les années cinquante. Très appréciés par la population, en particulier les femmes principalement concernées par les soins familiaux aux jeunes enfants et aux personnes âgées, puisqu'ils leur ont permis d'être selon la jolie formule « mères au travail et filles au travail ». Les personnes âgées elles-mêmes préfèrent recevoir de telles aides plutôt que celle de leurs parents.

[369] TRYDEGÅRD (Gun-Britt) « Les réformes des services de soins suédois dans les années quatre-vingt-dix. Une première évaluation de leurs conséquences pour les personnes âgées », *RFAS* n° 4-2003

364. Dans la longue tradition d'autonomie locale de la Suède, la responsabilité de l'aide aux personnes âgées est confiée aux municipalités (289 en moyenne composées de 15 500 personnes[370]). Les élus locaux ont à définir les objectifs des actions, leur budget, le taux d'imposition locale et la tarification des services. Les modes d'organisation diffèrent suivant la collectivité locale, mais on peut remarquer que le modèle d'administration le plus répandu distingue l'évaluation des besoins, le financement et la prestation proprement dite, effectuée par des prestataires spécialisés. Ceux-ci peuvent être des services municipaux ou des entreprises privées, sous le contrôle des pouvoirs publics et financés par ceux-ci.

365. Au cours des années quatre-vingt-dix (la réforme Ädel de 1992), des changements se sont opérés dans le système initial, entraînant des transformations importantes dans l'organisation des soins aux personnes âgées. Un des principaux objectifs de cette réforme est de « démédicaliser » les soins aux personnes âgées, les faire sortir des structures hospitalières dès lors que l'état médical le permet, même si elles ne sont pas en mesure de pourvoir seules à leurs besoins. Les municipalités sont alors enjointes à trouver les solutions adéquates sous contraintes financières éventuelles, ce qui n'est pas allé sans difficultés pour le secteur des soins à domicile, les personnes et leurs familles.

366. Une analyse sur les vingt années qui ont suivi cette réforme montre que le taux de couverture des soins à domicile a décliné, que les ressources se sont focalisées sur les personnes nécessitant le plus de soins. La politique de sortie rapide de l'hôpital a renvoyé chez eux davantage de personnes nécessitant encore des soins médicaux importants. Les soins infirmiers notamment se sont accrus, éventuellement de type 24 heures sur 24.

367. Les difficultés budgétaires rencontrées par les municipalités les ont amenées à avoir des interprétations restrictives de la loi qui dispose que :

[370] TRYDEGÅRD (Gun-Britt), ibid p.425

« chaque individu a droit à des soins pour autant qu'aucun autre moyen n'existe de répondre à ses besoins[371] ». Ainsi, l'évaluation des besoins a-t-elle exclu tout ce qui peut paraître des besoins mineurs, telle que l'aide-ménagère. Les familles sont mises à contribution et les aides qui les soulageraient deviennent rares. D'ailleurs, les personnes et les familles ont intégré ces contraintes et s'abstiennent elles-mêmes de solliciter des aides qu'elles n'obtiendraient pas. L'augmentation des tarifs des services a contribué à dissuader les usagers à faire appel aux services municipaux pour des besoins mineurs avec des ressources provenant de retraites souvent faibles.

368. Les années quatre-vingt-dix ont été marquées par la privatisation, non seulement des services de soins aux personnes âgées, mais aussi de la protection sociale en général. « Les municipalités se sont réorganisées et ont introduit une terminologie et une organisation d'orientation marchande, où l'accent est mis sur les incitations financières, la productivité, l'efficacité et les contrôles financiers[372] ». Ainsi les municipalités ont-elles mis en place des appels d'offre auxquels sont soumis en concurrence, services publics et services privés, avec des modèles de consommation. La terminologie en est elle-même affectée. On parle de « *business units* » pour des équipes de soins, de managers de soins ou de consultants d'achats, de managers *de business units*. Le suivi de la qualité est analogue à celui utilisé dans l'industrie. La privatisation est devenue telle que « la majorité des prestataires de soins aux personnes âgées sont des entités à but lucratif, pour la plupart de grandes sociétés internationales. En 1999, les quatre plus grands acteurs privés représentaient la moitié des contrats, alors que le secteur non lucratif n'apportait qu'une contribution mineure[373] ». Elle est d'autant plus importante que la municipalité a une concentration d'électeurs conservateurs, moins répandue dans les zones à population de faible niveau de diplôme.

[371] TRYDEGÅRD (Gun-Britt), ibid p.430
[372] TRYDEGÅRD (Gun-Britt), ibid p.433
[373] TRYDEGÅRD (Gun-Britt), ibid p.434

369. La décentralisation a engendré des disparités très importantes entre les municipalités, de l'ordre de quatre fois entre les plus généreuses et celles qui le sont le moins. Mme Trydegård attribue ces différences à l'histoire et aux traditions des soins à domicile des municipalités. Elle parle de « municipalité providence », « de sentier de la dépendance » (*path dependance*[374]**)**. Cette différence de traitement sur le territoire a amené le gouvernement, en juillet 2002, à limiter le pouvoir de décision des municipalités en matière de tarification.

370. Le choix du prestataire est laissé à la personne aidée après une évaluation et une indication du volume de soins par le gestionnaire de soins municipal, ce qui paraît convenir à la plupart des bénéficiaires, sauf peut-être ceux qui sont fragiles et vulnérables, pour qui la comparaison devient un exercice trop difficile. Une étude du choix fait par les personnes âgées entre services commerciaux et aide familiale montre que les premiers sont faits par les personnes âgées les plus diplômées et celui de l'aide familiale par les personnes qui ont moins d'éducation, cette aide étant supportée le plus souvent par les femmes (âgées elles-mêmes ou d'âge mûr).

e) Le choix du système français : entre Bismarck et Beveridge

371. Il est difficile de parler du système français sans évoquer la figure de Pierre Laroque (1907-1997), juriste et membre du cabinet de De Gaulle à Londres. Père fondateur de la Sécurité sociale française[375], il conçoit celle-ci comme un système conciliant les avantages des systèmes bismarckiens et beveridgiens. De Beveridge, il retient l'idée de la centralisation

[374] TRYDEGÅRD (Gun-Britt), ibid p.432

[375] DUPEYROUX (J.-J.), BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de la Sécurité sociale*, Dalloz, coll. Précis, 18e éd., 2015, la Sécurité sociale « constitue tout à la fois :

- une technique de couverture des risques et aléas de l'existence, que caractérise son extension à titre obligatoire, peu ou prou, à l'ensemble de la population ;
- une institution, qui exprime, au plus haut degré, les exigences du principe de la solidarité entre les membres d'une même collectivité face aux risques et aléas susceptibles d'affecter chacun d'eux ; un principe politique, qui range la garantie des risques et aléas de l'existence au nombre des libertés et droits fondamentaux et confère à l'Etat une responsabilité éminente dans son aménagement. »

de l'organisation, avec une caisse unique et universelle couvrant tous les risques et concernant tous les travailleurs. La Sécurité sociale doit s'intégrer dans une politique de plein emploi et de protection des travailleurs. Il abandonne le principe d'uniformité des contributions et des prestations[376]. De Bismarck, il garde l'idée de la gestion par les intéressés eux-mêmes de la Sécurité sociale ; en revanche, il ne retient pas le principe d'un système de santé nationalisé, le malade aura donc le libre choix du médecin ou de l'hôpital.

372. La segmentation du marché du travail, où chaque groupe professionnel défend son pré carré, a amené un système complexe de la protection sociale. La diversité se manifeste bien sûr dans le nombre des régimes (vingt-cinq régimes de base et de nombreux régimes complémentaires obligatoires), mais aussi dans l'inégalité des prestations et des contributions entre les travailleurs.

373. La tendance beveridgienne s'est accentuée[377] par une « Sécurité sociale légiférée » depuis la loi constitutionnelle[378] n° 96-138 du 22 février 1996. Celle-ci a institué une loi annuelle de financement de la Sécurité sociale (LFSS) qui détermine un objectif national de dépenses d'assurance maladie (ONDAM) en fonction des prévisions de recettes, répondant ainsi au souci d'équilibre financier et donc de régulation de la protection sociale segmentée. La LFSS « prévoit, par catégorie, les recettes de l'ensemble des régimes obligatoires de base et des organismes créés pour concourir à leur financement[379] **».** La première loi organique n°96-646 du 22 juillet 1996[380], que le Professeur Pellet qualifie de loi de « circonstance », parce qu'elle essayait de concilier la position ancienne des partenaires sociaux avec le renforcement du contrôle du Parlement : « résultat d'un compromis précaire entre des concepts tirés du droit des assurances et des concepts issus du droit

[376] CAIRE (G.) op cit. p 219-220
[377] CAIRE (G.) op. cit. p 229
[378] L. constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996 instituant les lois de financement de la sécurité sociale NOR: JUSX9500183L
[379] Voir à ce sujet PELLET (R.), *Les finances sociales : économie, droit et politique*, coll. Finances publiques, Systèmes, L.G.D.J., 2001, p 142-157
[380] L. org. n° 96-646 du 22 juillet 1996 relative aux lois de financement de la sécurité sociale NOR: TASX9600021L

budgétaire classique qui s'appliquent aux lois de finances de l'État[381] ».En effet, la loi organique créait la loi de financement de la sécurité sociale qui permettait au Parlement de donner un avis annuel sur les recettes et les emplois de la sécurité sociale. Mais, le rôle joué par le Parlement dans le pilotage des finances sociales était insuffisant si l'on considère celui qu'il joue dans l'examen de la loi de finances. La loi organique 2005-881 du 2 août 2005[382] a renforcé le contrôle du Parlement, notamment en introduisant la dimension pluriannuelle des comptes et celle non négligeable de performance pour chaque branche de la sécurité sociale, permettant ainsi une articulation entre les finances sociales et les finances de l'Etat.

374. Il y a encore accentuation de cette tendance beveridgienne, par la fiscalisation d'une partie de la Sécurité sociale au nom de la solidarité nationale par la contribution sociale généralisée (CSG) et les taxes affectées. La protection minimale garantie à tous, du système beveridgien se retrouve dans l'instauration du RMI en 1988, de la CMU en 1999, de l'APA en 2002. M. Gilles Caire pense que : « la France a renoncé avec l'APA à une logique assurancielle qui aurait consisté à créer un cinquième risque "dépendance"(après la maladie, la vieillesse, la famille et le chômage) financé par une cotisation sociale spécifique[383] ». Nous pourrions ajouter : « et la création de la prestation de compensation du handicap par la loi du 11 février 2005 ».

[381] PELLET (R.), « Lois de financement de la Sécurité Sociale - Fondements constitutionnels », Dictionnaire encyclopédique des finances publiques, http://www.sffp.asso.fr/dictionnaire/index.php/Lois_de_financement_de_la_Sécurité_Sociale_-_Fondements_constitutionnels

[382] L. org. n° 2005-881 du 2 août 2005 relative aux lois de financement de la sécurité sociale NOR: SANX0500006L

[383] CAIRE (G.) op cit. p 233

B - Les différentes techniques de prise en charge de la dépendance

a) La solidarité familiale[384]

375. C'est la plus ancienne et la plus constante des solidarités. Déjà à la fin du XIXe siècle, il était fait appel à la responsabilité des familles pour « ne pas envoyer à l'hospice leurs vieux devenus incapables de se louer et donc perçus comme des bouches inutiles à nourrir[385] ». Le thème est revenu d'actualité, dans la décennie 1980-1990, avec l'idée de la survenue de difficultés graves dues au vieillissement de la population et plus encore, risque de déclin de la nation. Ce climat d'inquiétude sert de fondement à la demande des pouvoirs publics de mobilisation des familles. « Les pouvoirs publics n'auront de cesse de mettre en garde contre les risques redoutés du processus de vieillissement de la population française [386] ». La politique sociale a-t-elle l'effet de provoquer le désintérêt de la solidarité familiale ? Au contraire, il semble que la solidarité familiale s'exerce d'autant mieux qu'il existe des mesures de solidarité collective pour les soutenir, parfois les suppléer.

376. Si l'enquête du Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (CREDOC), réalisée pour la Caisse nationale d'allocations familiales (CNAF) en avril 2006, montrait que les Français ont tendance à considérer qu'il appartient à l'Etat de prendre en charge les personnes qui ne peuvent plus vivre de manière autonome, lorsqu'on leur pose la question sur un plan général, une autre enquête du même organisme établissant « le baromètre des solidarités en France, année 2006 » montre que dès qu'il s'agit de leurs propres parents devenus dépendants, 51 % déménageraient pour se rapprocher géographiquement ; 65 % les hébergeraient, 75 % leur dispenseraient des soins quotidiens et 87 % les

[384] Notion apparue dans les années 1970 dans le champ politique
[385] MESSU (M.), « Les conditions sociales des solidarités familiales », in *Où va la protection sociale* ? (dir.) GUILLEMARD (A.-M.), PUF, Le lien social, 2008, p 326
[386] MESSU (M.), op. cit. p 326.

aideraient dans leurs tâches ménagères[387]. Une solidarité familiale si massive est à tempérer par les conditions mêmes de l'enquête effectuée en tête à tête avec l'enquêteur, à qui on aurait des scrupules à dire que l'on se désintéresse du sort de ses parents.

377. La loi du 11 février 2005, dite loi Handicap, a consacré cette notion de soutien aux aidants familiaux, notamment à travers l'attribution d'une indemnisation des « aidants naturels[388] » dans le cadre du plan de compensation du handicap. Le droit au répit des familles y est affirmé par la création de structures d'accueil de jour et autres séjours de répit, non seulement pour les personnes handicapées, mais aussi pour les personnes âgées dépendantes.

378. Mais, il est toujours très perturbant pour une personne âgée ou une personne handicapée d'intégrer temporairement un établissement dans le cadre du séjour temporaire pour permettre à la famille de « souffler ». L'utilisation du règlement actuel sur le séjour temporaire des personnes handicapées pourrait trouver son application dans la prise en charge à domicile sans aménagement important de la réglementation en vigueur.

379. En effet, il est possible d'obtenir des financements pour des aides humaines 24 h/24. Mais cette faculté n'est accordée qu'aux personnes les plus dépendantes qui vivent seules. Lors de l'examen du projet de vie de la personne handicapée par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH), on pourrait envisager cette option d'une période de prise en charge complète de la personne à son domicile par des services d'aide à la personne, et accorder en conséquence le financement nécessaire. Les règles applicables au séjour temporaire dans un établissement pourraient s'exercer dans ce « séjour temporaire à domicile », à savoir un droit

[387] BIGOT (F.) « Le baromètre des solidarités en France année 2006 », CREDOC, *Rapport n° 242*, Fév 2007, p.15

[388] Le terme d' « aidant naturel » attribué à un membre de la famille de la personne aidée le fixe dans un statut et un rôle qui ne devraient pas être les siens. En effet, ces personnes sont soit parents, soit enfants, soit conjoints. Cela est différent de l'obligation alimentaire. Il n'y a là rien de naturel. Le terme d'aidant familial est plus acceptable.

accordé pour quatre-vingt-dix jours par an. La contribution de la personne bénéficiaire pourrait être la prise en charge financière des repas du baluchonneur et la mise à disposition d'une chambre de repos. Cette solution permettrait aux personnes de ne pas être effrayées par l'idée d'abandonner un chez-soi sécurisant et pour les proches de ne pas être culpabilisés par le sentiment toujours présent d'abandonner un des siens.

380. Néanmoins, on se heurte par ailleurs à deux autres difficultés et non des moindres. La première étant de trouver le service en capacité d'assurer ce type de prestation, très peu de SAAD le proposent. La seconde est que, pour assurer cette prestation, ne serait-ce qu'une semaine, il faudrait mobiliser de nombreux salariés compte-tenu des impératifs du droit du travail : amplitude du temps de travail quotidien, temps de repos quotidien et hebdomadaire, etc.

381. Comment le pacte intergénérationnel, autre terme de la solidarité familiale, s'est-il traduit en droit ? D'une obligation naturelle reposant sur des considérations philosophiques d'amour filial, conjugal ou paternel, la solidarité familiale est traduite juridiquement en obligations civiles, responsabilité civile, obligation alimentaire et aide sociale.

382. La solidarité familiale s'est exprimée à travers la responsabilité civile des parents pour les dommages commis par leurs enfants. La responsabilité civile fait naître une dette d'un débiteur vis-à-vis d'une victime d'un préjudice, devenant créancière. Cette responsabilité civile est imputée *de facto* aux parents d'enfants mineurs, dont ils assurent l'autorité parentale sans qu'il soit nécessaire de démontrer une quelconque faute d'éducation ou de surveillance de leur part. La seule condition posée par l'alinéa 4 de l'article 1384 du Code civil est que l'enfant cohabite avec ses parents, mais cette cohabitation est entendue au sens large puisqu'il peut résider temporairement ailleurs[389]. La responsabilité objective des père et mère est engagée même en l'absence de conduite fautive de leur enfant. Dans les arrêts du 13 décembre

[389] « (…) le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ».

2002, « Minc » et « Poullet » [390], la Cour de cassation pose sans aucune ambiguïté la responsabilité de plein droit des père et mère du fait du risque créé par le comportement de l'enfant mineur habitant avec eux.

383. La solidarité familiale s'exerce aussi pleinement à travers le *droit aux aliments*, institué par les articles 203 et suivants du Code civil. Les obligations découlant du mariage comportent celle de nourrir leurs enfants (art. 203), à charge pour ces derniers de donner en retour des aliments aux ascendants y compris grands-parents (et arrière grands-parents) (art.205). Cette obligation d'aliments s'étend aux parents par alliance (art 206).

384. « Qui fait l'enfant le doit nourrir », disait Loysel[391], et dans le droit actuel, l'on pourrait ajouter « qui fait le parent doit nourrir l'enfant ». En effet, l'obligation alimentaire est due par le parent adoptif, même s'il s'agit d'une adoption simple. Elle est alors due subsidiairement par le parent biologique. Néanmoins, ce dernier peut être tenu de participer partiellement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, « cette subsidiarité n'est pas exclusive d'une contribution partielle[392] ». On peut rapprocher cette décision de l'obligation d'entretien des grands-parents, subsidiaire partiellement de celle des parents[393].

385. Mais la solidarité familiale a des limites. Elle n'est pas suffisante pour répondre aux lourdes conséquences de la dépendance des personnes handicapées et des personnes âgées. Trop épuisées ou trop contraintes financièrement, les familles de personnes dépendantes deviennent elles-mêmes plus vulnérables et le risque est la destruction de cette solidarité. L'aide publique n'a pas pour effet de démobiliser le réseau familial. Des études « relatives à la question de la vieillesse dans les différents pays ont montré que la suppression des aides publiques comportait un risque grave de rupture dans les familles les plus fragiles, le fardeau de la pourvoyance se trouvant alors

[390] Cass. Bull. civ. n° 5 et Bull. crim. n° 3
[391] BOYER (L.), ROLAND (H.), *Adages du droit français*, 4e édition, Litec, 1999, p.724
[392] Cass. civ.1ère, 14 avril 2010, n° 09-12-456.
[393] Cass. civ. 1re, 6 mars 1990, JCP 1991. II. 21664 [2e esp.], note Garé ; Defrénois 1990. 944, obs. Massip

alourdi. Ainsi, « cette forme de protection a […] toute chance de renforcer les inégalités plutôt que de les compenser[394] ».

386. Peut-on fonder la protection sociale sur la solidarité familiale ? Même si la famille offre des avantages, notamment en évitant le processus de sélection qui est un caractère de l'assurance privée, elle présente des inconvénients majeurs. Le premier est que le risque peut toucher toute la parenté, une épidémie peut atteindre tous les membres, le handicap ou la dépendance peut survenir chez plusieurs personnes d'une même famille. Surtout, elle est inégalitaire à plusieurs titres. D'abord « on ne choisit pas sa famille » nous dit Monsieur Gilles Caire[395], en cela que l'efficacité de la protection dépend de la taille, de la structure, de la dispersion géographique des membres de la famille. Elle dépend aussi de la catégorie sociale à laquelle appartient la personne à protéger : « la solidarité familiale renforce donc la dualisation de la société au lieu de l'atténuer[396] ».

b) Le système assuranciel privé.

387. L'assurance est « une opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre, moyennant rémunération (la prime ou cotisation) pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation (pécuniaire) par l'autre partie, l'assureur (société d'assurance), qui, prenant en charge un ensemble des risques, les compense conformément aux lois de la statistique [397] ». Le caractère libéral de l'assurance privée qui permet de choisir, non seulement d'être assuré si on le désire, de choisir son assureur mais aussi de fixer soi-même le montant des primes à verser, paraît attractif, mais il est incertain et inégalitaire.

[394] DECHAUX (J.H), « Réalités et limites de l'entraide familiale » in PAUGHAM (S.)(dir.), *Repenser le solidarité. L'apport des sciences sociales*, 2007, cité par KESSLER (F.), *Droit de la protection sociale*, 3e édition, Dalloz, coll. Cours, 2009
[395] CAIRE (G.), op. cit. p 77
[396] CAIRE (G.), op. cit. p 78
[397] CORNU (G.), (dir.) *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p 84

388. L'assurance fonctionne sur le principe de la justice commutative où l'on reçoit selon sa contribution, et donc, la garantie varie en fonction des sommes versées, car « il existe une étroite corrélation entre primes et prestations[398] ». C'est donc le plus tôt possible que les primes doivent être versées, dès que les premières capacités financières le permettent. Mais il est difficile pour un individu jeune, débutant dans la vie, d'évaluer tous les effets de la dépendance, notamment son coût plus d'un demi-siècle plus tard. De plus, sommes-nous tous en capacité d'effectuer cette évaluation qui demande de comprendre des notions complexes ?

389. Le système assurantiel privé est inégalitaire, puisque selon l'état de sa fortune personnelle on financera selon ses moyens le risque, mais l'on en recevra en proportion les fruits de son épargne. L'éducation, le revenu et la richesse ont une conséquence positive sur la demande d'assurance dépendance.

390. Il est incertain parce que l'assurance est personnalisée et repose sur un aléa : « ni l'assureur, ni l'assuré ne savent si le sinistre se réalisera[399] ». Pourtant, l'assureur cherchera, par tous moyens (non prohibés), à évaluer la probabilité de survenue du sinistre et ajustera les primes en conséquence. Dans ce système, rien n'empêchera l'assureur, en fonction de l'ampleur de survenue du sinistre, d'augmenter unilatéralement le montant des primes[400] ou de dénoncer le contrat. La loi autorise, voire commande cette pratique parce la compagnie d'assurances doit équilibrer chaque risque sans possibilité de compensation entre les risques[401]. De manière générale, en matière d'assurance privée, l'assureur va sélectionner les risques à assurer.

---

[398] KESSLER (F.), op. cit., p 33.

[399] Art. 1104 C. Civ.

[400] « Affaire médiatique UNAPEI / Compagnie AXA », L'Humanité du 17 février 2000. Voir aussi la question d'actualité au gouvernement n° 0288G de M. Henri Weber (Seine-Maritime - SOC) publiée dans le JO Sénat du 25/02/2000 – p.966 .

[401] En février 2000, l'assureur AXA, en dénonçant le contrat collectif antérieur passé avec l'association UNAPEI, association de parents d'enfants handicapés mentaux, a présenté trois options aux souscripteurs : réduire de moitié le montant de « la rente survie », doubler le montant de la prime ou souscrire un nouveau contrat plus cher.

391. Le 18 septembre 2007, le Président de la République déclarait que « la dépendance des personnes âgées constitue le plus souvent un risque assurable qui peut être couvert par des produits innovants ». En effet, depuis 1985, en France, l'assurance privée semble rencontrer quelques succès, le marché de l'assurance privée comptant plus de trois millions d'assurés, le plus important d'Europe[402]. De plus, il croît de 15 % par an[403]. Bien que la France n'ait pas favorisé par des incitations fiscales le recours à l'assurance privée, le succès s'expliquerait par le choix des produits offerts, contrats de prévoyance, contrats d'épargne dépendance et contrats « complémentaire santé ». La préférence est manifestée pour les produits à rentes forfaitaires plutôt qu'indemnitaires, bien que cette formule soit plus contraignante puisqu'il faut organiser soi-même son système de soins.

392. L'enquête européenne SHARE (Survey on Health, Ageing and Retirement in Europe) a été menée en 2004 dans onze pays et réalisée pour la France par l'Institut de recherche et de documentation en économie de la santé (IRDES) et l'INSEE. Un des six thèmes abordés concernait l'assurance, dans lequel il s'avérait que 52,7 % des ménages où un des conjoints a au moins 50 ans, avait souscrit un contrat assimilable à une assurance dépendance. Parmi les soins assurés, 48,9 % concernaient des soins infirmiers à domicile et 12,5 % de l'aide à domicile. Le fait d'avoir eu à s'occuper d'une personne dépendante dans la famille est un facteur de probabilité de souscription d'une assurance. De même, si on a subi une maladie grave, la prise de conscience tient à l'expérimentation de la situation. Il semblerait toutefois que l'on ne s'assure pas pour soi, mais pour préserver les siens des risques financiers de la dépendance, qui procéderait donc d'un mouvement altruiste.

[402] LE BIHAN-YOUINOU (B.) « La prise en charge des personnes âgées dépendantes en France », *Informations sociales* 1/2010 (n° 157), p.124-133.
[403] KESSLER, (D.), « L'énigme de l'assurance dépendance », *Risques – Les Cahiers de l'Assurance*, 2007, p.60-65.

c) La mutualité

393. Le principe de la mutualité est qu'un groupe déterminé se protège sans l'aide d'un tiers. La technique de la mutualité ressemble à celle de l'assurance en cela qu'elle est volontaire. Elle diffère toutefois de l'assurance privée dans le fait qu'elle ne recherche pas les bénéfices. Elle diffère surtout, et dans son essence même, sur l'absence de lien entre la cotisation et le risque. La cotisation n'est assise que sur les salaires et autres revenus.

394. Cotiser à une mutuelle est un acte volontaire et cette liberté peut être attractive et susciter le sens de la responsabilité. Toutefois, la mutualité présente la faiblesse d'être constituée par un groupe homogène présentant les mêmes risques et se révèle donc « peu adaptée à des risques aussi étendus que les charges familiales ou à des risques aussi lourds (coûteux) que la garantie du chômage ou de la vieillesse[404] ».

IV - De l'idée de 5e risque à la loi pour l'adaptation de la société au vieillissement

395. La réponse française à la question de la dépendance des personnes âgées est le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement (AFSX1404296L), présenté au Conseil des ministres du 03 juin 2014 et adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 17 septembre 2014. La loi devait prendre effet mi-2015 au lieu du 1er janvier du fait des économies à réaliser sur le PLFSS 2015, a été adoptée le 28 octobre 2014 par l'Assemblée nationale. Elle est enfin promulguée le 28 décembre 2015[405].

396. Le projet de loi présentait le vieillissement comme une chance et un défi à relever pour la France. Il proposait des pistes pour une adaptation

[404] KESSLER (F.), op. cit., p.35
[405] L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement

de la société à ce que le gouvernement considérait comme la « révolution de l'âge ». Quatre grands axes orientaient son action :

- Prévention de la perte d'autonomie
- Adaptation de la société au vieillissement
- Accompagnement de la perte d'autonomie
- Gouvernance des politiques de l'autonomie.

397. Nous retiendrons, dans le cadre de ce travail, les mesures relatives à la vie à domicile des personnes âgées et des personnes handicapées qui peuvent être aussi concernées dans cette loi dite « vieillissement » (§1). Nous mentionnerons aussi celles qui sont destinées à des personnes hébergées dans les établissements pour personnes âgées dépendantes ou dans le cadre des résidences-services ou foyers logement, et leur participation active aux décisions (§2). Enfin nous évoquerons le financement de ces mesures et la gouvernance de celles-ci (§3).

§1 - Les mesures relatives à la vie à domicile

A - Les actions individuelles et collectives de prévention de la perte d'autonomie.

398. Il s'agit, d'une part de déterminer des actions individuelles et collectives à travers un programme de financements, et d'autre part de permettre l'accès aux aides techniques aux personnes de soixante ans en perte d'autonomie dans le département. Par une gestion territorialisée, à l'instar d'autres pays européens, en l'occurrence le département, les besoins des personnes âgées de soixante ans sont recensés dans un schéma départemental relatif aux personnes en perte d'autonomie et un projet régional de santé. Une conférence des financeurs[406] a pour missions et actions :

[406] Créée par art. 3 de la loi

- de faciliter l'accès aux aides techniques, par le soutien des modes d'achats groupés ou de mise à disposition ; 140 millions d'euros y seront consacrés ;
- de programmer les aides au forfait autonomie des « résidences autonomie[407] » ;
- de coordonner les actions mises en œuvre par les services d'aide et d'accompagnement à domicile ;
- de soutenir les actions en direction des aidants.

Cette conférence comporte comme membres de droit :

- des représentants du département,
- des représentants de collectivités territoriales et d'établissements publics,
- des représentants de l'agence de l'habitat (ANAH) dans le département,
- des représentants des régimes de base d'assurance vieillesse et d'assurance maladie, ainsi que des organismes de mutualité.

399. Il s'agit ici d'une assemblée de financeurs, mais dont les prérogatives sont de déterminer une politique d'aide aux personnes âgées. On peut déplorer qu'il n'y ait pas de représentation, même à titre consultatif, d'usagers. Certes, il est prévu la participation de toute autre personne physique ou morale concernée par les politiques de la prévention, et à ce titre peut-être les usagers participeront-ils, mais à la condition d'accord de la majorité des membres de droit. Cette absence de représentation *es qualité* de personnes âgées, au contraire des personnes handicapées, s'explique-t-elle par une faible organisation associative de ce secteur et par là-même une faible influence ? L'avis des personnes handicapées et des personnes âgées sera demandé à travers leurs représentations au Conseil départemental de la citoyenneté et de l'autonomie (CDCA)[408]**.** De fait, disparaît le conseil départemental consultatif des personnes handicapées.

[407] Remplaçant les logements-foyers
[408] Art.L. 149-1 du CASF

400. Le financement des actions se fait essentiellement par la contribution additionnelle de solidarité pour l'autonomie (CASA), inscrite dans la loi de financement de la sécurité sociale de 2013[409] pour un montant estimé à 645 millions d'euros par an**.** Celle-ci est une contribution au taux de 0,3 %, assise sur les pensions de retraite et d'invalidité ainsi que sur les allocations de préretraite servies à compter du 1er avril 2013, qui sont perçues par les personnes imposables au titre de l'impôt sur le revenu supérieur à 61 euros et qui ne sont pas déjà assujetties à la contribution solidarité autonomie[410] (CSA) incluse dans le prélèvement social au taux global de 15,5 % appliqué aux revenus du capital. La CNSA vient en complément de ce financement d'une part, et d'autre part pour le forfait autonomie attribué dans chaque département en fonction du nombre de places dans les établissements et en fonction du nombre de personnes âgées de plus de soixante ans pour les actions de prévention. Pour 2015, la CASA sans figurer expressément dans la LFSS de 2015[411] financera[412] : la revalorisation de l'APA pour l'aide à la vie à domicile et l'aide aux aidants, l'adaptation de logements privés des personnes en perte d'autonomie (15000 logements prévus en 2015), à la revalorisation des salaires de la branche de l'aide à domicile (25 millions d'euros), au fonds de compensation du handicap (5 millions d'euros) pour les actions auprès des personnes handicapées vieillissantes.

401. La volonté d'harmonisation et de coordination des actions publiques se manifeste à travers la possibilité d'échanges d'informations entre les organismes de Sécurité sociale et les caisses de retraite pour repérer les retraités en risque de perte d'autonomie[413] **;** de même est établie la

[409] Art. 17 L. n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la Sécurité sociale pour 2013 , NOR: EFIX1235628L

[410] Art. 11 L. n° 2004-626 du 26 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées, NOR: SOCX0300201L

[411] L. n° 2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015, NOR: FCPX1422901L

[412] Réponse du Secrétariat d'État, auprès du ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, chargé de la famille, des personnes âgées et de l'autonomie, publiée dans le JO Sénat du 29/01/2015 - page 206 à la question écrite parlementaire n°13580 publiée dans le JO Sénat du 06/11/2014 - page 2475

[413] Art . L 115-2-1 CASF

coordination, à travers une convention annuelle entre l'Etat, la Caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAV), la Mutualité sociale agricole (MSA) et le Régime social des indépendants (RSI), pour des actions de préservation de l'autonomie par une offre commune.

B - La lutte contre l'isolement des personnes âgées

402. Le bénévolat est sollicité pour que les personnes âgées soient moins isolées. L'expérience malheureuse de la canicule de l'été 2003 a démontré la nécessité que chacun se sente responsable des personnes âgées isolées. Ainsi, le soutien aux bénévoles sera financé par la CNSA[414] dans le cadre de la mobilisation nationale contre l'isolement *des âgés* joliment dénommée MONALISA. En particulier, à l'instar des Groupes d'entraide mutuelle (GEM) créés par les associations regroupant les parents et amis de personnes atteintes de handicaps psychiques et/ou cognitifs, et reconnus par la loi dite Handicap, seront financées des initiatives telles les « cafés des aidants[415] ». Il est prévu aussi une formation des personnels administratifs des services à domicile, dont il faudra regarder le contenu pour voir en quoi elle répond à l'objectif fixé.

403. La loi fait sienne la préoccupation de la société, qu'Albert Camus, en son temps, déclarait comme la seule préoccupation philosophique qui vaille : le suicide : « Il n'y a qu'un problème philosophique vraiment sérieux : c'est le suicide. Juger que la vie vaut ou ne vaut pas la peine d'être vécue, c'est répondre à la question fondamentale de la philosophie[416] ». Prévenir le suicide des personnes âgées[417] devient un objectif dont la lutte contre

[414] Art. L. 14-10-5 CASF
[415] « Les cafés des aidants » est un concept créé par l'Association des aidants familiaux en 2004, qui rassemble dans un lieu convivial pendant 1h30 des aidants proches. Un(e) psychologue clinicien(ne) et un travailleur social anime le partage d'informations et d'échange d'expériences.
[416] CAMUS (A.), *Le mythe de Sisyphe, Essai sur l'absurde*, p.17, Folio Idées, 1942
[417] 28 % des suicides ont concerné des personnes de plus de 65 ans en 2010, source INSERM-DREES

l'isolement est un moyen. Dès lors il est prévu[418] un programme annuel comportant trois priorités :

1) formation des professionnels à la reconnaissance des symptômes de la dépression chez les personnes âgées,
2) structuration de la collaboration entre la médecine de ville et les médecins spécialistes en gériatrie et psychiatrie,
3) développement de la recherche relative au suicide des personnes âgées notamment dans le cadre de l'Observatoire du suicide[419] .

402. La volonté d'une société inclusive inscrite dans la loi prévoit la valorisation des personnes âgées de soixante ans et plus dans un rôle de tuteurs, engagés dans des associations à but non lucratif pour transmettre savoirs et compétences. C'est principalement à travers la prise en charge des frais engagés, mais il y a quelque chose de dérisoire de mentionner le bénéfice des chèques-repas et la délivrance d'un certificat de volontaire civique senior, alors que, parmi les difficultés qui freinent le recours aux bénévoles, se trouve le plus souvent la question des assurances en responsabilité civile et des indemnisations en cas de préjudice. Certes, les dispositions législatives qui seront prises viseront par exemple à exonérer des charges sociales et fiscales les chèques-repas. Cette mesure a une conséquence budgétaire limitée.

C - L'adaptation du logement pour la vie à domicile

403. Vivre à domicile nécessite d'avoir un domicile adapté à la perte d'autonomie. Une des priorités du plan est d'adapter des logements privés. Un plan pour l'adaptation des logements sera porté par l'Agence nationale de l'habitat (ANAH) pour l'adaptation de 80.000 logements, dont le budget sera

[418] Annexe à l'art.2 de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement
[419] Créé par D. 2013-809 du 09 sept. 2013 auprès du Ministre de la santé

abondé par la CNSA pour 40 millions d'euros. Le crédit des particuliers pour financer les travaux sera facilité par un microcrédit pour lequel 40 millions d'euros provenant de la CASA? serviront de garantie jusqu'en 2018, fin du plan. Le microcrédit servira à ceux qui ne peuvent avoir accès au crédit bancaire classique ou pourra servir de complément aux financements de la CNAV et l'ANAH.

404. L'exposé des motifs du projet de loi rappelait, que la création de l'APA a permis de passer d'une logique de l'aide sociale à une logique de prestation universelle, permettant par le plan d'aide global un soutien de la vie à domicile. Mais le montant élevé du ticket modérateur a empêché certaines personnes âgées modérément dépendantes d'avoir recours aux aides nécessaires. La réforme de l'APA à domicile doit contribuer à trouver des solutions. Elle s'appuie sur la revalorisation des plans d'aide pour renforcer l'aide à domicile, particulièrement destinée aux personnes les plus dépendantes pour lesquelles le ticket modérateur devenait excessif. Concrètement, pour alléger le reste à charge et la prise en considération de l'environnement de la personne, les mesures visent à :

- mettre l'accent sur l'importance d'une évaluation des besoins multidimensionnelle par l'équipe médico-sociale du département[420], en intégrant l'environnement et les besoins des proches aidants ;
- revaloriser par décret le montant des plafonds pour tous les bénéficiaires de l'APA en se référant à la majoration pour tierce personne, revue annuellement au 1er janvier ;
- introduire le principe d'une modulation de la participation financière de l'usager en fonction du plan d'aide et de ses ressources.

405. Rappelons que l'APA, qui a fait l'objet d'âpres discussions lors de sa mise en place du fait de l'accroissement de charges nouvelles en 2002, n'est plus remise en cause sinon sa revalorisation. Elle est universelle,

[420] Art. L 232 6 nouveau CASF

ouverte à toute personne âgée de plus de soixante ans, de nationalité française ou étrangère titulaire d'un titre de séjour valide ou d'une carte de résident, et ayant sa résidence en France. Le montant de l'allocation est variable suivant les ressources de la personne et son degré de perte d'autonomie. La solvabilisation de la vie à domicile par l'APA nécessite que les plafonds d'aide soient revalorisés, et ce, quel que soit le groupe iso-ressources dont relève la personne âgée dépendante.

406. En effet, l'étude d'impact du projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement[421] montrait que de plus en plus de plans d'aide sont « saturés ». Cela signifie, soit que les personnes ont besoin de plus d'aides que celles qui leur sont accordées, soit que le « ticket modérateur » (euphémisme pour le reste à charge) est trop important pour qu'elles fassent appel aux services. Ce reste à charge varie pour un même revenu selon le GIR. Ainsi, est-il rapporté qu'une personne ayant un revenu de 1.500 euros par mois acquittera d'une participation de 12 % de ses revenus en GIR 4 et de 27 % en GIR 1. L'effet pervers de l'application du reste à charge est que les équipes médico-sociales sous-évaluent les besoins, et donc les plans d'aide pour les bénéficiaires qui ont un revenu bas, mais qui acquittent le ticket modérateur.

407. L'autre facteur qui nécessite la refonte de l'APA est la part prépondérante de l'aide humaine dans les plans d'aide (90 %) laissant peu de possibilités pour les autres mesures d'aide (aides techniques, aménagement de domicile, accueil temporaire). Les modalités d'appréciation de la dépendance par la grille AGGIR sont par ailleurs inadéquates pour rendre compte de la situation complexe de la personne âgée. Celle-ci sera donc complétée par un référentiel tenant compte de l'environnement de la personne, de ses habitudes de vie, de son état de santé, etc. Cette évaluation, qui se veut exhaustive de la situation de la personne âgée, permettra un plan d'aide avec des réponses diversifiées, notamment le

[421] Projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement NOR : AFSX1404296L/Bleue-1, étude d'impact p 67

soutien aux aidants familiaux. L'APA est accordée dans la limite de tarifs nationaux maxima[422] et selon le GIR[423] :

- en GIR 1 : 1,19 × le montant maximal de la MTP
- en GIR 2 : 1,02 × le montant maximal de la MTP
- en GIR 3 : 0,765 × le montant maximal de la MTP
- en GIR 4 : 0,51 × le montant maximal de la MTP

408. Mais il est aussi fonction des revenus pour le calcul du reste à charge, c'est-à-dire la participation financière du bénéficiaire. Rappelons que si le revenu est inférieur à 0,67 fois le montant de la MTP, il n'y a pas de reste à charge. Si le revenu est compris entre 0,67 et 2,67 fois la MTP, la participation sera calculée arithmétiquement par la formule :

$$P = A \times \frac{[R-(S \times 0{,}67)]}{S \times 2} \times 90\ \%$$

dans laquelle P est la participation financière à la charge du bénéficiaire ; A, le montant du plan d'aide ; R, le revenu mensuel et S, le montant de la MTP. Enfin, si le revenu mensuel excède 2,67 fois la MTP, le reste à charge sera de 90 % du plan d'aide.

409. Le nouveau mode de calcul du barème de l'APA vise l'objectif de solvabilisation des plans d'aide, dont nous avons vu qu'ils étaient directement liés à l'APA et à la grille AGGIR. Il est donc prévu deux mesures. La première est de ne plus faire référence à la majoration pour tierce personne (MTP : 1.103,08 euros mensuels[424]) mais à l'ASPA (792 euros mensuels[425]). La seconde est l'instauration d'un système d'abattement du reste à charge en fonction, d'une part du montant du plan d'aide, et d'autre part des revenus mensuels du bénéficiaire[426]. Trois niveaux, selon le montant du plan d'aide, sont fixés :

- plan d'aide inférieur à 350 euros : ticket modérateur inchangé

[422] Art. L. 232-3 CASF
[423] Art. L.232-10 CASF
[424] Au 01 avril 2014
[425] Au 01 avril 2014
[426] Art.L.232-11

- plan d'aide compris entre 350 euros et 550 euros : abattement de 60 % du ticket modérateur avec une décroissance progressive en fonction des revenus
- plan d'aide supérieur à 550 euros : abattement maximum de 80 % pour la part au-dessus de 550 euros avec une décroissance progressive en fonction des revenus

410. 153 millions d'euros y seront consacrés auxquels il faudra ajouter la conséquence de la diminution du ticket modérateur pour 197 millions par an. Pour les bénéficiaires de l'allocation de solidarité aux personnes âgées (ASPA), l'ex-allocation minimum vieillesse pour les personnes ayant un revenu inférieur à 9.503,89 euros par an pour une personne seule[427], le reste à charge sera nul.

411. Mais comment les départements vont-ils pouvoir supporter ces charges nouvelles ? Des mécanismes de compensation financière totale pour l'APA et le soutien aux aidants proches sont prévus à l'issue de la montée en charge en 2017. La section de la CNSA relative à l'APA verra une modification de ses ressources. Auparavant, elle disposait de 20 % des contributions apportées par les employeurs publics et privés. Elle bénéficiera aussi de fractions de la Contribution additionnelle de solidarité pour l'autonomie (CASA).

412. D'autres dispositions, qui ne relèvent pas à proprement parler d'une revalorisation de l'APA à domicile, viennent compléter le dispositif et posent des questions. La première est la suppression de la commission chargée de la proposition de l'APA. L'équipe médico-sociale est désormais seule compétente pour la décision d'attribution. Auparavant, cette compétence était attribuée à une commission de sept membres, composée de représentants du Conseil départemental pour moitié, de deux représentants des organismes de Sécurité sociale conventionnés avec le département, désignés par le président du Conseil départemental et d'un membre désigné

[427] Au 01 janvier 2014

au titre d'une institution ou d'un organisme public social et médico-social ayant passé une convention avec le département dans le cadre de la mise en œuvre de l'APA.

413. Cette commission était présidée par le président du Conseil départemental ou son représentant. Certes, la décision finale était prise par le président du Conseil départemental sur proposition de cette commission, mais cette dernière pouvait être en désaccord. Un réexamen de la situation devait être effectué. Dans le nouveau dispositif, la décision est entre les mains de l'équipe d'évaluation. Dispose-t-elle de l'indépendance nécessaire pour établir une évaluation impartiale des besoins ?

414. La seconde est une interrogation sur les voies de recours possibles en cas de désaccord par la personne âgée sur la décision prise. Auparavant, la personne âgée contestant le refus d'attribution ou le montant de l'APA pouvait faire un recours amiable devant la commission de l'APA, puis un recours contentieux devant la commission de l'aide sociale du département, dans un délai de deux mois, puis disposait encore de deux mois pour introduire un recours devant la commission centrale de l'aide sociale, enfin devant le Conseil d'Etat. Ces voies de recours sont-elles toujours possibles ? Il semble que la phase amiable devant la commission de l'APA n'existera plus puisque la loi supprime l'article 232-18 du CASF relatif à ce sujet[428].

415. Une comparaison peut être faite avec le processus d'évaluation des besoins des personnes handicapées et la décision du plan de compensation proposé à celles-ci, instauré par la loi du 11 février 2005. En effet, une équipe d'évaluation pluridisciplinaire, sous l'autorité du Groupement d'intérêt public (GIP) que constitue la MDPH, établit une évaluation de la

[428] Art. L. 232-18 CASF : « Le demandeur, le bénéficiaire de l'allocation personnalisée d'autonomie ou, le cas échéant, son représentant, le maire de la commune de résidence ou le représentant de l'Etat dans le département peut saisir la commission mentionnée à l'article L. 232-12 pour qu'elle formule des propositions en vue du règlement des litiges relatifs à l'allocation personnalisée d'autonomie.
Pour l'exercice de cette attribution, la commission s'adjoint des représentants des usagers ainsi que des personnalités qualifiées, dont des représentants des organisations de retraités et personnes âgées désignés par les comités départementaux des retraités et personnes âgées.

situation de la personne, puis propose un plan de compensation du handicap à la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées pour décision . Ce plan inclut le financement de diverses allocations, pour les aides humaines comme les aides techniques, voire animalières. En cas de désaccord entre les préconisations de l'équipe d'évaluation et la CDAPH, il est soumis à cette dernière une nouvelle proposition. La personne handicapée peut, elle aussi, contester le plan qui lui est proposé. Tout d'abord un conciliateur permet de résoudre amiablement le désaccord. A défaut d'un accord, la phase contentieuse est alors juridictionnelle, et non pas administrative, puisqu'intervient le Tribunal du contentieux de l'incapacité pour des décisions concernant :

- l'orientation ou l'insertion scolaire d'un enfant handicapé,
- la désignation d'un établissement pour enfant ou adulte handicapé,
- l'Allocation d'Éducation de l'Enfant Handicapé (AEEH) et ses compléments,
- l'Allocation Adulte Handicapé et son complément,
- la carte d'invalidité ou la carte de priorité,
- le renouvellement de l'allocation compensatrice pour tierce personne,
- la prestation de compensation du handicap,
- l'accueil de personnes âgées handicapées de plus de soixante ans hébergées dans une structure pour personnes handicapées adultes,

ou le Tribunal administratif dès lors qu'il s'agit :

- de l'orientation ou l'insertion et sociale et professionnelle pour adultes,
- de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé,

- de l'orientation vers un établissement ou service concourant à la rééducation, à l'éducation, au reclassement et à l'accueil pour adultes.

416. Le paiement de l'APA se fera mensuellement pour les aides régulières[429], celles qui permettront de rémunérer des aides humaines en particulier. Mais, il est prévu que les prestataires puissent être payés directement par les services du Conseil départemental. Il nous semble que cette mesure systématisée irait à l'encontre de l'autonomie prônée dans tout le texte. En effet, si l'APA n'est pas versée à la personne âgée et que celle-ci ne rémunère pas le service qui lui est rendu, elle est en quelque sorte passive et n'est plus quelqu'un qui agit puisque tout se passe pour elle et non avec elle. On peut être dépendant physiquement, mais autonome civilement. On comprend bien le souci louable des pouvoirs publics de vouloir simplifier la vie des personnes âgées en agissant pour elles, mais ils veulent surtout éviter des indus et surtout contrôler l'effectivité de l'emploi de l'APA. Quelques Conseils généraux systématisent actuellement cette procédure en matière de PCH, d'autres sont tentés de le faire par mesure de simplification des contrôles. Or, ce contrôle pourrait se faire de manière différente en s'inspirant de la recommandation[430] du rapport conjoint de l'Inspection générale des affaires sociales et de l'Inspection générale de l'administration. Le principe de l'accord de la personne doit être maintenu comme antérieurement[431], et comme le prévoit la rédaction du premier alinéa de l'art L. 232-15 du CASF : « L'allocation personnalisée d'autonomie est versée à son bénéficiaire sous réserve des dispositions prévues aux cinquième et sixième alinéas ».

[429] Al.8 art.29 du projet cit.

[430] Recommandation n° 40 : Adopter un rythme de contrôles d'effectivité sur dossiers après paiement adapté au risque d'indu, en fonction du type de prestation et du montant, et recourir davantage aux contrôles sur place (départements), JOSEPH-JEANNENEY (B.), LALOUE (F.) et al., « Evaluation de la prestation de compensation du handicap (PCH) », *rapport IGAS-IGA*, Août 2011

[431] Art. L.232-15 CASF : « L'allocation personnalisée d'autonomie peut, après **accord du bénéficiaire**, être versée directement aux services d'aide à domicile, notamment ceux mentionnés à l'article L. 129-1 du Code du travail, utilisés par le bénéficiaire de l'allocation.
Les prestations assurées par les services récipiendaires de l'allocation personnalisée d'autonomie font l'objet d'un contrôle de qualité.
Le bénéficiaire de cette allocation peut modifier à tout moment les conditions dans lesquelles il est procédé à ce versement direct ».

417. Une autre disposition, prise dans le même esprit, nous semble là encore restreindre la liberté de la personne allocataire de l'APA, en systématisant « la transmission d'informations des administrations fiscales aux services instructeurs, afin de faciliter l'actualisation annuelle de la participation financière des bénéficiaires de l'APA[432] ».

418. Ainsi, par la revalorisation de l'APA pour assurer une meilleure solvabilisation de l'accès aux aides à domicile et aux aides techniques, la loi a pour ambition de faire de la France le leader mondial de la *Silver* économie[433], les personnes âgées représentant un fort potentiel économique par leurs besoins, leur consommation dans différents domaines, services et technologies.

D - La refondation des services à domicile

419. Sous le terme ambitieux de refondation de l'aide à domicile, le gouvernement se penche sur la situation des SAAD intervenant auprès des personnes âgées et des personnes handicapées. Il y a là le souci de régulation des services devant être, pour les uns autorisés, pour les autres agréés. Cette disparité créait des tensions, notamment entre ces services livrés à une concurrence commerciale, mais ne jouissant pas des mêmes règles. La procédure d'autorisation par ailleurs devenait soumise, par la loi HPST, à la procédure d'appels à projets et non plus laissée à l'initiative du promoteur. Il sera possible, dans un délai de trois ans suivant la publication de la loi aux services agréés, de demander une autorisation sans appel à projets[434].

[432] Art. L.153A (nouveau) livre des procédures fiscales
[433] BERNARD (C.), HALLAL (S.), NICOLAÏ (J.P.), « La Silver Economie, une opportunité de croissance pour la France », *Commissariat général à la stratégie et à la prospective*, Rapports et documents, Déc. 2013, http://www.strategie.gouv.fr/ , 105 p.
[434] Art.33 du projet cit.

420. La conclusion d'un contrat d'objectifs et de moyens prendra en compte notamment les exigences de qualité, passant par la professionnalisation des intervenants. Les missions définies par le cahier des charges entrent donc maintenant dans une « logique de mandatement au sens du droit communautaire, laquelle est réaffirmée et consolidée au titre des exigences de service d'intérêt général ». Voilà qui vient établir, fort heureusement, ce qui n'avait pas été retenu en son temps lors de la transposition de la directive de 2006 : le fait que les établissements et services sociaux et médico-sociaux relèvent bien d'un mandatement, c'est-à-dire l'exécution d'une mission clairement identifiée répondant à un besoin d'intérêt général.

421. Une expérimentation des tarifs des SAAD, autorisée en août 2012[435], est prolongée d'un an à compter de la promulgation de la loi (voir infra §149). Un rapport d'évaluation de ces expérimentations sera présenté au Parlement au 30 octobre 2015. De même, une expérimentation va être menée pour la tarification des SPASAD[436] conjointement par le président du Conseil départemental et le directeur général de l'Agence régionale de santé. Il s'agira d'établir des modèles d'organisation de fonctionnement et de tarification, afin de rapprocher le soin de l'aide pour une prise en charge globale de la personne âgée et de la personne handicapée. La coordination des actions est sous la responsabilité d'un infirmier coordonnateur. Il est à noter que le rôle des SPASAD, en matière de prévention de la perte d'autonomie, est établi par la définition des actions et leur financement, conjointement par le département et l'Agence régionale de santé Un rapport d'évaluation sera remis au Parlement au 30 juin 2017.

[435] Arr. du 30 août 2012 fixant le cahier des charges des expérimentations relatives aux modalités de tarification des services d'aide et d'accompagnement à domicile et le contenu du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens mentionné au 1° du I de l'article 150 de la loi du 28 décembre 2011 de finances pour 2012
NOR: AFSA1220129A
[436] Art. 34 du projet cit.

E - L'aide aux aidants.

422. Les aidants proches sont reconnus comme des piliers du maintien à domicile des personnes âgées dépendantes. En cela, ils doivent être valorisés et soutenus. Mais tout d'abord qu'est-ce qu'un aidant proche ? La loi donne une définition qui va au-delà de ce que l'on entend habituellement lorsque l'on évoque l'aidant familial. En effet, elle inclut des personnes sans lien de parenté, mais qui assurent une aide régulière dans les actes de la vie quotidienne. Ainsi est « considéré comme proche aidant d'une personne âgée, son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, un parent, un allié ou une personne résidant avec elle ou entretenant avec elle des liens étroits et stables, qui lui vient en aide de manière régulière à titre non professionnel pour accomplir tout ou partie des actes de la vie quotidienne[437] ».

423. La loi élargit à ces aidants proches le bénéfice de l'ancien soutien familial prévu dans le code du travail et rebaptisé congé de « proche aidant » non rémunéré. Pour en bénéficier, il est maintenu la condition de deux années d'ancienneté dans l'entreprise[438]. Le congé de trois mois renouvelable pourra être fractionné ou transformé en travail à temps partiel. Le salarié doit avertir son employeur quarante-huit sauf si une situation urgente survient, auquel cas le congé peut être pris immédiatement[439].

424. Ils vont pouvoir bénéficier de temps de répit par les dispositifs répondant à ce besoin (accueil de jour, hébergement temporaire, aide à domicile renforcée). L'équipe d'évaluation de l'APA détermine un plan d'aide dans lequel elle inclura le recours à ces dispositifs dans le cadre de l'APA et dans des limites qui seront fixées par décret. Les conditions de majoration de l'APA pour faire face aux évènements d'urgence, comme l'hospitalisation de l'aidant, sont précisées dans le nouvel article L.233-3-3 du CASF. Plus

[437] Art. 113-1-3 au CASF inséré par art.51 de la L.2015-1776 du 28 déc.2015
[438] Art.3142-22 C.trav.modifié par art 53 de la L. 2015-1776 du 28 déc.2015
[439] Art. 3142-24 C.trav.modifié par art 53 de la L. 2015-1776 du 28 déc.2015

innovante (en France) est la possibilité ouverte par ce projet, de faire l'expérimentation de prestations de suppléance des aidants proches, semblables au « baluchonnage ». Pour les rendre possibles, il s'agit en effet de légaliser des aménagements de conditions de travail dérogatoires à la législation sur le travail. Ce « droit au répit sera financé à hauteur de 80 millions d'euros par an, des actions de soutien le seront à hauteur de 5 millions d'euros par an[440].

425. Mais qu'est-ce que le « baluchonnage » ? Une association canadienne propose, depuis 1999 au Québec, un répit aux aidants familiaux des malades d'Alzheimer par une formule originale. En effet, l'association Baluchon Alzheimer, créée par Mme Marie Gendron, gérontologue, vient prendre le relais des aidants familiaux au domicile des malades, les rassurant ainsi de savoir leur proche entre de bonnes mains et non perturbé dans ses habitudes. En effet, le « baluchonneur » vient au domicile pour une période de quatre à quatorze jours, vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept.

426. De plus en plus de départements et de régions français se sont inspirés de ce système et proposent des équipes de deux professionnels se relayant au domicile de la personne âgée. Le financement de la structure expérimentale adossée à une EHPAD est assuré conjointement par l'Agence régionale de santé et le Conseil départemental[441]. Les professionnels présentent la garantie de compétences par leurs qualifications d'aides-soignants et d'aides médico-psychologiques. La contribution financière de la personne âgée est variable selon les départements. A titre d'exemple, dans le Limousin, elle est forfaitaire pour une prise en charge de 12 h, allant de 30 euros à 60 euros, limitée à 20 forfaits de 12 h par famille. Ce qui représenterait dix jours par an. C'est évidemment peu pour préserver les aidants de l'épuisement, mais montre une volonté des pouvoirs publics de trouver des solutions pour faire droit au répit des familles. Dans d'autres départements, le service est limité à 30 jours par an. Des appels à projets sont lancés pour développer ce type de services.

[440] Etude d'impact, Assemblée nationale, 2 juin 2014
[441] Région Limousin. www. chjb.fr/wordpress/

427. La solution québécoise est actuellement impossible à transposer en France à cause de la législation du travail relative à la durée de la journée de travail, des temps de repos et du financement de tels dispositifs. Le Conseil économique, social et environnemental (CESE)[442] préconise que cette question fasse l'objet de négociations avec les partenaires sociaux. Celles-ci pourraient s'inspirer des dérogations existantes, notamment celle relative aux éducateurs et aides familiaux qui exercent dans des associations gestionnaires de villages d'enfants. En effet, ceux-ci doivent pouvoir exercer une responsabilité permanente dans un logement, auprès de fratries d'enfants. Ainsi est-il prévu des dispositions particulières dans le Code de l'action sociale et des familles dérogeant au Code du travail « les éducateurs et les aides familiaux ne sont pas soumis aux dispositions relatives à la durée du travail, la répartition et l'aménagement des horaires prévus par le titre II du livre Ier de la troisième partie du Code du travail et celles relatives aux repos quotidien et hebdomadaire prévues par les chapitres Ier et II du même livre[443] ». Mais cette proposition risque fort de rencontrer l'hostilité des syndicats d'employés. Une autre solution ressemblant à ce qui se pratique outre-Atlantique est de faire appel à des volontaires associatifs pour lesquels un statut devrait être élaboré, prévoyant notamment les conditions de responsabilité.

428. Le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement avait tenu compte de ces difficultés en proposant à titre expérimental des dérogations à la législation du travail. En effet, il était prévu pendant cinq ans, que des services autorisés ou agréés puissent entrer dans le champ de l'expérimentation. Pour cela, ils devaient solliciter des salariés volontaires pour exercer au domicile des personnes âgées ; ceux-ci ne pouvaient exercer plus de quatre-vingt-quatorze jours sur une période de douze mois consécutifs et plus de six jours consécutifs au domicile de la personne âgée ou personne handicapée. La durée hebdomadaire était limitée à quarante-

[442] Avis du CESE sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour l'adaptation de la société au vieillissement, la Documentation française.
[443] Art. L.431-2 CASF

huit heures sur une période de quatre mois y compris les périodes effectuées dans le service ou dans l'établissement. Les salariés avaient droit à une période de repos de onze heures consécutives par période de vingt-quatre pouvant être ramenée à un minimum de huit heures. Un rapport d'évaluation aurait été remis au Parlement le 31 décembre 2018 sur la foi des rapports des autorités compétentes en charge des établissements et services expérimentateurs. La loi promulguée prévoit seulement en son annexe, que des études seront lancées pour définir l'opportunité de la mise en place de la prestation de type « baluchonnage » en concertation avec les partenaires sociaux[444].

429. Une structure alternative, comme l'accueil familial à titre onéreux des personnes âgées et des personnes handicapées, va trouver des dispositions visant à la sécuriser juridiquement et favoriser son développement. Rappelons que l'accueil familial est destiné à des personnes âgées ou des personnes handicapées ne disposant pas de suffisamment d'autonomie pour vivre seules, mais dans un contexte non collectif, rappelant leur domicile. Cet accueil pourra être à temps partiel, accueil temporaire, accueil de jour, ce qui constitue à notre avis une nouvelle possibilité de répit pour les familles. L'agrément de ces accueils[445] est délivré à des personnes physiques, seules ou en couple, par le département pour une durée de cinq années renouvelable. L'accueillant est salarié de la personne accueillie dont il ne peut être parent, et jouit de droits liés au statut de salariat. Il obéit à des obligations de garantie de la sécurité physique et morale ainsi qu'à la continuité de l'accueil. Ainsi lorsqu'il est en congé, il doit assurer une solution de remplacement.

430. Le souci de formation de l'accueillant est présent puisque celui-ci s'engage à suivre une formation dispensée sous le contrôle du département, selon un référentiel approuvé par un décret en Conseil d'Etat. Notons l'initiative intéressante en la formation aux gestes de premiers secours de l'accueillant. Non seulement la formation permettra d'avoir une meilleure

[444] Annexe de la L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, p.66
[445] Art. 441-1 CASF

qualité dans le service rendu, mais dans le cadre du « plan métiers », celle-ci pourra assurer à l'accueillant un parcours professionnel et non pas un appoint de salaire pour le ménage, comme cela est le plus souvent le cas. Cette professionnalisation pourrait aller jusqu'à l'accès au régime d'indemnisation du chômage, sous réserve de l'accord des partenaires sociaux. L'objectif de faire correspondre les droits et obligations des accueillants familiaux au droit commun des salariés est de rendre cette formule plus attractive.

431. Les modifications de l'article 441-1 et 441-2 du Code de l'action sociale et des familles vont définir les critères d'agrément et garantir à l'accueillant une meilleure défense de ses droits en cas d'une décision de non renouvellement de son agrément. Un référentiel des critères d'agrément permettra de mieux cerner les possibilités offertes par l'accueillant, notamment sur le profil des personnes accueillies, la durée et le rythme de l'accueil. Ces dispositions sont en harmonisation avec celles qui sont en vigueur pour l'agrément des assistantes maternelles ou des assistants familiaux[446].

432. Une disposition calquée sur les obligations des établissements et services sociaux et médico-sociaux créées par la loi de 2002-2, est insérée dans l'article 442-1 par l'obligation de prévoir un projet d'accueil personnalisé dans le contrat. La similitude avec les ESMS ne s'arrête pas là, puisque la loi prévoit que les personnes accueillies puissent bénéficier de la médiation d'une personne qualifiée en cas de conflit avec l'accueillant. La simplification administrative des obligations de l'employeur en matière de déclaration prévoit la possibilité d'utiliser le chèque emploi service universel (CESU).

[446] L. n° 2005-706 du 27 juin 2005 relative aux assistants maternels et aux assistants familiaux , NOR: SANX0300182L

§2 - Les mesures relatives aux formes d'habitat

A - Les logements-foyers et autres formes d'habitat collectif

433. Les logements-foyers représentaient 15 % de la capacité totale d'accueil dans les établissements pour personnes âgées en 2011[447] peu dépendantes et ne nécessitant pas de soins médicaux. Ce type d'hébergement constitue une solution intermédiaire entre la vie à domicile et l'EHPAD. Ils étaient destinés à accueillir des personnes relativement autonomes avec un GIR moyen pondéré pour l'établissement ne dépassant pas 300. Rebaptisés « résidences autonomie », ils peuvent désormais accueillir des personnes âgées, non pas sur des critères du « GIR pondéré » de 300 difficilement évaluable, mais en fonction des capacités d'accueil de l'établissement d'hébergement, soit 10 % en GIR 1 et 2 et 15 % en GIR 3, de la capacité totale. De plus, des personnes âgées en perte d'autonomie légère (GIR 4) y seront accueillies, si l'établissement a passé convention avec des services à domicile, SSIAD ou SPASAD.

434. Il pourra être conclu entre le département et l'établissement un CPOM dans lequel l'établissement s'engage sur la mise en place d'un socle minimal de prestations, comme un service de sécurité 24 h sur 24h, une restauration, des animations visant à des actions de prévention. Il sera versé à l'établissement un « forfait autonomie », géré par le département avec la contribution de la CNSA. Ce forfait autonomie est estimé à 40 millions d'euros (correspondant au financement de 0,6 ETP d'animateur pour 1.935 résidences autonomie). Une mesure de simplification administrative sera en mesure de satisfaire les gestionnaires de ces établissements. Il s'agit en effet de supprimer une double réglementation contradictoire pour les établissements accueillant des personnes âgées ou des personnes handicapées.

[447] VOLANT (S.), « L'offre en établissements d'hébergement pour personnes âgées en 2011 », *DRESS*, n° 877, février 2014, p.3

435. Ceux-ci étaient soumis, d'une part au Code de l'action sociale et des familles[448] qui disposait que les contrats de séjour avec les résidents étaient à durée indéterminée, et dans le même temps, au Code de la construction et de l'habitation[449] qui prévoyait une durée d'un mois reconduit tacitement. Il ne sera désormais plus annexé au contrat de séjour que le règlement de fonctionnement référencé au CASF, plus adapté au public fragile accueilli.

436. Dans le souci de la transparence dans les charges des établissements, deux mesures sont prévues. La première est relative à la redevance due par le résident, qui distingue que désormais seule la part qui n'est pas le loyer et les charges locatives récupérables sera librement fixée par le contrat de séjour. La variation de cette part sera encadrée, dans la limité d'un pourcentage d'augmentation fixé annuellement par le Ministre de l'économie[450].

437. La seconde est propre aux résidences pour personnes âgées offrant certains services particuliers. Ils sont dénommés par les promoteurs « résidences-services », « résidences avec services » ou « résidence-retraite ». Ce type d'hébergement commercialisé, accessible par copropriété ou location non meublée, est à destination de personnes âgées encore valides, qui souhaitent vivre dans un lieu sécurisé et partager des moments avec d'autres, si elles le souhaitent avec des services différenciés. Juridiquement, ces logements ont le statut de copropriété des immeubles bâtis[451].

438. En 2006, de nouveaux articles[452] ont introduit une dérogation pour les résidences-services, la possibilité pour le syndicat de copropriété d'étendre l'objet du syndicat à la fourniture de services, à l'exception de ceux

[448] Art. L. 342-1 CASF
[449] Art. L.633-4 CCH
[450] Art. 13 du projet qui modifiera l'art. 342-1 CASF
[451] L. 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de copropriété des immeubles bâtis
[452] Art.41-1 et suiv. de la L. précit. introduits par L. 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, NOR: SOCX0500245L

dont la nature d'aide à la personne relèvent des dispositions du CASF. Si le syndicat fournit ces prestations, elles sont alors intégrées ; si c'est un prestataire extérieur, ce sont alors des services conventionnés.

439. Les services étant attachés à l'appartement et non à la personne, ils entrent dans les « charges incompressibles », que le propriétaire consomme ou non ces services, qu'il soit vivant ou décédé. Le propriétaire ou ses héritiers sont alors confrontés à une difficulté de taille pour la revente du logement. Le projet vise à bien distinguer les charges individualisables, des services communs, notamment dans la conclusion de contrat de services avec des prestataires extérieurs. La protection des copropriétaires est renforcée par l'interdiction faite pour le syndic, ses préposés ou des membres de sa famille d'être les prestataires de ces services[453]. La transparence de la réalité des charges est apportée lors de transactions : vente ou location, dans le compte rendu du conseil de résidents[454] obligatoire dans le cadre de la nouvelle

440. loi.

B - La clarification des règles relatives au tarif en EHPAD

441. Actuellement, les prix des hébergements sont conclus librement lors de la signature du contrat de séjour, dans les limites fixées par l'art. L. 342-3 du CASF pour leur évolution « 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 ». Les prestations qui y sont délivrées sont disparates, suivant les établissements interprétant à leur avantage les indications de l'article R. 314-159 du CASF[455]. Ils pouvaient ainsi exclure de

[453] Art. 41-6 nouveau L. 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de copropriété des immeubles bâtis
[454] Art.41-7 nouveau L. précit.
[455] Art. R. 314-159 du CASF : « Le tarif afférent à l'hébergement recouvre l'ensemble des prestations d'administration générale, d'accueil hôtelier, de restauration, d'entretien et d'animation de la vie sociale de l'établissement qui ne sont pas liées à l'état de dépendance des personnes accueillies. Ce tarif est à la charge de la personne âgée accueillie».

leur socle basique de prestations, les produits ordinaires d'hygiène, la fourniture de draps, l'entretien du linge autre que le linge plat, voire - comble de l'abus - le branchement du téléphone ou de la télévision. Le manque de clarté dans les contrats conduisant à ces dérives a été dénoncé comme abusif par la Commission des clauses abusives[456]. Deux points sont donc à corriger par la nouvelle loi : définition d'un « socle » de prestations et publicité des tarifs.

442. Après concertation avec le secteur des EHPAD, il sera défini par décret une liste de prestations pour le tarif hébergement, réparties dans trois catégories :

- administration générale
- accueil hôtelier
- animation

443. De plus, le conseil de vie sociale, instrument de participation des personnes hébergées, devra être consulté sur les tarifs pratiqués dans l'établissement. Pour permettre aux personnes âgées et à leurs familles de comparer les prix pratiqués, non seulement par les EHPAD mais aussi par les résidences-autonomie et les services d'aide à domicile, la CNSA va disposer d'un portail internet dédié à ces informations.

444. Si des mesures sont prises pour les droits et libertés des résidents, d'autres sont prévues pour garantir à l'établissement que le prix du séjour sera acquitté. Jusqu'à présent, seuls les établissements publics pouvaient introduire une action[457] auprès du juge aux affaires familiales pour

[456] Recommandations n° 85-03 concernant les contrats proposés par les établissements hébergeant des personnes âgées, BOCC du 4/11/1985 et 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, BOCCRF du 23/04/2008

[457] Art. 315-16 CASF : « Les établissements publics sociaux et médico-sociaux peuvent exercer leur recours, s'il y a lieu, contre les résidents, contre leurs débiteurs et contre les personnes désignées par les articles 205, 206, 207 et 212 du Code civil. Ces recours relèvent de la compétence du juge aux affaires familiales. »

recouvrer les impayés. Il y avait là une disparité qui ne doit son existence qu'à un amendement parlementaire à la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007. Dorénavant, quel que soit son statut juridique, l'établissement soumis à autorisation pourra requérir l'intervention du juge aux affaires familiales pour faire respecter les engagements du résident ou de sa famille pris au moment de l'admission.

C - La participation citoyenne et les libertés des personnes âgées

445. Des dispositions, relatives aux territoires, habitat et transports, n'ajoutent pas de mesures nouvelles propres aux personne âgées sinon que celles-ci sont désormais incluses dans celles qui traitaient des personnes handicapées[458]. Certes, les aménagements des transports urbains qui ont été réalisés depuis la loi du 11 février 2005 pour les personnes handicapées profitent aussi aux personnes âgées. Mais ces dernières évoquent aussi des raisons qui les dissuadent de prendre les transports en commun, comme le caractère anxiogène lié à la foule, le bruit, la bousculade...

446. Est avancé aussi un maillage insuffisant du réseau[459], mais cela vaut également pour les personnes à mobilité réduite. Le fait de les intégrer dans les plans de déplacements urbains (PDU) permettrait de prendre en compte les spécificités liées aux personnes âgées. La nouveauté serait de créer, dans les «services de conseil en mobilité[460] », obligatoires dans les villes de plus de 100.000 habitants, un volet permettant des conseils individualisés aux personnes âgées. Il permettrait ainsi de mieux faire connaître l'offre de transport public.

---

[458] Art. L. 302-1 CCH, art. L. 2143-3 CGCT, art. L.1242-2 c. transp.

[459] Etude d'impact du projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement NOR : FSX1404296L/Bleue-1,p.45, http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/5573/81775/version/1/file/ei_adaptation_vieillissement_cm_03.06.2014.pdf

[460] Art. L.1231-8 al .4 C. transp.

447. Ainsi, les collectivités territoriales sont-elles incitées à inscrire dans les programmes locaux de l'habitat des réponses aux besoins du vieillissement. De même, la représentation des personnes âgées est-elle prévue dans les Commissions communales d'accessibilité pour les communes de plus de 5.000 habitants. Les transports en commun doivent prendre en compte les personnes âgées dans les plans de déplacements urbains dans les agglomérations de plus de 100.000 habitants.

448. Les droits de la personne âgée sont affirmés[461], notamment celui du respect de son projet de vie par un accompagnement adapté. Mais encore faudra-t-il que le désir de la personne âgée de demeurer à son domicile soit compatible avec les moyens de financer l'aide dont elle aura besoin en fonction de sa dépendance. Elle « a droit à des aides adaptées à ses besoins et à ses ressources[462]». Or, il n'existe pas à l'heure actuelle d'allocation lui permettant de financer une aide 24 h sur 24, comme pour certaines personnes handicapées. Cet article laisse à penser qu'un dispositif sera créé, d'autant que ce même article prévoit ces aides adaptées quels que soient « la nature de sa déficience ou son mode de vie », y compris donc la vie à domicile.

449. Lorsque la dépendance de la personne âgée ne lui permet plus de se maintenir à domicile ou lorsque l'entrée en établissement d'hébergement procède d'un choix, il est nécessaire d'affirmer certains droits relatifs à son séjour. Ainsi, la prise en considération de la personne âgée semble tout d'abord se concrétiser dans le changement des mots employés. Aux termes de la loi, l'article 231-4 du CASF est modifié pour remplacer le mot « placement » qui évoque la passivité, par celui « d'accueil ou d'admission ». Au-delà d'une question de sémantique c'est une autre approche de la personne âgée qui est mise en avant. Par contre, on peut regretter que dans la loi, il soit fait mention à plusieurs reprises du terme « âgés[463] », non comme un qualificatif des

[461] Etude d'impact du projet de loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement précit. p51
[462] Art. L. 113-1-1 nouveau CASF
[463] « à commencer par les âgés eux-mêmes », « respect des droits des âgés », « nouveau regard sur les âgés »

personnes, mais comme un substantif désignant une catégorie. En somme, les « âgés » ont remplacé les « vieux ».

450. De même, la loi prend- elle en compte les libertés individuelles de la personne âgée comme celles de tout citoyen. La première est celle du consentement, d'autant plus que la personne est en état de vulnérabilité. Aussi, est-il fait obligation au directeur de l'établissement de s'assurer, hors de la présence d'un tiers, que la personne est d'accord pour être accueillie. La seconde liberté est celle d'aller et venir sans restriction. Cette liberté, inscrite comme un fondement de l'autonomie de la personne dans un établissement médico-social, ne va pas s'appliquer sans susciter la réflexion des personnels sur leurs pratiques professionnelles et leur perplexité dans ce type d'établissement.

451. Cette disposition légale vient pourtant, fort à propos, poser le principe que la limitation de déplacement ne peut venir que de la loi et donc ne peut être systématique, dès lors qu'on est admis dans un établissement. En effet, lorsque cette pratique est réalisée et que nous nous en étonnons, il nous est rétorqué que des personnes désorientées doivent être contenues dans leurs chambres au risque de mise en danger d'elles-mêmes ou d'autres résidents, en particulier la nuit, et que le port du bracelet de localisation permet de les situer en permanence.

452. On a un exemple ici que les progrès technologiques fournissent des moyens dont l'utilisation nécessite auparavant une réflexion éthique et pose des règles de droit. La loi prévoit qu'il sera du pouvoir (et donc de la responsabilité !) médical de prescrire des limitations à cette liberté, certes proportionnées à l'état de la personne. Toutefois, l'avis du médecin traitant sera sollicité avant la décision du médecin coordonnateur de l'établissement. La contractualisation de ce type de mesure est obligatoire, avec une possibilité de résiliation ; cependant ce seront rarement les personnes âgées dépendantes elles-mêmes qui signeront, mais leurs représentants légaux : souvent enfants ou conjoint. Ceux-ci se sentiront peut-être obligés d'y souscrire, trop heureux

d'avoir pu trouver une prise en charge de leur proche. Le contrat peut devenir, par cette force des choses, non pas un contrat synallagmatique mais léonin.

453. Toute personne majeure qui n'est pas sous protection judiciaire peut parfois avoir besoin d'un soutien pour affronter les démarches administratives souvent rébarbatives. Elle doit avoir la possibilité de désigner une personne de confiance à l'instar des usagers du système de santé[464] et dans les mêmes termes. Celle-ci l'aidera dans ses démarches administratives, à comprendre et à faire valoir ses droits. Notons que cette disposition n'est pas réservée aux seuls établissements mais aussi aux services sociaux ou médico-sociaux pour majeurs, *a fortiori* les services à domicile. La décision est évidemment révocable à tout moment.

454. La personne de confiance est à distinguer de « la personne qualifiée » dûment agréée par les autorités chargées du contrôle de l'établissement à qui elle rend compte de sa mission de médiateur. Elle est d'ailleurs désignée en raison de sa connaissance du secteur. La personne de confiance est quant à elle choisie par la personne âgée dans une relation de confiance. Elle est ainsi, dans les nouvelles dispositions de la loi, légitime pour assister la personne âgée qui l'a choisie.

D - La levée des freins administratifs

455. Deux difficultés principales nuisaient au développement de l'offre de services : sociale et médico-sociale si on parle de l'offre tenant pour l'une, au régime des groupements de coopération sociale et médico-sociale (GCSMS), pour l'autre à l'application *stricto sensu* des dispositions relatives aux appels à projet de la loi HPST.

[464] Art. L. 1111-6 c. santé publ.

456. Les GCSMS peuvent-ils être titulaires d'une autorisation en tant qu'établissement ? Non, en l'état actuel de la rédaction de l'article L. 312-7 du Code de l'action sociale et des familles. En effet, le renvoi au Code de la santé publique[465] rendait ambigüe la lecture de la possibilité laissée au GCSMS d'être titulaire d'une autorisation en tant qu'établissement médico-social, car « lorsqu'il est titulaire d'une ou plusieurs autorisations d'activités de soins, le groupement de coopération sanitaire est un établissement de santé avec les droits et obligations afférents[466] ». Cette forme de coopération était saluée par tous : pouvoirs publics et « acteurs de terrain », comme un instrument permettant une rationalisation des coûts tout en offrant un maillage de l'offre sur le territoire. Cette clarification juridique permettra au GCSMS de répondre aux appels à projets ou de contracter des CPOM.

457. La procédure des appels à projets, avatar de la loi HPST, entrée en vigueur le 1er août 2010[467], a été instaurée pour permettre aux financeurs d'avoir une meilleure appréhension du développement du secteur social et médico-social. Auparavant, l'initiative appartenait aux promoteurs qui, après l'avis positif du Comité régional de l'organisation sociale et médico-sociale, pouvaient voir financer ou non leur projet suivant les possibilités des finances publiques. Actuellement, les pouvoirs publics programment, suivant les besoins recensés dans les territoires, les projets retenus et sûrs d'être financés.

458. C'est aussi une garantie pour les promoteurs de voir le fruit de leur travail réalisé, sécurisé pour quinze années. Mais ce dispositif s'avère trop lourd et donc inapproprié, dès lors qu'il s'agit de transformation d'établissements et de services existants qu'il faut faire évoluer pour répondre à la commande de la puissance publique. Ce sont aussi des extensions de faible capacité n'excédant pas une dizaine de places. Dans ces deux cas, il suffirait d'un accord entre les financeurs et les gestionnaires pour adapter l'offre aux besoins. Les petites unités, comme les lieux de vie ou lieux d'accueil, dont la

[465] Art. 6111-1 C. santé publ.
[466] Art. L.6133-7 C. santé publ.
[467] D. n° 2010-870 du 26 juillet 2010 relatif à la procédure d'appel à projet et d'autorisation mentionnée à l'article L. 313-1-1 du Code de l'action sociale et des familles NOR: MTSA1010703D

capacité est inférieure ou égale à dix places - limitée d'ailleurs réglementairement[468] **-** sont exonérées de la procédure d'appel à projets.

459. Sont soumis à un régime optionnel d'appels à projets les établissements sociaux et médico-sociaux qui envisagent la transformation de leur structure, changeant la catégorie de bénéficiaires ; ou la conversion de l'établissement de santé en établissement médico-social.

460. Il paraît contraignant et inutile pour les équipes chargées de l'inspection des établissements d'effectuer la visite de conformité pour le renouvellement des autorisations lorsque des conditions identiques sont établies dans la continuité de l'existant.

461. Enfin, une mesure qui semble être de bon sens : l'exonération de l'appel à projets obligatoire des établissements et services dotés ou non de la personnalité juridique, gérés directement par les collectivités territoriales. En effet, étant financeurs directs et décideurs, soit en régie soit comme membre majoritaire du conseil d'administration de l'établissement public, les collectivités territoriales sont à même de décider de l'opportunité et des capacités de financement. Toutefois, la publicité des décisions prises par le Conseil départemental doit être respectée conformément aux dispositions du Code général des collectivités territoriales[469]**.**

E - La prise en compte de la santé des personnes âgées

462. La prévention de la dépendance passe par une prise en considération de l'état général de la personne âgée. L'espérance de vie va de pair avec la notion d'une longue vie en bonne santé. Pour cela, notre société

[468] D. n° 2004-1444 du 23 décembre 2004 relatif aux conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement des lieux de vie et d'accueil mentionnés au III de l'article L. 312-1 du Code de l'action sociale et des familles , NOR: SOCA0424834D

[469] Art. R3131-1 C. des coll. territ.

doit être vigilante aux obstacles d'accès à la santé des personnes âgées. Obligation est faite aux établissements et services qui prennent en charge des personnes âgées de signaler aux autorités compétentes « […] tout dysfonctionnement grave dans la gestion ou l'organisation susceptible d'affecter la prise en charge des usagers ou le respect de leurs droits et de tout évènement ayant pour effet de menacer ou compromettre la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes prises en charge[470] ».

§3 - La nouvelle gouvernance du dispositif

A - La gouvernance locale

463. Elle dépendra de la configuration donnée par la réforme territoriale. Mais les dispositions actuelles sont sinon améliorées du moins confortées par la loi. En effet, les Maisons pour l'autonomie et l'intégration des malades Alzheimer (MAIA), ont été créées par la loi n°2010-1594 du 20 décembre 2010 et intégrées dans le Code de l'action sociale et des familles[471] pour coordonner, sur un territoire donné, toutes les actions auprès de personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer ou en perte d'autonomie. L'acronyme MAIA est conservé mais recouvre maintenant « la méthode d'action pour l'intégration des services d'aide et de soins dans le champ de l'autonomie ». De la désignation d'un lieu (même virtuel), MAIA est maintenant une méthode comprenant des moyens mis en œuvre pour prévenir la dépendance plus largement, et pas uniquement celle des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer.

464. Une première mesure immédiate est de placer tous les professionnels intervenant auprès de personnes âgées dans le cadre de cette méthode sous l'astreinte du secret professionnel. Il n'est pas question ici ni

[470] Art. 331-8-1 CASF nouveau
[471] Art. 113-3 CASF

d'état, ni de profession nommément désignée, mais de personnes se situant dans le cadre d'une méthode, extrapolation de la mission. On peut remarquer que cette disposition excepte les bénévoles puisqu'il n'est question que de professionnels.

465. Mais dans le but d'assurer une meilleure coordination des actions et de leur continuité, il est prévu de permettre à ces mêmes professionnels de déroger au secret à la double condition de l'accord de la personne âgée ou de son représentant légal ou de la personne de confiance désignée, et que les informations transmises soient limitées au strict nécessaire. Un décret en Conseil d'Etat, après avis de la CNIL, devra déterminer la nature des informations transmises et les destinataires de la transmission.

466. Les Centres régionaux d'études, d'actions et d'informations en faveur des personnes en situation de vulnérabilité (CREAI[472]), contribueront à l'analyse de besoins et à l'élaboration de schémas relatifs à la dépendance des personnes âgées.

467. La gouvernance comprend les mesures liées au règlement des contentieux. La Commission départementale d'aide sociale est supprimée au profit d'un recours administratif obligatoire avant toute action devant la nouvelle juridiction d'aide sociale, dont la composition sera fixée par voie d'ordonnance dans les dix-huit mois suivant la promulgation de la loi. Cette juridiction devra être composée en tenant compte des décisions prises par le Conseil constitutionnel aux deux questions prioritaires de constitutionnalité du 25 mars 2011[473] et 8 juin 2012[474]**.** Dans l'une et l'autre, la question de l'indépendance et de l'impartialité des juges est posée ; la première concernait la composition de la Commission départementale d'aide sociale, la seconde celle de la Commission centrale d'aide sociale. Seront probablement absents de la

[472] Nouvelle désignation de l'acronyme CREAI, anciennement « Centres régionaux pour l'enfance et l'adolescence inadaptées », adoptée par l'assemblée générale de l'association nationale des CREAI en juin 2013
[473] Décision n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, NOR: CSCX1108524S
[474] Décision n° 2012-250 QPC du 8 juin 2012, NOR: CSCX1225512S

nouvelle juridiction les fonctionnaires en activité nommés par le Ministre chargé de l'aide sociale ou son représentant.

B - La gouvernance nationale

a) Création du Haut Conseil de l'âge

468. Elle sera marquée essentiellement par la création du Haut Conseil de l'âge, placé auprès du Premier ministre, et chargé d'apporter aux pouvoirs publics son expertise sur les questions relatives à l'avancée en âge pour permettre à la société d'élaborer une politique de l'autonomie. La question de la bientraitance et de l'éthique sera de sa compétence. Il sera, de plus, consulté sur toute disposition législative touchant à la politique de l'autonomie des personnes âgées. Il peut être sollicité par le Premier ministre, mais aussi par les autres ministres, et s'autosaisir de toute question relative aux politiques d'autonomie des personnes âgées.

469. Sa composition sera fixée par décret, mais la loi prévoit d'ores et déjà une représentation égale d'hommes et de femmes. La représentation est fixée comme suit :

- assemblées parlementaires
- collectivités territoriales
- régimes d'assurance maladie
- régimes d'assurance retraite
- Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie
- associations et organismes de personnes âgées et de retraités
- professionnels et gestionnaires des établissements et services sociaux et médico-sociaux

b) Renforcement des missions de la CNSA

470. La CNSA, créée par la loi du 30 juin 2004[475] pour être tout d'abord une « caisse » chargée de recueillir et répartir le fruit de la journée de solidarité pour le financement des aides en faveur des personnes âgées et des personnes handicapées, a vu ses missions se développer vers l'expertise, l'animation et l'information relatives aux personnes âgées et personnes handicapées. Dans cet esprit, la loi lui confie la mission d'établir des référentiels en matière de soutien aux proches aidants. Elle a aussi à organiser le partage d'expériences entre les services départementaux chargés de l'APA et les conférences de financeurs. Dans son rôle d'information, elle aura à uniformiser les systèmes d'information des Maisons départementales des personnes handicapées pour permettre leur connexion. Elle aura à mettre en œuvre la « Méthode d'action pour l'intégration des services d'aide et de soins dans le champ de l'autonomie » (MAIA).

[475] L. n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées**,** NOR: SOCX0300201L

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

471. La diversité, décrite dans le chapitre précédent des services à domicile pour les personnes âgées et les personnes handicapées, se double d'une complexité des procédures d'autorisation de fonctionner et des moyens de solvabilisation. Dans les services à la personne comme les SAAD, il serait judicieux pour les pouvoirs publics d'opter enfin pour la procédure de l'autorisation ou pour celle de l'agrément qualité. L'indécision nuit à la clarté du dispositif et à la bonne gouvernance de celui-ci. De même, les services autorisés et ceux qui sont agréés, associatifs ou à but commercial doivent avoir un traitement équitable de la part des financeurs. Pour l'utilisateur, l'important est d'avoir une prestation de qualité et la liberté de choix du prestataire.

472. Comment organiser l'accès à ces services au plus grand nombre ? La solidarité nationale y répond en accordant aux bénéficiaires une solvabilisation partielle par les prestations sociales, allocation personnalisée d'autonomie et prestation de compensation du handicap. Le reste à charge peut être encore réduit par des incitations fiscales tels le taux de TVA réduit ou l'exonération des charges patronales. Mais le reste à charge (ou ticket modérateur) trop important dissuade beaucoup de personnes de faire appel aux services, d'où la situation paradoxale : nombreux sont les plans de financement de l'APA qui ne sont pas utilisés. La future loi pour l'adaptation de la société au vieillissement doit apporter une amélioration en augmentant l'APA et en diminuant le reste à charge.

473. La différence entre les statuts des personnes dépendantes selon qu'elles aient été handicapées ou non avant l'âge de soixante crée une inégalité du traitement de la dépendance. Le plan d'aide de l'APA est nettement moins favorable que celui de la PCH. L'instauration du 5e risque promise depuis

longtemps par les gouvernements successifs aurait permis d'unifier les statuts des personnes handicapées dépendantes et des personnes âgées dépendantes. La mise en cohérence des dispositifs se trouve compromise d'une part, du fait du contexte des finances publiques contraintes, d'autre part, de la situation d'indécidabilité de la France en matière de financement de la dépendance. Or, de nombreux exemples montrent comment les pays européens ont mené la réflexion pour une politique sociale cohérente et accessible. Ainsi, la future loi pour l'adaptation de la société au vieillissement ne vient-elle apporter que quelques aménagements au statut des personnes âgées, appelées dans la loi « les âgés ». Certes elle veut induire une meilleure considération de la personne âgée par la société en réaffirmant sa place citoyenne. Ce sont toutes les mesures visant à lui donner la parole pour tous les actes la concernant, et dans la gouvernance des politiques sociales. Des mesures visant à renforcer sa protection juridique en précisant davantage le rôle joué par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, en interdisant aux professionnels de l'aide à domicile de recevoir des libéralités dans le cadre de leur travail d'aide auprès des personnes âgées ou des personnes handicapées. La vie à domicile devrait être facilitée par l'augmentation de l'APA, par la réorganisation des services d'aide à domicile en autorisant, hors appel à projets, les SAAD agréés qualité qui souhaiteraient entrer dans le régime de l'autorisation. Mais, cette loi ne règle pas de façon durable le financement de la dépendance des personnes âgées ou des personnes handicapées.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

474. Après avoir rappelé que la notion d'assistance sociale ou aide sociale est un fondement de la cohésion de notre société, la clarification des notions de handicap, de vieillesse et de domicile nous permet de leur donner leur définition juridique actuelle. Il nous a été nécessaire de rechercher quelle a été leur évolution historique pour mesurer la valeur de cet héritage. L'inventaire exhaustif des dispositifs existants en matière d'aide à domicile pour les personnes âgées et les personnes handicapées montre que ces dispositifs se sont construits sous la poussée associative par empilement sans recherche de cohérence, au fur et à mesure des besoins identifiés.

475. Nous avons montré en quoi la complexité des procédures de financement, en décourageant les promoteurs, compromet le développement des services. Les services à domicile à caractère sanitaire qui offre une alternative à l'hospitalisation ont depuis 2006 un mode de financement si diversifié qu'il nuit à un contrôle efficace par les autorités sanitaires. De plus, l'application de la T2A à ces services alourdit la gestion et la rend aléatoire, notamment par la règle de la tarification dégressive selon la durée de la prise en charge. Ainsi, l'objectif de développement de l'HAD, préconisé par la circulaire DGOS[476] de 2013, d'un taux régional plancher de 30-35 patients par jour pour 100 000 habitants, risque de ce fait d'être difficilement atteignable malgré la mobilisation des ARS.

476. Complexité encore et inadaptation aux besoins des personnes dans leur mode de financement, avec les services d'aide et d'accompagnement à domicile. Les rapports de l'IGAS/IGF et d'une parlementaire soulignent qu'il faudrait une harmonisation. L'expérimentation entreprise en 2012 avec des

[476] Circ. DGOS/R4/2013/398 du 4 décembre 2013 relative au positionnement et au développement de l'hospitalisation à domicile (HAD) (NOR : AFSH1329871C)

services autorisés et des départements volontaires n'a pas permis aux rapporteurs de l'IGAS en avril 2015 de dégager une ligne claire à préconiser. De même la coexistence des procédures d'autorisation et d'agrément des services à domicile pour adultes entraîne une disparité dans le traitement de la solvabilisation et une concurrence restreignant le libre choix du prestataire par les utilisateurs.

477. Les services d'éducation et de soins à domicile médicosociaux pour les enfants présentent une organisation homogène, avec le souci de la prise en charge de toutes les déficiences chez l'enfant. L'inconvénient toutefois, avec ce système si diversifié, est la non prise en compte d'enfants ne correspondant pas strictement aux critères d'admission dans l'une de ces catégories. La mobilisation de différents acteurs du secteur, à la suite du rapport du conseiller d'Etat M. Piveteau « Zéro sans solution » devrait permettre de surmonter cette difficulté.

478. La prise en charge médicosociale à domicile des adultes handicapés distingue les SAVS des SAMSAH. La différenciation tient au financement de certaines catégories de personnel, les unes dépendant du Conseil départemental, les autres de l'ARS, conséquence des compétences définies par les lois de décentralisation de 1983. De fait, les services médicosociaux pour adultes handicapés, SAVS et SAMSAH souffrent de cette distinction qui alourdit la procédure d'autorisation. En effet, il faut une autorisation conjointe du président du Conseil départemental et du directeur général de l'ARS. Pourtant dans les pratiques professionnelles de ces services, il n'apparait pas des différences justifiant la distinction.

479. Une politique générale de la prise en charge de la dépendance, qu'elle affecte les personnes handicapées ou les personnes âgées est en débat depuis quelques années sans qu'une solution de financement ne soit définie. La loi sur l'adaptation de la société au vieillissement en cours de débat parlementaire n'apporte que des réponses parcellaires et de court terme à cette question.

480. Il ne faut pas négliger que la prise en charge à domicile des personnes handicapées et des personnes âgées dépend très largement des aidants familiaux. Pour cela une politique de soutien est organisée, notamment par la possibilité de séjours temporaires en établissement. Elle pourrait se développer en adaptant la législation du travail en vigueur pour permettre une continuité de la prise en charge de la personne à son domicile. Nous suggérons aussi d'utiliser le concept des quatre-vingt-dix jours de séjour temporaire permis par la loi de février 2005 pour solvabiliser cette éventualité.

481. Le développement de la prise en charge des services à domicile pour les personnes âgées et les personnes handicapées, nécessite qu'une plus grande attention soit portée sur la qualité du service rendu et de la protection des utilisateurs. La deuxième partie de cette recherche fait l'hypothèse que la professionnalisation des personnels est une condition essentielle de la structuration du secteur de l'aide à la personne. Essentielle mais non suffisante car elle ne peut pas se faire sans une attractivité des métiers de l'aide à domicile et donc sans une étude des conditions de travail. Enfin la protection juridique des personnes utilisatrices des services doit être renforcée.

482. Après ces constats et l'analyse des conséquences qui en découlent, pourrions-nous faire des propositions propres d'une part à donner une plus grande cohérence au dispositif et, d'autre part à mieux répondre aux besoins des personnes âgées et des personnes handicapées :

1. Favoriser dans une même organisation le rapprochement de services similaires, SSIAD et HAD permettant de rationaliser les moyens et la continuité de soins.
2. Favoriser la prise en compte de la notion de « pendre soin/ *care* » dans les actes de soin à visée curative/ *cure,* en rapprochant des services tels SAVS, SAMSAH, SAAD.
3. Uniformiser le régime juridique des SAAD, en optant pour le régime de l'agrément ou pour celui de l'autorisation afin de déterminer un unique interlocuteur pour une meilleure définition des politiques sociales.

4. Adopter le principe d'une tarification forfaitaire globale pour les SAAD en lieu et place du financement horaire, dans le cadre d'une négociation d'un CPOM.
5. Sortir de la logique des enveloppes budgétaires dédiées à des prises en charge particulières, en adoptant le paradigme de la « prise en charge globale » de la personne dépendante.
6. Sortir de la logique d'une prise en charge suivant le mode de solvabilisation de l'accès aux services, par l'APA pour les personnes âgées dépendantes ou par la PCH pour les personnes handicapées dépendantes.
7. Modifier le droit du travail pour permettre la prise en charge de la personne âgée ou handicapée à son domicile par un professionnel, 24h/24h pendant plusieurs jours, pour un droit au répit effectif des familles.

DEUXIEME PARTIE :

L'amélioration de la qualité des services par la professionnalisation des personnels et le renforcement de la protection des utilisateurs

CHAPITRE 1 : L'AMELIORATION DE LA QUALITE PAR LA FORMATION, LES CONDITIONS DE TRAVAIL ET L'EVALUATION

483. Se poser la question de l'amélioration de la qualité des services rendus aux personnes âgées et aux personnes handicapées nécessite de s'interroger au préalable sur cette notion même de qualité. Pourquoi, alors que la notion devrait aller de soi, est-elle mise en avant, non seulement par les organismes dispensateurs des services, mais aussi par les pouvoirs publics, à travers des procédures de droit public ? Ainsi, les procédures d'autorisation et d'agrément des services d'aide à domicile procèdent-elles d'une interrogation qualitative, d'autant plus rappelée par le terme « d'agrément qualité ». Dans le secteur de l'aide à domicile, l'IGAS constate (avec ironie) que « la proclamation de la qualité est dans ce monde la chose la plus répandue : elle prolifère[477] ».

484. La prise en charge de personnes vulnérables à cause de l'âge ou du handicap nécessite une vigilance accrue des pouvoirs publics pour garantir leur sécurité physique et affective. De nombreux personnels sont amenés à intervenir à domicile et les niveaux de formation (section 1) et conditions de recrutement sont disparates, notamment depuis la création des services à la personne (SAP). Ainsi, peuvent être recrutés des personnels sans qualification préalable de niveau V avec une éventualité de régularisation par la procédure de validation des acquis après quelques années d'expérience. La visibilité des conditions de travail, et par suite l'amélioration de celles-ci, étaient difficiles par la diversité des conventions collectives en vigueur. Une unification

[477] « Enquête sur les conditions de la qualité des services d'aide à domicile pour les personnes âgées » *IGAS*, juillet 2009, p.12

était rendue nécessaire (section2). La qualité du service passe aussi par les moyens de la contrôler, mis en place depuis la loi de 2002-2[478], à travers l'obligation de l'évaluation interne et externe ou de la certification (section3).

Section 1 - La formation des personnels

485. Une étude a montré qu'en 2008, un tiers des intervenants à domicile (qui sont pour 98 %, des femmes) ont arrêté leurs études au collège, moins de la moitié ont un diplôme de type CAP et 62 % n'ont pas de diplôme du secteur sanitaire ou social[479]. Des personnels de toute qualification, de toute profession, interviennent dans le cadre des services à domicile pour personnes âgées ou personnes handicapées. Une remarque s'impose : les services médico-sociaux autorisés emploient des personnels dont la qualification et la composition des équipes sont réglementés, alors que les services à la personne ont recours à des personnels pas ou peu formés.

486. Dans les formations de niveau IV et V, les enseignements portent essentiellement sur des gestes techniques et quelques notions générales sur la psychologie des personnes âgées, ou succinctement une information sur le handicap. Or, pour guider toute action, la morale va indiquer à l'individu ce qui est bien ou mal de faire, selon sa culture, son éducation civile et religieuse. Cette intériorisation de valeurs est par nature subjective parce qu'intime. C'est le *surmoi* des psychanalystes. Cet individu vit dans une société qui a édicté des règles pour permettre de vivre ensemble et c'est le droit qui va lui dire ce qui est permis ou non dans la société. Mais parfois le droit fait défaut pour servir de repère, soit parce que la situation est inattendue, soit simplement parce le droit n'indique pas le sens de l'action. Seule une démarche éthique va permettre de se poser les bonnes questions sur le *pourquoi faire* et non le *comment faire*, de son action. L'éthique est ici différenciée de la morale en ceci

[478] L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale NOR: MESX0000158L
[479] MARQUIER (R.), « Les intervenantes au domicile des personnes fragilisées en 2008 », DRESS, Etudes et résultats, n° 728, juin 2010

que la morale est un discours normatif imposé de l'extérieur, alors que l'éthique est certes aussi un discours normatif mais dicté par la raison[480]. Pour certains, le droit va être un levier pour l'action en utilisant les marges de liberté dès lors qu'on le connaît ; pour d'autres, le droit sera souvent un refuge pour l'inaction souvent par ignorance. Il nous semble que le travail gagnerait en qualité si l'on accordait une part plus grande à ces matières dans la formation des travailleurs sociaux. Nous rechercherons dans les référentiels de formation des professions des services sanitaires et médico-sociaux (I) et dans les services à la personne (II) ce qui se rapporte plus précisément aux matières du droit et de la démarche éthique. Une attention sera portée sur celle des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (III).

I - Les services sanitaires et médico-sociaux : mosaïque de personnels et de formations

487. De nombreux types de professions existent au sein des services à domicile sanitaires et médicosociaux dans l'intervention directe auprès des publics dépendants. Certains ne sont accessibles qu'après le baccalauréat et la réussite à un concours d'entrée dans un institut de formation.

488. Les SSIAD et les SPASAD obéissent au décret n° 2004-613 du 25 juin 2004 pour définir la composition et la qualification de leurs équipes[481]. Le dispositif est coordonné par un infirmier (§1) secondé par des aides-soignants (§2). La formation de ces personnels comporte certes beaucoup de technicité, mais elle n'exclut pas de donner aux étudiants des repères tant en droit qu'en réflexion éthique. Quant aux services médico-sociaux, il apparaît que la formation des assistants de service social (§3) soit plus axée sur le droit

[480] COMTE-SPONVILLE (A.), *Dictionnaire philosophique*, PUF, coll. Perspectives critiques, 2001, p.219

[481] D. n° 2004-613 du 25 juin 2004 relatif aux conditions techniques d'organisation et de fonctionnement des services de soins infirmiers à domicile, des services d'aide et d'accompagnement à domicile et des services polyvalents d'aide et de soins à domicile

que celle des éducateurs spécialisés (§4). Les aides médico-psychologiques de création plus récente constituent le premier échelon des professions éducatives (§5).

§1 – Les métiers du soin

A- L'infirmier(ère)

489. Il « évalue l'état de santé d'une personne et analyse les situations de soins ; il conçoit et définit des projets de soins personnalisés ; il planifie des soins, les prodigue et les évalue ; il met en œuvre des traitements. Il dispense des soins de nature préventive, curative ou palliative, visant à promouvoir, maintenir et restaurer la santé ; il contribue à l'éducation à la santé et à l'accompagnement des personnes ou des groupes dans leur parcours de soins [482] ». Il est titulaire d'un diplôme d'Etat d'infirmier accordé par le préfet de Région au nom du Ministre de la santé, après trois années d'études dans un Institut de formation aux soins infirmiers (IFSI)[483]. Il a alors le grade de licence[484].

a) L'accès à la formation et le déroulement

490. Pour accéder au concours d'entrée dans un IFSI, le candidat doit être âgé de 17 ans révolus et titulaire :

[482] Répertoire National des Certifications Professionnelles (RNCP), http://www.rncp.cncp.gouv.fr/grand-public/visualisationFiche?format=fr&fiche=8940
[483] Art. D. 4311-16 à D. 4311-23 du C. santé publ.
[484] Circ. interministérielle N° DHOS/RH1/DGESIP/2009/201 du 26 juin 2009

- d’un baccalauréat (toutes séries) ou être en classe de terminale en vue de l’obtenir ou d’une équivalence à l’admission spéciale à l’Université[485] ;
- ou du diplôme d’Etat d’aide médico-psychologique avec une expérience professionnelle de trois ans.

491. Le concours est ouvert aussi à ceux qui ne remplissent pas ces conditions. Ils doivent auparavant subir des épreuves de présélection. Il faut toutefois justifier d'une expérience professionnelle, soit de trois ans dans le secteur d’activité sanitaire ou médico-social, soit de cinq ans dans tout autre secteur d'activité. Les épreuves de sélection comprennent deux épreuves d’admissibilité pour lesquelles le candidat doit totaliser 20 points sur 40, sous réserve de n’avoir pas obtenu une note inférieure à 8 sur 20 :

- l’une portant sur une épreuve écrite, d’une durée de deux heures, notée sur 20 points. Elle comporte l’étude d’un texte comprenant 3.000 à 6.000 signes, relatif à l’actualité dans le domaine sanitaire et social, et doit permettre d’évaluer les capacités de compréhension, d’analyse, de synthèse, d’argumentation et d’écriture ;
- l’autre, également écrite et notée sur 20 points, a pour objet d’évaluer les capacités de raisonnement logique et analogique, d’abstraction, de concentration, de résolution de problème et les aptitudes numériques.
- L’épreuve finale d’admission porte sur une épreuve orale devant un jury de trois personnes qui doit juger de la motivation du candidat et de son aptitude à suivre la formation.

Le caractère exigeant de la procédure de sélection pour l’entrée en formation laisse augurer une qualité de la formation propre à garantir la qualité du soin aux patients.

492. La formation s’effectue dans un Institut de formation aux soins infirmiers (IFSI). D’une durée de trois années, soit six semestres effectifs, elle

[485] Arr.du 25 août 1969 modifié par le D. n° 81-1221 du 31 décembre 1981

comprend un enseignement théorique sous forme de cours magistraux, de travaux dirigés et de travail personnel guidé et un enseignement pratique. Il est curieux de constater que l'arrêté du 31 juillet 2009 prévoit un nombre d'heures de travail personnel (300 heures par an), soit une charge totale de travail de l'étudiant de 5.200 heures[486].

493. Le référentiel de formation propose des unités d'enseignement (UE) de quatre types :

- des unités d'enseignement dont les savoirs sont dits « contributifs » aux savoirs infirmiers ;
- des unités d'enseignement de savoirs constitutifs des compétences infirmières ;
- des unités d'intégration des différents savoirs et leur mobilisation en situation ;
- des unités de méthodologie et de savoirs transversaux.

Peuvent bénéficier partiellement d'une « dispense de scolarité » les titulaires du diplôme d'Etat d'aide-soignant et du diplôme d'Etat d'auxiliaire de puériculture justifiant de trois ans d'exercice en équivalent temps plein. Les dispenses portent sur les UE2.10.S1 « Infectiologie hygiène » ; UE 4.1.S1 « Soins de confort et de bien-être » ; UE5.1.S1 « Accompagnement dans la réalisation des soins quotidiens ». Ils sont également dispensés du stage de cinq semaines prévu au premier semestre. Mais ils doivent auparavant satisfaire à un examen consistant en une analyse écrite de trois situations professionnelles, permettant d'évaluer l'aptitude à poursuivre la formation, notamment les capacités d'écriture, d'analyse, de synthèse et les connaissances numériques.

Les candidats doivent obtenir une note au moins égale à 15 sur 30 à cette épreuve.

494. Bénéficient d'une dispense de scolarité les masseurs-kinésithérapeutes diplômés d'Etat ou les ergothérapeutes ou pédicures-

[486] Art.39 de l'arrêté du 31 juillet 2009 relatif au diplôme d'Etat d'infirmier, NOR: SASH0918262A

podologues ou manipulateurs d'électroradiologie médicale ou assistants hospitaliers des hospices civils de Lyon diplômés ou, pour les étudiants en médecine, pouvoir justifier de leur admission en deuxième année du deuxième cycle des études médicales ou, pour les étudiants sages-femmes, avoir validé la première année de la première phase.

495. A côté des enseignements à caractère médical, paramédical ou psychologique, il peut être intéressant de repérer dans le référentiel de formation[487] les actions qui relèvent plus précisément de la connaissance du droit et de l'entraînement à la démarche éthique. Ainsi, voit-on que le droit et l'éthique sont présents dans cette formation. On y relève notamment une unité d'enseignement intitulée : législation, éthique, déontologie : « …l'étudiant doit s'interroger sur son propre système de valeurs et être en capacité de repérer celui des autres… Il doit apprendre à distinguer ce qui relève du droit, de la déontologie, de la morale et de l'éthique et à situer ses actions en les inscrivant dans un contexte de société porteuse de valeurs humanistes… ». Les objectifs poursuivis sont d'appliquer les principes de raisonnement éthique lorsque surviennent des dilemmes dans les situations de soins, d'utiliser la démarche éthique dans un contexte professionnel, d'évaluer les conséquences de ses actes avec la notion de responsabilité professionnelle. Pour ce faire, la formation doit contenir : « les principes fondamentaux de droit public et privé, la responsabilité civile, pénale, contractuelle et administrative, les approches théoriques et les processus décisionnels permettant l'étude de décisions éthiques, la démarche d'analyse de situations éthiques en équipe pluriprofessionnelle[488] ».

496. Dans l'enseignement pratique, notons les activités relatives aux personnes dépendantes. Celles-ci sont très détaillées :

- « Réalisation de soins et d'activités liés à la mobilisation :
  - ✓ installation de la personne dans une position en rapport avec sa dépendance ;

[487] Annexe V de l'arr. précit.
[488] Annexe V, UE 1-3 S4,

- ✓ modification des points d'appui de la personne en vue de la prévention des escarres ;
- ✓ lever de la personne et aide au déplacement ;
- ✓ mobilisation de la personne.

- Réalisation de soins et d'activités liés à la conscience et à l'état d'éveil :
  - ✓ surveillance de la conscience ;
  - ✓ surveillance de l'orientation temporo-spatiale ;
  - ✓ réalisation d'activités de jeux ou d'éveil pour stimuler la personne[489] ».

b) La certification

497. Le diplôme d'Etat est accordé après la validation de dix compétences du référentiel, soit 180 crédits européens. Cette validation est réalisée soit par contrôle continu, par examen ou la combinaison des deux ; l'organisation et la validation sont à la charge de l'institut de formation. Les unités de formation s'acquièrent par capitalisation et par le principe de compensation Mais cette dernière s'effectue suivant des règles définies à l'article 48 du référentiel[490] en fonction des semestres, des unités d'enseignement, des coefficients attribués aux unités, à la condition qu'aucune note d'unité ne soit inférieure à 9 sur 20. Les unités qui ne sont pas définies dans cet article ne donnent pas lieu à compensation. Le passage d'une année sur l'autre est conditionné par la validation de trimestres suivant des critères définis aux articles 50 à 54 du référentiel. Les étudiants qui n'ont pas obtenu 180 crédits sont autorisés à se présenter une nouvelle fois pour valider les unités d'enseignement manquantes ou les éléments des compétences en stage manquants.

[489] BO Santé – Protection sociale – Solidarités no 2009/7 du 15 août 2009, Page 260.
[490] BO Santé – Protection sociale – Solidarités no 2009/7 du 15 août 2009, Page 254.

498. De plus, cette profession est inscrite depuis 2011 au sein d'un ordre[491] qui regroupe tous les infirmiers, quel que soit leur lieu d'exercice (situation libérale, établissements sanitaires, médico-sociaux, scolaires, etc..), à l'exception des infirmiers militaires. L'ordre « veille au maintien des principes d'éthique, de moralité, de probité et de compétence indispensables à l'exercice de la profession d'infirmier et à l'observation, par tous ses membres, des devoirs professionnels ainsi que des règles édictées par le Code de déontologie de la profession d'infirmier. »[492]. C'est là peut-être un gage de sécurité de l'acte technique, mais non forcément de qualité de la relation des services effectués auprès des patients. Des règles déontologiques sont codifiées, édictées sous la forme d'un décret en Conseil d'Etat et déterminent les rapports des infirmiers entre eux, mais aussi avec les patients et avec les autres professions de santé. Le maintien de cet ordre fait débat dans la représentation nationale[493] à l'occasion de l'examen du projet de loi pour la modernisation de notre système de santé[494].

B- L'aide-soignant(e)

499. Il « dispense, dans le cadre du rôle propre de l'infirmier, en collaboration avec lui et sous sa responsabilité, des soins de prévention, de maintien, de relation et d'éducation à la santé pour préserver et restaurer la continuité de la vie, le bien-être et l'autonomie de la personne [495] ». L'aide-soignant accompagne cette personne dans les activités de sa vie quotidienne, il contribue à son bien-être et à lui faire recouvrer, dans la mesure du possible, son autonomie. Il est titulaire du diplôme d'Etat d'aide-soignant[496]

[491] L. n° 2006-1668 du 21 décembre 2006 portant création d'un Ordre national des infirmiers
[492] Art. L. 4312-1de la loi précit.
[493] Amendement n°517 prévoyant la suppression de l'ordre adopté le 14 avril 2015 par l'Assemblée nationale. Le Sénat en sa séance du 06 octobre 2015 en première lecture le rétablit
[494] Projet de loi de modernisation de notre système de santé (AFSX1418355L)
[495] RNCP ibid
[496] D. n° 2007-1301 du 31 août 2007 relatif aux diplômes d'aide-soignant, d'auxiliaire de puériculture et d'ambulancier et modifiant le Code de la santé publique (dispositions réglementaires), NOR: SJSH0762979D

(anciennement diplôme professionnel d'aide-soignant) délivré par le directeur général de l'Agence régionale de la santé.

a) L'accès à la formation et le déroulement

500. Le candidat à la formation doit être âgé de 17 ans révolus. Aucune exigence de diplôme ou niveau d'études préalable n'est requis pour l'épreuve écrite d'admissibilité, consistant en un commentaire d'un texte de culture générale portant sur un sujet sanitaire et social en dégageant deux questions au maximum. Le candidat doit aussi répondre à dix questions par des réponses courtes, destinées à tester ses connaissances dans le domaine de la biologie humaine, ainsi que ses aptitudes numériques (opérations numériques de base et conversions). Sont dispensés de cette épreuve, les titulaires :

- d'un titre ou diplôme homologué au minimum au niveau IV ou enregistré à ce niveau au répertoire national de certification professionnelle, délivré dans le système français de formation initiale ou continue ;
- d'un titre ou diplôme du secteur sanitaire ou social homologué au minimum au niveau V ;
- d'un titre ou diplôme étranger leur permettant d'accéder directement à des études universitaires dans le pays où il a été obtenu ;
- les étudiants ayant suivi une première année d'études conduisant au diplôme d'État d'infirmier et n'ayant pas été admis en deuxième année[497].

Une épreuve orale devant un jury est destinée à vérifier l'aptitude du candidat à l'argumentation et à l'expression orale, ainsi que sa motivation au métier d'aide-soignant.

[497] Arr. du 22 octobre 2005 relatif au diplôme professionnel d'aide-soignant, NOR: ANP0523995

501. La formation[498], dispensée dans un institut de formation, d'une durée de 1.435 heures réparties sur quarante et une semaines, comprend un enseignement théorique et des stages pratiques. Les dispenses de sélection et de modules de formation sont accordées aux titulaires :

- du diplôme d'Etat d'auxiliaire de vie sociale ou de la mention complémentaire aide à domicile
- du diplôme d'Etat d'aide médico-psychologique
- du titre professionnel d'assistant(e) de vie aux familles
- du diplôme d'Etat d'ambulancier[499].

502. La formation doit permettre à l'étudiant d'acquérir huit domaines de compétences :

- accompagner une personne dans les actes essentiels de la vie quotidienne en tenant compte de ses besoins et de son degré d'autonomie : des informations sont données sur les modalités pratiques de prise en charge, mais aussi des notions plus abstraites dans les savoirs associés sur le développement de l'être humain en général, les aspects de son lien social, ses convictions intimes (religions, croyances, valeurs), les composantes de son autonomie (physique, psychique et sociale) en relation avec ses droits, sa déficience, son handicap, ce qui crée sa dépendance ;
- apprécier l'état clinique d'une personne : les apports sont d'ordre médical essentiellement ;
- réaliser des soins adaptés à l'état clinique de la personne : dans les savoirs associés de ce module, des informations sont données sur le handicap, ses rapports avec le vieillissement. De même sont abordées les pathologies du vieillissement ;
- utiliser les techniques préventives de manutention et les règles de sécurité pour l'installation et la mobilisation des personnes : dans les savoirs associés de ce module on notera l'information sur

[498] Arr. précit. Titre II « Contenu et organisation pédagogique de la formation »
[499] Art. 18 et 19 de l'Arr. précit.

« Législation et déontologie concernant l'isolement, la contention, la limitation des mouvements et les droits des patients[500] » ;

- établir une communication adaptée à la personne et à son entourage : on trouve dans ce module quelques éléments de réflexion éthique comme les valeurs et les principes du respect, de la discrétion, de l'écoute sans jugement, de la confidentialité, et aussi des éléments d'ordre juridique comme la charte du patient hospitalisé, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits du malade, le secret médical, le secret professionnel, le rôle de l'aide-soignant dans l'information du patient, la maltraitance (prévention, repérage des signes et transmission aux personnes compétentes) ;
- utiliser les techniques d'entretien des locaux et du matériel spécifique aux établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux : essentiellement des techniques de prévention, d'hygiène et de prophylaxie ;
- rechercher, traiter et transmettre les informations pour assurer la continuité des soins : on y notera une attention particulière sur la transmission avec discernement des informations à transmettre dans le respect des règles déontologiques et du secret professionnel ;
- organiser son travail dans une équipe pluriprofessionnelle : sont dispensées des notions de droit du travail. On y apprend aussi à repérer les différentes professions de santé et les limites de leur champ de compétence.

b) La certification

503. Les évaluations sont organisées sous forme d'épreuves de différentes natures :

[500] Référentiel p.11

- écrites, sous forme de questions courtes, questions à choix multiple, etc. assurées par les formateurs ayant participé à l'enseignement ;
- orales, soit un entretien avec un jury sur un sujet imposé, soit un exposé sur un thème, de façon individuelle ou collective ;
- pratiques par la réalisation de gestes techniques ;
- mise en situation professionnelle : prise en charge d'une personne dans la réalisation des activités de la vie quotidienne ou réalisation de plusieurs soins, dans la structure où le candidat a effectué un stage de plus de cinq jours.

504. Le candidat doit obtenir pour chaque module une note égale à 10 sur 20 avec pour le module 1 une note éliminatoire si elle est inférieure à 8 sur 20 pour chacune des deux épreuves la composant. Une procédure de rattrapage est prévue pour le candidat n'ayant pas validé un ou plusieurs modules. Si, à la suite de ces épreuves, il ne remplit toujours pas les conditions, il dispose d'un délai de cinq ans après décision du jury pour valider le ou les modules auxquels il a échoué. Au-delà, il perd le bénéfice des modules validés.

505. Ce diplôme est accessible par la voie de la validation des acquis de l'expérience. Il faut avoir justifié de 1.420 heures d'activités en relation avec le référentiel d'activités de l'aide-soignant(e). Ce sont notamment des soins d'hygiène et de confort (toilette, habillage, prise de repas, élimination, déplacement) auprès de personnes dépendantes ou inconscientes, ou de personnes ayant un certain degré d'autonomie.

506. Peuvent aussi y prétendre les élèves infirmiers de secteur psychiatrique qui ont réussi l'examen de passage en deuxième année, prévu par l'arrêté du 16 février 1973 modifié, relatif à la formation professionnelle du personnel soignant du secteur psychiatrique, et les étudiants infirmiers qui ont interrompu leurs études après avoir été admis en deuxième année. Egalement, les étudiants infirmiers titulaires de l'attestation de formation aux gestes et soins d'urgence de niveau 2 en cours de validité, qui ont interrompu leurs études

après avoir été admis en deuxième année, ou ceux qui ont échoué au diplôme d'Etat[501].

C - L'aide médico-psychologique

507. A la frontière entre le soin et l'accompagnement social, il intervient auprès de diverses populations en difficultés pour une aide de proximité permanente durant leur vie quotidienne, en les accompagnant, tant dans les actes essentiels de ce quotidien, que dans les activités de vie sociale et de loisirs. L'annexe 1 de l'arrêté du 11 avril 2006 [502] prévoit que, non seulement il peut intervenir dans les établissements ou services pour personnes handicapées et/ou âgées, mais aussi dans les SSIAD et les services à domicile. L'A.M.P. intervient au sein d'équipes pluri-professionnelles. Selon les situations, il travaille sous la responsabilité d'un travailleur social ou d'un professionnel paramédical. C'est ainsi qu'il seconde, suivant les établissements ou au domicile et selon les circonstances, un éducateur, un animateur, un infirmier, un kinésithérapeute. La profession d'aide médico-psychologique constitue une première qualification de la filière éducative[503].

a) L'accès à la formation et le déroulement

508. Pour l'entrée en formation, il n'y a pas d'exigence de diplôme préalable requis, néanmoins les candidats doivent être en situation salariée. L'entrée en formation se fait après une sélection sur des épreuves écrites consistant en un questionnaire d'actualité comportant dix questions et un entretien de vingt minutes sous la responsabilité d'un formateur et d'un professionnel, à partir d'un questionnaire ouvert, renseigné par le candidat avant l'épreuve.

[501] Art. 25 de l'Arr. précit
[502] Arr. du 11 avril 2006 relatif au diplôme d'Etat d'aide médico-psychologique, NOR: SOCA0621478A
[503] Annexe I du référentiel professionnel de l'Arr. précité

509. La formation est dispensée dans un institut de formation, de manière continue ou discontinue, sur une amplitude de douze à vingt-quatre mois. Elle comporte 495 heures d'enseignement théorique et 840 heures de formation pratique. Des allègements ou dispenses de formation peuvent être accordés aux titulaires de certains diplômes, par exemple le diplôme d'Etat d'auxiliaire de vie sociale ou mention complémentaire aide à domicile, ou celui d'assistant familial. Ils ne peuvent être supérieurs à deux tiers de la durée totale de la formation. La dispense d'un domaine de formation entraîne la validation du domaine de compétence correspondant et donc la dispense des épreuves de certification s'y rapportant.

510. Six domaines de formation (DF), donc de compétences (DC), composent le programme :

- DF1 - Connaissance de la personne : situer la personne aidée au stade de son développement, dans son contexte socioculturel ; appréhender les incidences des pathologies, handicaps et dépendances dans la vie quotidienne des personnes.
- DF2 - Accompagnement éducatif et aide individualisée aux personnes dans les actes de la vie quotidienne : repérer les dimensions éducatives, affectives, sociales et culturelles des temps clés du quotidien ; évaluer les besoins et les capacités de la personne aidée dans les actes de la vie quotidienne ; établir une relation d'aide, dans les actes de la vie quotidienne, associant aspects éducatifs et/ou relationnels et techniques ; satisfaire aux besoins fondamentaux et veiller au bien-être et au confort de la personne.
- DF3 - Animation de la vie sociale et relationnelle : participer à la dynamique du groupe en établissement et gérer les relations à l'intérieur de celui-ci ; favoriser et accompagner les relations familiales, sociales et la participation citoyenne ; concevoir, proposer, mettre en œuvre et évaluer des activités, pour un individu ou un groupe, contribuant au développement dans ses

différentes dimensions (sensorielle, psychomotrice, cognitive, affective, relationnelle...).

- DF4 - Soutien médico-psychologique : mettre en œuvre des aides adaptées aux différents âges de la vie et situations de handicap dans les dimensions physique, relationnelle, affective et cognitive ; utiliser les activités quotidiennes comme support à la relation ; détecter les signes révélateurs d'un problème de santé ou de mal-être et prendre les dispositions adaptées ; avoir une communication appropriée à la situation de la personne.
- DF5 - Participation à la mise en place et au suivi du projet personnalisé : observer, écouter et analyser les besoins et désirs de la personne dans tous les aspects de sa vie ; appréhender les facteurs d'évolution ou de régression en fonction de la situation de la personne ; utiliser les éléments recueillis lors de l'intervention de proximité pour participer à l'élaboration, la mise en œuvre et le suivi du projet personnalisé dans le respect du projet de soins et/ou éducatif, et/ou pédagogique, et du projet institutionnel.
- DF6 - Communication professionnelle et vie institutionnelle : connaître le projet institutionnel et situer son action dans ce projet ; travailler en équipe pluriprofessionnelle dans le contexte institutionnel et participer à la vie de l'institution ou du service ; déterminer et transmettre les informations utiles aux membres de l'équipe.

511. C'est dans le DF5 (70 heures) que seront développés l'environnement juridique de la personne accompagnée et la réflexion éthique sur l'action. Ainsi seront abordés le droit des usagers dans la loi du 2 janvier 2002, la loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades, la loi du 11 février 2005 relative aux personnes handicapées, les mesures de protection des personnes vulnérables, les aspects juridiques de la maltraitance, sa prévention et son signalement. Pour la question éthique, on y trouvera l'éthique de la pratique professionnelle.

512. Dans le DF6 (35 heures), seront données quelques informations sur les politiques sociales et leurs acteurs, notamment le contexte législatif et réglementaire des institutions et de leurs acteurs, les institutions sociales et médico-sociales et leur fonctionnement (statut, fonctionnement, financement, etc.), ainsi que le droit du travail, la responsabilité civile et pénale.

b) La certification

513. Chaque domaine de compétence fait l'objet d'une validation soit par une épreuve écrite soit par une épreuve orale :

- DC1 : épreuve écrite d'une heure trente où le candidat est invité à répondre à trois questions sur les quatre qui lui sont proposées.
- DC2 : soutenance orale du compte rendu d'intervention de cinq à huit pages présentant les modalités d'intervention lors d'un stage de l'AMP dans un ou plusieurs temps clés du quotidien auprès d'une ou plusieurs personnes, et une évaluations du stage ou de l'exercice professionnel.
- DC3 : soutenance d'un projet d'animations.
- DC4 : épreuve écrite de deux heures sur un sujet au choix du candidat parmi deux sujets d'ordre général proposés, relatifs à une problématique en rapport avec le métier de l'aide médico-psychologique. Une autre épreuve est l'évaluation du stage ou de l'exercice professionnel.
- DC5 : épreuve orale à partir d'une étude de cas de cinq à huit pages sur la mise en œuvre et le suivi du projet personnalisé dans un cadre pluri-professionnel.
- DC6 : contrôle des connaissances par une épreuve écrite. Les questions portent sur les techniques de communication professionnelle et les cadres juridiques et institutionnels dans lesquels s'inscrivent les établissements et services médico-sociaux

514. En cas de succès partiel, le candidat garde le bénéfice des domaines de compétences validés pour une durée de cinq années à compter de la première validation. « Il peut opter pour un complément d'expérience professionnelle visant une nouvelle demande de validation des acquis de l'expérience ou pour un complément par la voie de la formation préparant au diplôme d'Etat. Dans ce cas, il est dispensé des épreuves du diplôme attachées aux compétences déjà validées et bénéficie des dispenses de formation théorique et pratique correspondantes[504].

515. « Le diplôme d'Etat d'aide médico-psychologique atteste des compétences nécessaires pour exercer une fonction d'accompagnement et d'aide dans la vie quotidienne auprès de personnes en situation de handicap ou dont la situation nécessite une aide au développement ou au maintien de l'autonomie sur le plan physique, psychique ou social[505] ». Historiquement, le diplôme date de 1972 sous la forme d'un certificat d'aptitude aux fonctions d'aide-médico-psychologique, réformé en 2006 pour l'adapter au processus de certification des formations sociales. Il peut être obtenu par la voie de la VAE sous conditions. Le candidat doit justifier des compétences professionnelles acquises dans l'exercice d'une activité salariée ou ? bénévole en rapport direct avec le diplôme. La durée totale d'activité cumulée exigée est de trois ans en équivalent temps plein. La période d'activité la plus récente doit avoir été exercée dans les dix ans précédant le dépôt de la demande. Ce diplôme confère aux titulaires un niveau d'études de niveau V au Répertoire National des Certifications Professionnelles (RNCP).

516. Le plan Alzheimer prévoit la création d'une nouvelle fonction d'assistant de soins en gérontologie[506] destinée à spécialiser certaines catégories de personnel dans la prise en charge de personnes souffrant de la

[504] Art.12 de l'Arr. du 11 avril 2006 relatif au diplôme d'Etat d'aide médico-psychologique NOR: SOCA0621478A
[505] D. n° 2006-255 du 2 mars 2006 instituant le diplôme d'Etat d'aide médico-psychologique NOR: SOCA0524662D
[506] Mesure n° 20 du plan national Alzheimer 2008-2012, Arr. du 23 juin 2010 relatif à la formation préparant à la fonction d'assistant de soins en gérontologie, NOR: SASH1007942A

maladie d'Alzheimer, tels les aide soignants et AMP pour assister les ergothérapeutes et psychomotriciens dans quatre registres :

- Accompagnement, soutien et aide individualisée
- Soins quotidiens
- Réhabilitation et stimulation des capacités
- Communication et relation à l'environnement

Cette fonction spécifique nécessite une formation, d'une durée de 140 heures réparties sur douze mois, qui ne débouche sur aucun diplôme mais sur une qualification qui ouvre droit à une prime, dès lors que ces professionnels exercent dans les unités spécifiques des établissements ou les équipes spécialisées à domicile.

§2 –Les métiers du social

A- L'assistant(e) de service social

517. Les assistants de service social peuvent être employés dans tous les services à domicile, de type sanitaire ou médico-sociaux, pour enfants ou pour adultes, personnes âgées ou en situation de handicap. La polyvalence apportée dans leur formation leur permet de s'adapter aux différents types de difficultés rencontrées par les populations.

518. La formation attestée par le diplôme d'Etat d'assistant de service social doit leur permettre de « mener des interventions sociales, individuelles ou collectives, en vue d'améliorer par une approche globale et d'accompagnement social les conditions de vie des personnes et des familles[507] ».

[507] Art 1 du D. n° 2004-533 du 11 juin 2004 relatif au diplôme d'Etat et à l'exercice de la profession d'assistant de service social**,** NOR: SOCA0421308D

a) L’accès à la formation et le déroulement

519. Pour être autorisés à passer les épreuves de sélection pour l’entrée en formation, les candidats doivent être titulaires des titres ou diplômes suivants :

- baccalauréat : justifier de sa possession lors de l'entrée en formation ou avoir passé avec succès les épreuves de l'examen de niveau défini par l'arrêté du 11 septembre 1995 ;
- un des titres admis réglementairement en dispense du baccalauréat pour la poursuite des études dans les universités ;
- du diplôme d'accès aux études universitaires ;
- d'un diplôme du secteur paramédical délivré par l'Etat, homologué ou enregistré au répertoire national des certifications professionnelles à un niveau au moins égal au niveau IV de la convention interministérielle des niveaux de formation ;

- d'un diplôme au moins de niveau IV, délivré par l'Etat et visé à l'article L. 451-1 du Code de l'action sociale et des familles.

Il n’est pas prévu de cas de dispense des épreuves de sélection.

520. Les épreuves de sélection sont organisées par les établissements de formation sous le contrôle du préfet de Région. Elles comprennent « une épreuve écrite d'admissibilité permettant à l'établissement de formation de vérifier les capacités d'analyse et de synthèse du candidat et deux épreuves d'admission destinées notamment à apprécier l'aptitude et la motivation du candidat à l'exercice de la profession compte tenu des publics pris en charge et du contexte de l'intervention[508] ».

[508] Art.3 de l’Arr. du 29 juin 2004 relatif au diplôme d'Etat d'assistant de service social, NOR: LPEA0422249A

521. Après avoir subi avec succès les épreuves de sélection (concours), l'étudiant(e) s'engage dans un cycle de formation de trois années, soit 3.530 heures, composées d'enseignement théorique et de formation pratique, dont des stages professionnels. L'enseignement théorique comprend une unité de formation principale, « théorie et pratique en service social » et sept unités appelées « contributives » :

- philosophie de l'action, éthique ;
- droit ;
- législation et politiques sociales ;
- sociologie, anthropologie, ethnologie ;
- psychologie, science de l'éducation, science de l'information, communication ;
- économie, démographie ;
- santé.

522. Remarquons que l'on trouve ici une formation juridique de 120 heures à laquelle s'ajoute la connaissance des textes législatifs régissant les différents domaines d'intervention. Est remarquable aussi la réflexion sur la philosophie de l'action et de l'éthique d'une durée de 120 heures. Il faut noter que l'Association nationale des assistantes sociales avait établi déjà en 1950 leur Code de déontologie, remanié en 1994, certes n'ayant pas de valeur juridique mais servant de repère dans leur métier.

523. Des allègements de formation peuvent être accordés, dans la limite des deux tiers des unités de formation contributives, en rapport avec leurs diplômes, certificats ou titres, au moins égal au niveau III homologués au RNCP.

b) La certification

524. Le diplôme s'obtient par le succès aux quatre épreuves de certification dont une est l'évaluation du dossier de communication réalisé dans

l'établissement de formation pour le domaine de certification 3 et trois épreuves organisées en centres d'examen interrégionaux :

- Domaine de certification 1 : épreuve de connaissance des politiques sociales ;
- Domaine de certification 2 : présentation et soutenance d'un mémoire d'initiation à la recherche dans le champ professionnel ;
- Domaine de certification 3 : présentation et soutenance d'un dossier de pratiques professionnelles.
- Peut-être faudrait-il que le domaine 3 apparaisse dans l'énumération ?

525. Chaque domaine doit être validé séparément par une note au moins égale à 10 sur 20. Les candidats titulaires d'un diplôme de travail social de niveau III, délivré par l'Etat et mentionné à l'article L. 451-1 du Code de l'action sociale et des familles, bénéficient de la validation automatique des domaines de compétence 3 et 4 et donc de la dispense des épreuves de certification s'y rapportant [509] ». L'ensemble du diplôme doit être validé dans les cinq ans suivant la validation du premier domaine validé. De plus, nul ne peut se présenter plus de trois fois aux épreuves du diplôme d'Etat.

526. Le diplôme peut être obtenu par la voie de la validation des acquis de l'expérience après avoir justifié de compétences acquises dans l'exercice d'une activité salariée, ou bénévole, en rapport direct avec le contenu du diplôme d'Etat de service social. Ce rapport est établi lorsque sont réalisées au moins deux activités de la fonction "accompagnement social" et au moins deux activités de la fonction "conduite de projet et travail avec les groupes". Enfin, la durée d'exercice de ces activités doit être au moins de trois ans dans les dix ans précédant la demande. Le diplôme d'assistant de service social est reconnu de niveau III au RNCP. Dans le cadre de l'Espace européen de

[509] Art. 11 de l'Arr. du 29 juin 2004 relatif au diplôme d'Etat d'assistant de service social, NOR: LPEA0422249A

l'enseignement supérieur, l'obtention du diplôme d'Etat d'assistant de service social donne lieu à l'attribution de 180 crédits européens (ECTS)[510].

B- L'éducateur(trice) spécialisé(e)

527. Dans le cadre des services à domicile, l'éducateur spécialisé intervient dans les SESSAD pour les enfants, les SAVS et les SAMSAH pour les adultes. Au sein du SESSAD, la fonction de l'éducateur se situe entre l'accompagnement social et la scolarité qu'il facilite en partenariat avec les structures scolaires. « L'éducateur assure des actions orientées vers le développement de la personnalité et la socialisation des enfants ou des adolescents[511]». Dans les services pour adultes, l'éducateur spécialisé intervient dans l'accompagnement social, comme pourrait le faire l'assistant(e) de service social ou le ou la conseiller (ère) en économie sociale et familiale. Tous trois sont de niveau 3 selon le RNCP. « L'éducateur spécialisé intervient auprès de personnes en difficulté (dépendantes, fragiles ou en situation d'exclusion) en vue du développement de leurs capacités de socialisation, d'autonomie, d'intégration et d'insertion en fonction de leur histoire et de leurs possibilités psychologiques, physiologiques, affectives, cognitives, sociales et culturelles. ».

528. Le diplôme d'Etat d'éducateur spécialisé a connu une lente évolution pour adapter cette profession à des missions nouvelles et à l'évolution des populations auxquelles il était dédié. Né en 1967[512], il est réformé en 1973, puis en 1985. L'accent est porté sur la prise en charge de l'enfant et l'on peut noter qu'une faible part du programme est faite dans la formation au cadre juridique du métier. Il faut attendre 1990[513] pour voir apparaître dans la

[510] Art. 14-1 de l'Arr. du 25 août 2011 modifiant l'arrêté du 29 juin 2004 modifié relatif au diplôme d'Etat d'assistant de service social NOR: SCSA1120057A
[511] Art. 49 annexes XXIV au D. n° 89-798 du 27 octobre 1989
[512] D. 67-138 du 22 février 1967
[513] Arr. Arrêté du 6 juillet 1990 fixant les modalités de sélection et de formation des éducateurs spécialisés, d'organisation des examens pour l'obtention du diplôme d'Etat et conditions d'inscription et d'agrément des centres de formation et conditions d'agrément des directeurs et responsables d'unité de formation

validation de la formation une épreuve écrite s'inscrivant dans le cadre d'une « unité juridique ». En 2007[514], l'organisation de la formation est mise en adéquation avec celle des études dans le secteur social et médico-social en domaines de formation et de compétences validées par des épreuves de certification. Enfin, l'arrêté de 2011 inscrit ce diplôme dans le cursus des études supérieures européennes[515].

a) L'accès à la formation et le déroulement

529. L'accès à la formation se fait après le succès à un concours ouvert aux possesseurs de certains titres ou diplômes :

- baccalauréat ;
- un des titres admis réglementairement en dispense du baccalauréat pour la poursuite des études dans les universités ;
- diplôme d'accès aux études universitaires ou justifier de sa possession lors de l'entrée en formation ;
- diplôme, certificat ou titre homologué ou inscrit au répertoire national des certifications professionnelles au moins au niveau IV ;
- diplôme d'Etat d'aide médico-psychologique et avoir exercé cinq ans dans l'emploi correspondant ;
- diplôme d'Etat d'auxiliaire de vie sociale et avoir exercé cinq ans dans l'emploi correspondant ;
- avoir passé avec succès les épreuves de l'examen de niveau défini par l'arrêté du 11 septembre 1995[516].

[514] Décret n° 2007-899 du 15 mai 2007 relatif au diplôme d'Etat d'éducateur spécialisé NOR: SOCA0721527D

[515] Arr. du 25 août 2011 modifiant l'arrêté du 20 juin 2007 relatif au diplôme d'Etat d'éducateur spécialisé NOR: SCSA1120042A « Art. 17-1.-Dans le cadre de l'Espace européen de l'enseignement supérieur, l'obtention du diplôme d'Etat d'éducateur spécialisé donne lieu à l'attribution de 180 crédits européens (ECTS). »

[516] Arr. du 11 septembre 1995 modifiant les arrêtés des 16 mai 1980, 6 juillet 1990 et 20 mars 1993 fixant respectivement les conditions d'admission dans les centres de formation préparant aux diplômes d'Etat d'assistant de service social, d'éducateur spécialisé et d'éducateur de jeunes enfants NOR: ILEA9502737A

530. Le concours est organisé sur une épreuve écrite « d'admissibilité permettant de vérifier les capacités d'analyse, de synthèse et les aptitudes à l'expression écrite du candidat et une épreuve orale d'admission destinée à apprécier l'aptitude et la motivation du candidat à l'exercice de la profession, compte tenu des publics pris en charge et du contexte de l'intervention[517] ».

531. La formation, d'une durée de 1.450 heures d'enseignement théorique et 2.100 heures (60 semaines) de formation pratique, est organisée en quatre domaines de formation :

- DF 1 - Accompagnement social et éducatif spécialisé : 450 heures.
- DF 2 - Conception et conduite de projet éducatif spécialisé.
- DF 3 - Communication professionnelle en travail social.
- DF 4 - Implication dans les dynamiques partenariales, institutionnelles et inter-institutionnelles.

532. Il est reconnu à l'éducateur spécialisé une autonomie et une responsabilité dans ses actes professionnels qui le mettent en capacité de concevoir, conduire, évaluer des projets personnalisés ou adaptés à des populations identifiées. Il est en mesure de coordonner une équipe et de contribuer à la formation professionnelle d'autres intervenants. Amené à travailler principalement, mais sans exclusive, dans les champs de la protection de l'enfance, du handicap, de la santé ou de l'insertion sociale, il doit le faire dans une « démarche éthique, qui contribue à créer les conditions pour que les enfants, adultes, familles et groupes avec lesquels il travaille soient considérés dans leurs droits, aient les moyens d'être acteurs de leur développement et soient soutenus dans le renforcement des liens sociaux et des solidarités dans leur milieu de vie[518] ».

[517] Art.3 de l'arrêté du 20 juin 2007 relatif au diplôme d'Etat d'éducateur spécialisé, NOR: MTSA0755916A

[518] Annexe I, référentiel professionnel, Définition de la profession et du contexte de l'intervention de l'arrêté du 20 juin 2007 relatif au diplôme d'Etat d'éducateur spécialisé, NOR : MTSA0755916A

533. Notons l'intérêt pour les usagers, que dans un référentiel de métier du secteur social il soit fait mention de démarche éthique et de droits des usagers. Toutefois, il nous semble que, à l'instar de la formation des assistants de service social, la matière du droit mériterait d'être mise en valeur. En effet, le référentiel de formation du domaine de formation DF4 mentionné à l'annexe II de l'arrêté du 20 juin 2007, prévoit en 125 heures de tracer pour les étudiants :

- le cadre institutionnel, administratif, juridique et politique relatif à l'éducation spécialisée [l'organisation administrative et politique de la France et de l'Europe, les différents dispositifs, établissements et services de l'action éducative, sociale et médico-sociale (scolaires, sanitaires, judiciaires, sociaux et médico-sociaux)] ;
- les approches des politiques sociales, médico-sociales, éducatives et d'insertion professionnelle ;
- l'approche des cadres juridiques, notions de droit civil et de droit pénal, notions de droit du travail, Code de l'action sociale et des familles (droit des établissements sociaux et médico-sociaux, droit des usagers).

L'énumération de toutes ces matières montre qu'il s'agit là d'un survol (trop) rapide d'informations plutôt qu'une formation. De même, « l'approche éthique de la fonction éducative » est noyée dans la masse du DF1 « Accompagnement social et éducatif spécialisé ».

b) La certification

534. L'obtention du diplôme d'Etat se fait après avoir passé avec succès les quatre épreuves de certification :

- entretien de 30 minutes sur les pratiques professionnelles : à partir d'un dossier de pratiques professionnelles d'une quinzaine de pages environ élaboré par le candidat en référence au domaine de compétence 1 à l'occasion des stages effectués. Ce dossier comportera une dimension descriptive relative aux

pratiques du candidat et aux pratiques observées ainsi que leur analyse au regard d'éclairages conceptuels. Il contient également les évaluations des stages effectués ;

- présentation et soutenance d'un mémoire d'une cinquantaine de pages pendant 30 minutes, qui doit permettre d'évaluer la capacité du candidat à approfondir une problématique éducative synthétisant ses éléments de connaissance théorique et les acquis issus de sa pratique professionnelle ;
- entretien de 30 minutes à partir d'un journal d'étude clinique de cinq à dix pages, qui doit permettre d'évaluer l'appropriation par le candidat des aspects de travail en équipe et de communication ;
- épreuve écrite de 4 heures, sur une situation proposée au candidat relative aux politiques sociales et aux cadres juridiques et institutionnels. Il doit, après une synthèse des cadres réglementaires, de l'identification des partenaires, des incidences financières, analyser les difficultés, contraintes ou contradictions à partir des documents fournis et de ses connaissances.

535. Si tous les domaines ne sont pas validés, le candidat garde le bénéficie des domaines validés pendant cinq ans. Le diplôme peut être aussi acquis par la voie de la validation des acquis de l'expérience, qui peut dispenser partiellement ou totalement des épreuves de certification. Il faut alors justifier de compétences acquises dans les domaines de certification, par des activités professionnelles ou bénévoles.

§1 – Le (la) technicien(ne) de l'intervention sociale et familiale (TISF)[519]

536. A la création du métier, le TISF était destiné à «…effectuer une intervention sociale préventive et réparatrice à travers des activités d'aide à la vie quotidienne et à l'éducation des enfants »[520], donc principalement auprès de familles en difficultés sociales ou de parents en difficulté dans leur fonction parentale. Ils sont maintenant aussi employés dans les services d'aide à domicile pour personnes âgées et personnes handicapées. Ces professionnels sont en réalité une rénovation des travailleuses familiales puisque ces dernières, si elles étaient titulaires du certificat de travailleuse familiale, le sont de plein droit du diplôme d'Etat de technicien de l'intervention sociale et familiale. Outre cette voie d'extinction pour l'obtention du diplôme, les candidats doivent avoir suivi une formation dispensée par un établissement privé ou public ayant satisfait à la déclaration préalable prévue par l'article L.451-1 du CASF, ou par la voie de la validation des acquis pour tout ou partie.

a) L'accès à la formation et le déroulement

537. La formation[521] se fait après des épreuves d'admission comprenant :

- une admissibilité sur une épreuve écrite de deux heures visant à vérifier l'aptitude à l'écrit et le niveau de culture générale. Les titulaires d'un niveau de formation correspondant au moins à un baccalauréat ou d'un diplôme, certificat ou titre homologué ou

[519] D. n°2006-250 du 1 mars 2006 relatif au diplôme d'Etat de technicien de l'intervention sociale et familiale, NOR: SOCA0524544D
[520] Art. D.481-451 du CASF partie réglementaire relatif au diplôme d'Etat de TISF
[521] Arr. du 25 avril 2006 relatif au diplôme d'Etat de technicien de l'intervention sociale et familiale NOR : SSHA0621570A

inscrit au répertoire national des certifications professionnelles au moins au niveau IV sont dispensés de l'épreuve ;

- une admission sur une épreuve orale destinée à apprécier la motivation du candidat.

538. La formation est d'une durée totale de 2.105 heures comportant 950 heures d'enseignement théorique et 1.155 heures de formation pratique s'étalant sur un cycle de dix-huit à vingt-quatre mois. La durée dépend des dispenses de formation accordées, préalablement retenues suivant les niveaux de formation des candidats, sans que ceux-ci ne dépassent un quart de la formation théorique et pratique. Sont ainsi dispensés ou allégés les titulaires du certificat d'aptitude aux fonctions de moniteur éducateur, baccalauréat professionnel services de proximité et vie locale, baccalauréat professionnel services en milieu rural, BEATEP spécialité activité sociale et vie locale ou BP JEPS animation sociale, diplôme d'Etat d'auxiliaire de vie sociale ou mention complémentaire aide à domicile, diplôme d'Etat d'assistant familial, diplôme d'Etat d'aide-médico-psychologique. La dispense d'un domaine de formation entraîne la validation du domaine de compétence correspondant et donc la dispense de l'épreuve de certification s'y rapportant.

Elle est organisée en six domaines de compétences à l'instar d'autres formations sociales :

- DC1 - Conduite du projet d'aide à la personne : évaluer la situation et les besoins de la personne, élaborer un projet individualisé dans le cadre d'objectifs définis, le mettre en œuvre et l'évaluer.
- DC2 - Communication professionnelle et travail en réseau : élaborer, gérer et transmettre de l'information, s'inscrire dans un travail d'équipe, établir une relation professionnelle, assurer une médiation, développer des actions en partenariat et en réseau ; réaliser en suppléance les actes ordinaires de la vie quotidienne, contribuer au respect de l'hygiène, favoriser la sécurité des personne aidées.
- DC3 - Réalisation des actes de la vie quotidienne : mettre en œuvre un programme progressif d'apprentissage, favoriser

l'appropriation des actes du quotidien et du cadre de vie, conseiller sur la gestion du budget quotidien,

- DC4 - Transmission des savoirs et des techniques nécessaires à l'autonomie des personnes dans leur vie quotidienne : mettre en œuvre un programme progressif d'apprentissage,
- DC5 - Contribution au développement de la dynamique familiale : aider et soutenir la fonction parentale, accompagner la cellule familiale dans des situations de modification importante de la vie, favoriser les situations de bientraitance et agir dans les situations de maltraitance.
- DC6 - Accompagnement social vers l'insertion : informer et orienter vers des services adaptés, accompagner les personnes dans leurs démarches.

539. On trouvera dans le DC1et DC5 des informations juridiques et des règles éthiques, ainsi qu'une sensibilisation aux situations de maltraitance rencontrées dans les familles aidées. Ainsi trouve-t-on : « Connaître les droits et obligations des personnes aidées et les respecter. Connaître et respecter les règles liées à l'éthique, au secret et à la discrétion professionnelle dans le cadre des missions confiées ». Dans le DC5 : « Etre en capacité d'informer les membres du groupe familial sur leurs droits et devoirs vis-à-vis des enfants et de la société. Informer les enfants sur leurs droits et leurs devoirs. Connaître les grandes orientations des politiques en matière de majeurs protégés et de protection de l'enfance. Informer sur les mesures de protection juridique des personnes vulnérables. Connaître les dispositifs de lutte contre la maltraitance. Repérer les dynamiques intrafamiliales, alerter sur les situations de violence familiale ou de maltraitance et mettre en lien avec les institutions concourant à la protection de l'enfance ou des adultes[522] ».

[522] Ann. 1 du référentiel professionnel du technicien de l'intervention sociale et familiale de l'Arr. du 25 avril 2006 relatif au diplôme d'Etat de technicien de l'intervention sociale et familiale, NOR : *SSHA0621570A*

b) La certification

540. Chaque domaine de compétence est évalué et validé par une note qui ne doit pas être inférieure à 10 sur 20 à l'épreuve de certification sans compensation de notes possible entre elles :

- quatre épreuves sont organisées par l'établissement de formation ;
- une épreuve relative à la contribution au développement de la dynamique familiale, par le représentant de l'Etat dans la région ;
- une épreuve relative à la conduite du projet d'aide à la personne, conjointement par l'établissement de formation et par le représentant de l'Etat.

541. L'ensemble du diplôme doit être validé dans les cinq ans à compter de la première date de validation partielle, s'il y a lieu. La validation du diplôme par les acquis de l'expérience nécessite des compétences professionnelles acquises dans l'exercice d'une activité salariée, non salariée ou bénévole, en rapport direct avec le diplôme, pendant une durée de trois ans au moins en équivalent temps plein. Le représentant de l'État dans la région décide de la recevabilité de la demande de validation des acquis de l'expérience. L'épreuve est formalisée par un entretien avec le jury sur la base d'un livret de formation justifiant au moins de deux activités sur les quatre fonctions du référentiel d'activités :

- élaboration, mise en œuvre et évaluation du projet individualisé
- accompagnement vers l'autonomie de la personne dans les actes de la vie quotidienne
- aide à l'insertion dans l'environnement et à l'exercice de la citoyenneté
- participation au développement de la dynamique familiale

542. Le diplôme est accessible par la voie de la validation des acquis de l'expérience si le candidat a accompli des activités salariées ou bénévoles

pendant trois ans en équivalent temps plein et dans les dix dernières années pour la dernière période. Il doit avoir exercé des activités en rapport avec le référentiel.

Le diplôme de technicien de l'intervention sociale et familiale est classé diplôme de niveau IV au Répertoire National des Certifications Professionnelles (RNCP).

§2 - L'auxiliaire de vie sociale (AVS)

543. L'auxiliaire de vie sociale intervient auprès des familles, des enfants, des personnes en difficulté de vie ou en difficulté sociale, des personnes âgées, malades ou handicapées. Il réalise une intervention sociale visant à compenser, par une aide dans la vie quotidienne, un état de fragilité, de dépendance ou de difficultés dû à l'âge, la maladie, le handicap, aggravé par des difficultés sociales. Il favorise ainsi le maintien de la personne au domicile et évite son isolement. Il veille à la préservation ou à la restauration de l'autonomie de la personne et l'accompagne dans sa vie sociale et relationnelle. En ce qui concerne la prise en charge des personnes dépendantes, les tâches effectuées peuvent être classées en deux catégories :

- les actes essentiels de la vie quotidienne (Activities of daily living-ADL), regroupant « l'aide à l'habillage, l'aide pour aller aux toilettes, l'aide pour faire la toilette et assurer l'hygiène, l'aide à la prise des repas, l'aide aux déplacements dans le logement et l'aide au coucher ou au lever du lit [523]».
- les activités instrumentales de la vie quotidienne ((Instrumental Activities of Daily Living – IADL) parmi lesquelles sont placées les tâches ménagères, en rapport avec l'environnement de la personne. On relève que ce sont les personnels disposant d'un diplôme qui effectuent les actes essentiels (39% ont un DEAVS).

[523] MARQUIER (R.), « Les activités des aides à domicile en 2008 », *Etudes et résultats DRESS*, n°741, octobre 2010 p.3

544. Le diplôme d'Etat d'auxiliaire de vie sociale atteste des compétences nécessaires. De création récente[524], il vise à qualifier des personnels de services à domicile ayant un niveau d'études équivalent au CAP, ou sans diplôme dans le champ de l'aide aux personnes dépendantes, âgées ou handicapées principalement.

a) L'accès à la formation.et le déroulement

545. L'entrée en formation est conditionnée par le succès à l'épreuve d'admissibilité écrite, d'une durée d'une heure trente maximum, consistant en un questionnaire d'actualité orienté sur les problèmes sociaux, comportant dix questions. L'épreuve d'admission, quant à elle, est un entretien d'une durée de vingt minutes avec un formateur et un professionnel, sur la base d'un questionnaire renseigné par le candidat. Des dispenses à l'une ou l'autre des épreuves sont accordées :

- pour le questionnaire d'actualité, aux titulaires du brevet des collèges, du brevet d'étude de premier cycle, et d'un diplôme, titre ou certificat homologué de niveau V ;
- pour l'entretien avec le jury, aux titulaires des diplômes, titres ou certificats :
  - ✓ l'attestation de formation d'assistante maternelle,
  - ✓ le certificat de compétences professionnelles « Assister une personne dépendante ou âgée », ou «Assurer la garde active des enfants et des bébés à leur domicile »,
  - ✓ le certificat de qualification professionnelle (CQP) de la branche FEPEM, ainsi que les personnes en fonction depuis au moins trois ans dans l'aide à domicile.

546. La formation se déroule sur le principe de l'alternance, d'une durée de cinq cents heures dans un centre de formation, et de cinq cent

[524] D. n° 2007-348 du 14 mars 2007 relatif au diplôme d'Etat d'auxiliaire de vie sociale, NOR: SOCA0720473D

soixante heures de stages. Elle est organisée en onze modules de cinq unités de formation :

- UF1 - Les bénéficiaires de l'intervention (module 1 : connaissance des publics, module 2 : pathologies, processus invalidants).
- UF 2 - Accompagnement et aide aux personnes dans les actes essentiels de la vie quotidienne (module 3 : ergonomie, module 4 : santé et hygiène).
- UF3 - Accompagnement et aide aux personnes dans les activités ordinaires de la vie quotidienne (module 5 : alimentation, repas, module 6 : entretien du linge et du cadre de vie).
- UF4 - Accompagnement et aide aux personnes dans les activités de la vie sociale et relationnelle (module 7 : action sociale et ses acteurs, module 8 : animation et vie quotidienne).
- UF5 - Méthodologies d'intervention (module 9 : exercice professionnel, responsabilité et déontologie, module 10 : mise en œuvre de l'intervention, module 11 : communication, liaison et relation d'aide).

b) La certification

547. Ce diplôme est également accessible par la voie de la validation des acquis de l'expérience. Il faut justifier de 3.000 heures d'activités salariées ou bénévoles en rapport avec le diplôme dans les dix dernières années. Ce rapport est établi si au moins une des activités citées dans chacune des trois fonctions clés du référentiel d'activité a été réalisée:

- Accompagnement et aide aux personnes dans les actes essentiels de la vie quotidienne ;
- Accompagnement et aide aux personnes dans les activités ordinaires de la vie quotidienne ;
- Accompagnement et aide aux personnes dans les activités de la vie sociale et relationnelle.

Cette voie semble être privilégiée par les employeurs trouvant la voie directe trop onéreuse. Mais pas ailleurs, ils trouvent que les critères pour

l'accès à la validation est encore dissuasive, eu égard au volume d'heures d'expérience professionnelle dans le secteur de l'aide à domicile exigées[525].

548. Le jury peut attribuer tout ou partie du diplôme et, en cas de validation partielle, accorder une dispense de la vérification des prérequis. En cas de validation partielle, le candidat a 5 ans pour acquérir les unités manquantes. Il peut opter pour le suivi et l'évaluation du ou des modules de formation correspondant aux compétences non validées, ou pour une expérience professionnelle prolongée ou diversifiée préalable à une nouvelle demande de validation des acquis de l'expérience.

549. Les titulaires du diplôme d'auxiliaire de vie sociale peuvent ensuite acquérir le diplôme d'Etat de technicien en intervention sociale et familiale en bénéficiant d'allègement de formation. Ce diplôme confère aux titulaires un niveau V au Répertoire National des Certifications Professionnelles (RNCP). La possession du diplôme permet d'accéder au concours d'éducateur spécialisé.

550. Il existe donc actuellement trois qualifications pour effectuer le même métier auprès des personnes âgées ou des personnes handicapées : aide-médico-psychologique, technicien en intervention sociale et familiale, auxiliaire de vie sociale. Toutes trois comportent les mêmes modules de formation et de certification et aboutissent à un niveau de formation de niveau IV ou V au RNCP. De plus, elles sont accessibles au même public pas ou peu formé. Il y aurait certainement avantage d'une simplification en créant une unique qualification pour ce métier d'aide à la personne dépendante âgée ou handicapée. Les centres de formation y gagneraient en clarté d'affichage et les conventions collectives en celle de rémunération. Mais, on pourrait nous opposer que certaines qualifications prédisposent à la prise en charge d'autres publics, comme les familles ou les parents en difficultés sociales. Cet argument peut être rejeté par l'exemple de la qualification d'éducateur spécialisé, qui

[525] RIVARD (T.), « Les services d'aide à domicile dans le contexte de l'Allocation personnalisée d'autonomie », *DRESS, Etudes et résultats* , n° 460, janvier 2006, p.9

permet aux titulaires du diplôme d'Etat d'éducateur spécialisé de travailler aussi bien avec des publics d'enfants que d'adultes, en difficultés sociales ou en situation de handicap, dans un établissement ou en milieu ouvert.

III – Les services de mandataires judiciaires à la protection des majeurs

551. Rappelons que la loi réformant la protection des majeurs[526] distingue désormais la protection judiciaire des majeurs proprement dite (mesure de sauvegarde de justice : curatelle et tutelle) et l'aide apportée aux personnes ayant des difficultés à gérer leur budget, mettant en péril leur santé ou la sauvegarde de leur logement (mesure d'accompagnement personnalisé, mesure d'accompagnement judiciaire). La protection judiciaire des majeurs proprement dite est réservée à : « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles, de nature à empêcher l'expression de sa volonté[527] … ». Quant aux personnes qui relevaient antérieurement à la loi, des tutelles aux prestations sociales (TPSA), des mesures d'accompagnement social personnalisé (MASP), assurées par les départements, sont proposées contractuellement aux bénéficiaires. Si cette mesure échoue dans ses objectifs d'autonomie de gestion, il peut être alors envisagé, à l'initiative du président du Conseil départemental, de faire appel au juge des tutelles, en saisissant le procureur de la République pour établir une mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ).

552. Avant la loi de 2007 réformant la protection des majeurs, les gérants de tutelle étaient nommés par le juge des tutelles suivant les critères de l'ancien article 499 du Code civil : personnes physiques bénévoles ou salariées, personnels des établissements où résidaient les personnes à protéger. Il fallait être majeur, n'ayant pas d'incapacité d'exercice. Les associations tutélaires, par

[526] L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs NOR: JUSX0600126L
[527] Art.425 de la L. précit.

souci de professionnalisation, employaient des délégués à la tutelle issus des professions sociales pour la plupart. La réforme de la loi porte sur une certification conférée à la suite d'une formation attestée par la remise d'un certificat national de compétence.

553. Cette formation comprend deux options : l'une conduisant à la délivrance du Certificat national de compétence, mention « Mesure judiciaire à la protection des majeurs, MJPM » (§1) ; l'autre à la mention « Mesure d'accompagnement judiciaire, MAJ» (§2).

§1 - La Mesure judiciaire à la protection des majeurs (MJPM).

a) L'accès à la formation[528]

554. La formation à la certification de mandataire judiciaire n'est pas une formation initiale. Elle est ouverte aux titulaires de diplôme ou titre de niveau III du Répertoire national des certifications professionnelles, et de justification d'une expérience de trois ans au moins dans cette profession[529]**.** Cette formation est aussi ouverte aux candidats ressortissant « d'un autre Etat membre de la Communauté européenne ou d'un autre Etat-partie à l'accord sur l'Espace économique européen, d'un titre équivalent ou, le cas échéant, justifier d'une ancienneté d'au moins 3 ans dans un emploi exigeant normalement un diplôme ou titre de ce niveau[530] » L'âge requis est de 25 ans, sauf si le candidat fait partie des personnes mentionnées au 3 alinéa de l'article 471-2 du CASF et justifie d'au moins une année d'expérience professionnelle dans un service tutélaire, l'âge minimum est alors ramené à 21 ans. Cette différence de régime s'explique par le fait que le jeune âge est compensé par un encadrement du service tutélaire.

[528] D. n° 2008-1508 du 30 décembre 2008 relatif aux conditions d'âge, de formation et d'expérience professionnelle devant être satisfaites par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et par les délégués aux prestations familiales **,** NOR: MTSA0828334D
[529] Art. L. 471-3 CASF
[530] Al.2 art. L471-3 CASF

555. Un dossier doit être composé d'un curriculum vitae retraçant les expériences professionnelles et personnelles, dont la formation initiale et continue, la description des postes exercés avec les fonctions précisées et tout document attestant des diplômes et qualifications[531].

556. Le dossier ainsi constitué est examiné par l'équipe pédagogique du centre de formation agréé[532]. Elle propose au directeur de l'institut de formation les candidats retenus, et le programme de formation individualisé, tenant compte des éventuels allègements ou dispenses de modules de formation[533], qu'il pourra accorder au vu des titres présentés attestant de l'intégration de ces modules dans la formation initiale.

557. Si la dispense est accordée, elle vaut validation du module. Par contre, un allègement de la formation ne dispense pas du contrôle de ce module. Pour les mandataires entrés en fonction avant le 1er janvier 2009, un délai de deux ans est accordé pour l'obtention du certificat national de compétence. Il est aussi prévu une dispense de stage pratique pour les personnes pouvant justifier d'une expérience professionnelle d'au moins six mois dans le cadre d'une activité tutélaire.

558. Le directeur du centre de formation arrête la liste des candidats retenus, qu'il adresse au représentant de l'Etat [534]. L'arrêté ne prévoit pas expressément la validation par la DRJSCS de la liste des candidats ainsi établie.

---

[531] Art 7 Arr. du 2 janvier 2009 relatif à la formation complémentaire préparant aux certificats nationaux de compétence de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de délégué aux prestations familiales
NOR: MTSA0900276A

[532] Voir les conditions de l'agrément ainsi que la qualification des formateurs aux art. 10 et 11 de l'arrêté du 2 janvier 2009

[533] Arr. précit.

[534] En l'occurrence, à la Direction régionale de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale (DRJSCS)

b) Le déroulement de la formation mention MJPM

559. Les quatre domaines de formation constituant le corpus de formation sont équilibrés en termes de temps consacré à chacun. Le volume total est de 300 heures d'enseignement théorique, dont 66 heures obligatoires[535] et de 350 heures de stage pratique sur 10 semaines consécutives, sauf pour les personnes justifiant, lors de leur entrée en formation, d'une expérience professionnelle d'au moins six mois dans le cadre d'une activité tutélaire pour la mention MJPM.

1- Domaine de Formation 1 - Juridique

- Droits et procédures (48h)
- Le champ médico-social (36h)

560. Ce sont tout d'abord les matières juridiques relatives à la connaissance du droit spécifique aux personnes protégées et au champ médico-social du domaine de formation 1. En 84 heures, les objectifs sont de « connaître », « savoir identifier », « savoir déterminer », « se repérer » dans les différents cadres juridiques et institutionnels de la protection juridique des majeurs. Il est par contre demandé de « maîtriser les bases légales et réglementaires de la protection et des droits des personnes[536] ». L'exigence des connaissances de la matière juridique est en effet nécessaire, même si elles ne sont pas approfondies, car elles permettront au futur mandataire d'avoir les repères nécessaires pour défendre au mieux les intérêts de la personne protégée.

2- Domaine de Formation 2 - Gestion

- Gestion administrative et budgétaire (48h)
- Gestion fiscale et patrimoniale (30h)

[535] Le domaine de formation 4 intitulé « Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs » est obligatoire et ne peut pas faire l'objet d'allègement.
[536] Annexe1, module droits et procédures, arrêté du 02 janvier 2009 précité

561. Le domaine de formation 2 aborde les aspects concrets de la gestion du patrimoine en 78 heures de formation. Il s'agit là d'acquérir les bases d'une gestion administrative, financière, budgétaire, fiscale qui permettront de gérer « d'une manière raisonnable » le patrimoine de la personne, sans se substituer, au besoin, aux conseils éclairés de conseillers en patrimoine patentés. La dimension juridique est aussi abordée comme la distinction entre les actes conservatoires d'administration et de disposition, la procédure de surendettement, etc. et budgétaire, où sont étudiés les procédés d'élaboration d'un budget prévisionnel, les différentes techniques d'analyse financière et budgétaire. Dans ce domaine de formation, les apports dans le domaine social et la posture du mandataire permettront à celui-ci, à travers notamment des études de cas, de mettre en rapport tous les aspects des besoins de la personne et de la pratique du mandataire.

3- Domaine de Formation 3 - Protection de la personne

- Connaissance des publics et des pathologies liées à la dépendance (24h)
- Relation, intervention et aide à la personne (48h)

562. Le domaine de formation 3 vise à approfondir la connaissance des publics concernés et des pathologies liées à la dépendance. Il ne s'agit pas là d'entrer dans la compréhension d'un cas médical, mais de se familiariser avec des comportements qui peuvent en découler, notamment pour en évaluer les risques pour la personne protégée et celle du mandataire. Les notions médicales porteront essentiellement sur les termes cliniques employés, relatifs à l'altération des facultés mentales. La connaissance des différents types de handicap permettra de mieux cerner les limites de l'autonomie de la personne protégée. On abordera aussi ce qui a trait à la relation entre la personne protégée et le mandataire, afin de permettre à ce dernier d'inscrire son action dans une approche globale de la vie de la personne : familiale, sociale, culturelle. Les techniques de communication lui seront dévoilées ou rappelées, verbales et non verbales, les principes et techniques d'entretien. On lui donnera quelques clés pour mieux comprendre l'environnement et les interactions avec

le majeur, en l'initiant à l'analyse systémique ou transactionnelle. On notera que dans ce domaine de formation on rappelle au mandataire qu'il lui faut rechercher la participation de la personne, non seulement dans la réalisation, mais aussi dans la décision des actes qui la concernent.

4- Domaine de Formation 4 - Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

- Les contours de l'intervention et ses limites (18h)
- Les relations avec le juge et l'autorité judiciaire (12h)
- Déontologie et analyse des pratiques (36h)

563. Seul ce domaine de formation ne souffre ni dispense ni allègement de formation, hormis les titulaires du certificat national de compétence de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, mention « mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) » ou du certificat national de compétence de délégué aux prestations familiales. Ils bénéficient alors de la dispense des modules 4.2 et 4.3. On comprend bien pourquoi ce domaine est indispensable dans la formation. Il aborde la posture du professionnel en reprenant des éléments des autres domaines de formation. C'est tout d'abord amener le mandataire à bien cerner le cadre de son mandat, à établir son action dans une relation de partenariat avec d'autres services. Pour comprendre les jeux de pouvoir, de protection, on fera appel à des notions de philosophie. C'est aussi dans ce domaine que l'on abordera l'épineuse question du secret professionnel.

564. Les relations avec l'autorité judiciaire en général, et avec le juge des tutelles en particulier, dont le mandataire tire sa légitimité et à qui il doit rendre compte, font l'objet d'attention. Il faut, pour le mandataire, être en capacité de déterminer sa mission en fonction du mandat qui lui a été confié. Il lui faut aussi être capable de rédiger des écrits professionnels de qualité, clairs et circonstanciés pour permettre au juge de prendre ses décisions.

565. La dimension déontologique et éthique de la profession de mandataire est, heureusement, présente dans la formation. Il s'agit d'amener le futur mandataire à être bien conscient des droits du majeur protégé, par la nécessité d'une formation continue, une information sur l'évolution des structures existantes, bref il s'agit de susciter la recherche constante de la qualité du service rendu. La démarche éthique consistera à donner un sens à la notion de respect, celui de la personne protégée, de la parole donnée, du projet de vie exprimé par la personne. Enfin, on donnera au futur mandataire quelques règles, principes, modes et méthodologies qui lui permettront de mener l'intervention tutélaire.

566. On voit, dans cette description de la formation du mandataire, que le souci a été de doter le futur professionnel de tous les outils permettant une prise en charge de la personne protégée en garantissant le plus possible, que non seulement ses droits seront respectés, mais aussi que sa participation sera recherchée à tout moment. Cette formation est dense, peut-être trop dans le volume horaire défini, avec le risque de la superficialité des notions abordées. Mais, au moins les repères ont été donnés pour que le mandataire, à la fin de la formation, puisse les approfondir.

§2 - Le déroulement de la formation mention MAJ [537]

567. La durée de la formation est moindre que précédemment, seulement 180 heures d'enseignement théorique dont 78 heures obligatoires et 350 heures de stage pratique. La formation se décline ici en deux domaines de formation : le premier consacré à la définition de l'accompagnement judiciaire, en trois modules ; le second à la place du mandataire dans cet accompagnement. Détaillons chaque domaine :

[537] Annexe II Arr. du 2 janvier 2009 précit.

a) La mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ)

- Module 1.1 : le cadre juridique (durée : 24 heures)
- Module 1.2 : la connaissance du public (durée : 36 heures)
- Module 1.3 : l'action éducative et budgétaire (durée : 42 heures)

568. Le premier module vise à donner le cadre juridique du mandat, avec les fondamentaux de la protection juridique des majeurs et les fondements de l'intervention du mandataire dans le cadre d'une mesure d'accompagnement judiciaire.

569. Le deuxième module donnera au futur mandataire les moyens de connaître le public auprès duquel il interviendra, connaître et comprendre les raisons d'une mauvaise gestion du budget familial, saisir les rapports à l'argent et les habitudes de consommation par exemple. On identifiera aussi les différents types d'addictions et leurs conséquences sociales, enfin l'articulation de cette mesure avec celles existant en amont et en aval : mesure d'accompagnement social ou mesure judiciaire d'aide au budget familial.

570. Le troisième module est celui de la mise en pratique de l'action éducative et budgétaire, notamment l'aide à la gestion des prestations familiales, la protection du logement et son entretien, la sensibilisation à la notion de danger au regard de la santé et de la sécurité de la personne, les éléments juridiques relatifs à la situation de surendettement, les techniques d'analyse financière et budgétaire…

b) Le mandataire en charge de la mesure d'accompagnement judiciaire

- Module 2.1 : les contours de l'intervention et ses limites (durée : 18 heures).
- Module 2.2 : les relations avec le juge et avec le Conseil départemental (durée : 12 heures).
- Module 2.3 : action éducative et accompagnement vers l'autonomie de gestion budgétaire (durée : 30 heures).

- Module 2.4 : déontologie et analyse des pratiques (durée : 18 heures).

571. Le premier module vise à bien cerner le contour de l'intervention du mandataire en sachant éventuellement faire appel à des partenaires et en appréciant les situations de danger, par l'apport de quelques notions de philosophie ; on appréhendera les jeux de pouvoir en présence. Dans la communication du mandataire avec son environnement, l'accent est mis sur l'importance des écrits professionnels, dans la rédaction de ceux-ci pour l'objectivité de ce qui est rapporté en évitant les jugements de valeur. Un focus est fait, là aussi sur la question primordiale du secret professionnel.

572. Le deuxième module aborde les relations avec le juge et avec le Conseil départemental. Ce sont notamment les rapports remis au juge en mettant l'accent sur la qualité rédactionnelle, l'analyse des contenus, le choix des informations données. Les relations avec les autres partenaires de l'action sociale permettront de préparer la fin de la mesure d'accompagnement judiciaire en passant éventuellement le relais avec l'accompagnement social de droit commun.

573. Le troisième module est consacré à l'action éducative et accompagnement vers l'autonomie de gestion budgétaire. C'est principalement une introduction à la méthodologie d'intervention, à la relation éducative, à la notion d'accompagnement personnalisé, la recherche de l'adhésion de la personne et la contractualisation du projet.

574. Le quatrième module est celui de la déontologie et de l'éthique, ainsi que l'organisation et la gestion du temps. On y trouvera là le contenu de la formation des mandataires mention MJPM vue précédemment, survolée plus rapidement puisqu'il n'y est consacré que la moitié du temps.

§3 - La validation de la formation[538]

575. Le certificat national de compétence est accordé au candidat qui aura satisfait à la validation de chacun des domaines de compétence sans compensation de notes entre eux avec la validation de chacun des modules le composant. Si l'un des modules n'est pas validé, la validation des autres modules reste acquise. Certains modules font l'objet de contrôles de connaissances notés sur table d'une durée de 2 à 4 h, d'autres de la validation de la présence et de la participation du candidat. Enfin, un écrit de 8 à 10 pages relatant une expérience professionnelle et faisant ressortir les acquis théoriques en articulation avec le DF4. Cet écrit fait l'objet d'une soutenance devant un jury composé de professionnels et de formateurs. On peut regretter que cette dernière épreuve puisse conditionner l'obtention du CNC, car l'écrit est finalement très sommaire et l'échange avec le jury repose pour beaucoup sur l'assurance du candidat dans un exposé oral. Heureusement, une commission intervient au terme de la formation, présidée par le directeur du centre de formation qui veille à harmoniser les notes et à examiner de façon collégiale l'ensemble du parcours de formation.

576. Le directeur du centre de formation transmet au représentant de l'Etat la liste des promus et remet en son nom le certificat national de compétence. La liste est ensuite transmise au Préfet du département où exercera le mandataire pour la mise à jour de la liste d'inscription de l'autorisation à exercer. La loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement soumet à la procédure régionale d'appel à candidatures, par souci de maîtrise de l'offre, les services des mandataires judiciaires individuels. En effet, selon l'article 34 de la loi, les agréments ne se feront plus, selon la jolie formule de l'exposé des motifs du projet « au fil de l'eau ». A la suite de l'appel à candidatures, la DDCS établit un classement parmi les candidatures recevables dans les conditions prévues par la loi[539]. Elle procède à une sélection suivant les besoins du schéma d'organisation sociale et médico-

[538] Art. 14 Arr. du 2 janvier 2009 précit.
[539] Art. L471-4 et L.472-2 CASF

sociale et selon des critères restant à déterminer par un décret en Conseil d'Etat. Enfin, elle délivre l'agrément après un avis conforme du procureur de la République[540].

Section 2 : L'amélioration de la qualité par celle des conditions de travail des salariés

577. Améliorer l'attractivité des services par de meilleures conditions de travail et de rémunération permettra d'accroître l'offre de services aux personnes dépendantes. Or, il est constaté que les conditions de travail des personnels employés par les SAP sont précaires. Ce sont notamment des emplois à temps partiels non choisis et rémunérés sur la base du SMIC horaire. Pour pouvoir assurer un temps plein, certains doivent multiplier les interventions dans une journée, nécessitant de nombreux déplacements et une gestion très rigoureuse du planning. Le stress engendré par ces conditions de travail est préjudiciable à la disponibilité nécessaire à l'écoute des besoins des usagers.

578. Le plan des métiers de la dépendance, lancé en février 2008 par la secrétaire d'Etat à la Solidarité, et expérimenté dans trois régions pour améliorer la qualification des personnels, pourrait servir de base à la mise en chantier d'une réflexion générale sur la politique de maintien à domicile des personnes dépendantes.

579. La prise de conscience des pouvoirs publics a amené la mise en place d'un dispositif d'aide à la professionnalisation, associant l'Etat aux collectivités territoriales (I). Les partenaires sociaux sont convenus de la nécessité d'adopter une convention collective unique pour la branche à domicile (II).

[540] Art.472-1-1 du CASF ajouté par l'art.34 de la L 2015-1776 relative à l'adaptation de la société au vieillissement

I - Le plan « métiers de la dépendance » pour la professionnalisation

580. En 2008, Etat et Régions s'unissent dans une expérimentation pour former de nouveaux professionnels, afin de répondre à des besoins croissants de prise en charge de personnes âgées dépendantes et personnes handicapées. La Région conduit l'opération en matière de formation avec un comité de pilotage national (§1). L'amélioration de l'offre de services passe par des conditions de travail plus attractives pour que des salariés s'engagent dans le secteur. Là encore, un foisonnement de conventions collectives, issues pour certaines d'une duplication de conventions existantes pour des établissements médico-sociaux, pour d'autres de services à domicile « historiques » rendait difficile la cohérence d'un secteur en développement. Il devenait nécessaire d'unifier les conventions collectives pour le secteur de l'aide à domicile (§2).

581. Une note technique du secrétariat d'Etat à la solidarité en date du 12 février 2008[541] estime à 900.000 les professionnels paramédicaux et sociaux au service de la dépendance en établissement ou dans des services d'aide à domicile. Parmi eux, la moitié travaille dans l'aide à domicile, dont trois sur dix sont des contrats aidés, minima sociaux ou retours à l'emploi. Seuls 35 % sont qualifiés. Dans la région Centre, à peine 10 % des intervenants à domicile sont titulaires d'un diplôme ou d'un titre professionnel dans leur secteur d'activité[542].

582. En regard de l'existant, les besoins nouveaux qui se profilent à l'horizon proche de 2015 s'estiment à 400.000 emplois, dont 200.000 pour le remplacement de départs en retraite. Actuellement, 800.000 personnes âgées de plus de soixante-dix ans font appel aux services à domicile sous la forme d'emploi direct, mandataire ou prestataire. De plus, le nombre de personnes âgées de plus de quatre-vingt-cinq ans aura doublé. Quant aux personnes

[541] Secrétariat d'Etat à la solidarité, « Vers des plans régionaux des métiers au service des personnes handicapées et des personnes âgées dépendantes », note technique, mardi 12 février 2008, consultable internet http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Note_technique_metiers_de_la_dependance.pdf
[542] Protocole d'accord entre le secrétariat d'Etat à la solidarité et la région Centre pour la mise en place d'un plan des métiers dans le secteur social et médico-social

handicapées, la loi du 11 février 2005 a permis d'identifier un million de personnes susceptibles de recourir à ces personnels. Ainsi, est-il prévu pour 2008 :

- 6.000 places de SSIAD,
- 1.250 places de SESSAD
- 2.100 places en SAMSAH/SSIAD

583. Au vu de ces quelques données chiffrées, il a semblé urgent d'établir pour l'avenir un plan cohérent de formation des personnels du secteur, garantissant une unité sur le territoire. La note met l'accent sur « De nouvelles exigences de formation et un cadre éthique à définir pour des métiers qui s'exercent auprès de publics fragiles**.** Il s'agit en effet de garantir à l'usager la qualité de son accompagnement : l'aspect central de la relation avec un usager nécessite que la réflexion sur le positionnement professionnel et l'éthique soient au cœur de la réforme. Et compte tenu de l'implication forte et nécessaire de ces professionnels, il est essentiel de leur préserver des possibilités de mobilité et de progression de carrière[543] ». Il y a donc une nécessité d'améliorer les conditions de travail pour leur rendre ce secteur attractif tout en développant, ce qui malheureusement reste encore faible, la formation à la démarche éthique.

584. Ce plan des métiers définit quatre priorités : faciliter l'identification des besoins, recruter, former, valoriser. Il fixe dix objectifs, parmi lesquels nous retenons ceux relatifs à la formation et la valorisation du métier. L'ouverture à ces métiers à des personnes n'ayant pas suivi une formation initiale leur donnant un niveau reconnu, doit être faite avec circonspection et mobiliser des moyens de formation encore plus importants qu'une formation initiale classique. En effet, parallèlement à l'apprentissage du métier, il faut souvent donner des prérequis absents et la motivation pour exercer des métiers apparemment ingrats.

585. Aussi, l'objectif 3 de la « priorité recruter » : « Permettre à un public en difficulté ou en recherche d'emploi d'accéder à un premier niveau de

[543] Ibid p.5

qualification et lui proposer un parcours d'accès aux métiers de la dépendance (PARMED) » ne doit-il pas laisser penser que ces métiers d'assistance aux personnes âgées et personnes handicapées ne sont que des métiers de manutention ou techniques. La VAE s'ouvre aux diplômes relatifs aux métiers de la dépendance (priorité 3, objectif 6 «afficher des objectifs ambitieux en matière de VAE »). Mais là encore, le succès de cette opération tiendra dans la rigueur de l'évaluation des compétences des impétrants, donc des critères retenus et de la manière de les accompagner dans cette démarche de valorisation.

586. L'objectif 9 de la priorité 4 « valoriser » nous paraît en effet en mesure de répondre à ce qui est affiché : « Garantir la professionnalisation de ces métiers pour mieux les reconnaître ». En effet, d'une part il est préconisé de rénover ou créer des formations adaptées aux nouveaux publics, notamment les personnes souffrant de la maladie d'Alzheimer. D'autre part, il faut imposer une formation d'adaptation à l'emploi et la formation continue dans les métiers de la dépendance pour lutter contre l'épuisement professionnel.

587. Enfin, l'objectif 10 « garantir un cadre éthique professionnel » retient toute notre attention, tant il nous paraît être la clé de voûte de la qualité du service rendu aux personnes âgées et personnes handicapées. Sur la base des recommandations de l'ANESMS et du Conseil supérieur du travail social (CSTS), il serait mis en place « un cadre déontologique et éthique » et un module de formation initiale et continue.

588. Le plan « métiers de la dépendance » est mis en expérimentation dans trois régions : Alsace, Nord-Pas-de-Calais et Centre, en confiant la conduite aux Conseils régionaux en lien avec l'Etat et les Conseils généraux. Ce plan de formation des travailleurs sociaux entre dans le cadre du Plan régional de développement des formations professionnelles des jeunes et des adultes (PRDFP). En effet, la loi du 13 août 2004[544] relative aux libertés et responsabilités locales a transféré aux Régions la responsabilité d'organiser la

[544] Art. 11 de la Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, NOR: INTX0300078L

formation des travailleurs sociaux et du personnel sanitaire. Le financement de cette expérimentation nécessite un apport nouveau de la CNSA de huit millions d'euros, sur un total de 1,18 milliard d'euros, déjà financés par l'Etat à hauteur de 10 millions d'euros, soit moins de 1 % du budget total. Le reste du financement est assuré par les Régions pour 670 millions, la CNSA pour 50 millions, et l'OPCA[545] **-** organisme associatif paritaire agréé, collecteur des fonds des employeurs -pour le financement de la formation continue pour 450 millions. La DARES[546] prévoyait, à l'échéance de 2015, un taux de croissance annuelle de 4,5 % quant à la création d'emplois d'auxiliaires de vie sociale pour les personnes handicapées, et de 1,7 % d'aide-soignants. Pour les personnes âgées, la progression est du même ordre, puisque le taux de croissance des emplois d'auxiliaires de vie sera de 3,2 %. Le personnel paramédical croîtra de 2,6 % pour les infirmiers et de 5,8 % pour les aide-soignants. Aucune étude n'est disponible en 2015 pour vérifier si cette prévision est validée.

589. Par ailleurs, la CNSA aide financièrement des fédérations, par une convention tripartite, à moderniser, structurer et professionnaliser leurs services d'aide à la personne : SAAD, SSIAD ou SPASAD[547]. Si l'on prend pour exemple la convention signée avec la Croix-Rouge française le 18 février 2010[548]**,** chacune des actions a fait l'objet d'un chiffrage précis :

- Moderniser les systèmes d'information métier des services d'aide et d'accompagnement à domicile, grâce à la dématérialisation des dossiers et à la télégestion. Dotés d'ordinateur portable, les professionnels pourront désormais saisir depuis le domicile de la personne, les informations collectées lors de l'évaluation de ses besoins. La généralisation de l'utilisation d'un logiciel dédié améliorera la qualité du service rendu grâce au suivi de l'effectivité

[545] Dans le secteur médico-social, les principaux OPCA intervenant dans le secteur sont : UNIFAF, UNIFORMATION, FORMAPH et ANFH (pour la fonction publique).
[546] CHARDON (O.), ESTRADE (M.A.), « Les métiers en 2015 », *DARES, Centre d'analyse stratégique*, janvier 2007, p162
[547] Voir sur le site de la CNSA : « Section IV : exemples de conventions nationales », http://www.cnsa.fr/article.php3?id_article=488
[548] Convention pluriannuelle Etat-CNSA-Croix-Rouge française relative à la modernisation des services d'aide et d'accompagnement à domicile pour les années 2010 et 2011

des prestations en temps réel (gestion des prises en charge, des plannings, de la facturation, du paiement des mandataires...). Coût : 17 % du coût global.

- Améliorer l'organisation des services d'aide et d'accompagnement à domicile pour renforcer la qualité du service rendu. La Croix-Rouge française poursuivra ainsi la structuration qu'elle a engagée depuis 2006. Pour aller au-delà du regroupement et de la mutualisation des services au niveau départemental, elle développera des services polyvalents d'aide et de soin à domicile (SPASAD). Coût : 18 % du coût global.
- Accompagner les services d'aide et d'accompagnement à domicile dans leur démarche qualité et vers une certification AFNOR (NF X 50-056). Un service de soins infirmiers à domicile et un service d'aide et d'accompagnement à domicile sont déjà certifiés. Dans un premier temps, la Croix-Rouge française établira un état des lieux des actions qualité mises en œuvre par ses services. Puis elle proposera des formations à ses professionnels pour, à terme, aboutir à la certification. Coût : 50 % du coût global.
- Améliorer l'accompagnement des nouveaux salariés et des contrats aidés dans le cadre de la valorisation des métiers du domicile, grâce à la formation de tuteurs et à un partenariat avec le Pôle emploi. Coût : 14 % du coût global.

La CNSA a versé 1.202.301 euros à la Croix-Rouge pour soutenir le développement de ses services d'aide à domicile destinés aux personnes âgées et aux personnes handicapées, et accompagner la démarche qualité qu'ils ont engagée.[549]

[549] Communiqué de la CNSA et de la Direction de la cohésion sociale du 10 mars 2010

II - L'unification des conventions collectives

590. Jusqu'au 1er janvier 2012, plusieurs conventions collectives réglaient les relations de travail des personnels intervenant à domicile : convention collective nationale des organismes d'aide ou de maintien à domicile du 11 mai 1983, ADMR du 6 mai 1970, travailleuses familiales du 2 mars 1970, accords collectifs de l'UNCASS. A celles-ci se sont ajoutées celles régissant le secteur médicosocial des établissements et services pour personnes handicapées : CCN de 1951[550] et CCN 1966[551].

591. Cette multiplicité de conventions collectives nuit à une visibilité des coûts par les pouvoirs publics financeurs des services à domicile autorisés et dans une moindre mesure par les utilisateurs eux-mêmes. En effet, une convention collective se définit comme un accord entre les syndicats de salariés et les organisations d'employeurs en vue de régler les conditions de travail et les garanties sociales qui y sont attachées. Or, ces dispositions se traduisent en coûts et en prix des prestations. L'harmonisation des conventions collectives peut contribuer à rendre ce secteur plus stable et sera de nature à améliorer la qualité du service rendu et renforcer la protection des bénéficiaires. Mais actuellement, il y aura lieu de distinguer la convention collective unique des services à but non lucratif (§1) de la convention collective des services à but lucratif (§2).

§1 Convention collective unique des services à domicile à but non lucratif

592. Après l'avis favorable, le 29 septembre 2011, de la Commission nationale d'agrément (CNA), la convention collective de la branche de l'aide, de

[550] Conv. coll. nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951.
[551] Conv. coll. nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966. Mise à jour au 15 septembre 1976.

l'accompagnement, des soins et des services à domicile (BAD) a été agréée par l'arrêté publié au Journal officiel du 12 octobre 2011. Ce nouveau texte conventionnel remplace les quatre conventions collectives existant jusqu'alors dans la branche de l'aide à domicile et concerne 220.000 salariés. Cette convention a pour mérite principal de mettre en cohérence des textes disparates et la couverture conventionnelle de 30.000 salariés qui n'en bénéficiaient pas.

593. Elle s'applique aux entreprises et organismes employeurs privés à but non lucratif qui, à titre principal, ont pour activité d'assurer aux personnes physiques toutes formes d'aide, de soin, d'accompagnement, de services et d'interventions à domicile ou de proximité. Mais ne sont pas concernés :

- les services dont les employeurs appliquent à titre obligatoire un autre accord étendu ;
- les SSIAD de la Croix-Rouge française ;
- les organismes dont l'activité principale est le service de soins infirmiers à domicile, adhérents de la FEHAP ;
- les organismes employeurs dont l'activité principale est le SESSAD et le SAMSAH ;
- les services de protection juridique des majeurs adhérents à la CCN du 15 mars 1966.

En dehors de ces exceptions prévues, l'employeur qui n'applique pas cette nouvelle convention devra justifier du statut qu'il applique : soit une autre convention étendue ; soit parce qu'il est adhérent d'une autre organisation patronale signataire, une autre convention collective.

594. L'arrêté d'extension pris le 23 décembre 2011 (J.O. du 29 décembre 2011)[552] a permis l'application de cette convention collective unique le 1er janvier 2012. Si, pour les syndicats signataires (syndicat employeurs de la branche, CFDT, UNSA), cette nouvelle convention est une avancée sociale,

[552] Arr. du 23 décembre 2011 portant extension de la convention collective nationale de la branche de l'aide, de l'accompagnement, des soins et des services à domicile et d'avenants à ladite convention collective (n° 2941**),** NOR : ETST1135420A

fruit d'une négociation d'une dizaine d'années, les syndicats qui ont refusé de signer dénoncent un recul des conditions antérieures.

595. Nous noterons dans cette nouvelle convention collective ce qui sera de nature à favoriser l'attrait des métiers d'intervention à domicile, notamment en réduisant le caractère précaire, et tout ce qui pourra garantir à l'usager : personne âgée ou personne handicapée, une prise en charge dans le respect de ses droits fondamentaux.

A - Le système de prévoyance, les conditions de travail et l'expression des salariés

596. Ainsi, les signataires soulignent-ils l'accès aux soins facilité par la souscription obligatoire, avec la participation de l'employeur, d'une complémentaire santé. On peut toutefois s'étonner que seules, quatre mutuelles aient été retenues dans le cadre de cette convention unique : AG2R, IONIS Prévoyance, U.N.P.M.F et MACIF (art.29-1).

597. D'autres avancées sont à retenir, notamment des dispositions créant des congés d'ancienneté (un jour ouvré par tranche de cinq ans dans la limite de cinq jours), une majoration pour le travail dominical avec la possibilité de création d'équipes spécifiques volontaires pour le travail de fin de semaine, des réunions de services visant à rompre l'isolement des salariés de terrain, améliorant ainsi la qualité du service rendu aux usagers.

598. La convention prévoit le droit d'expression des salariés : individuel ou collectif, de six heures par an, considérées comme temps de travail et rémunérées. Il doit permettre l'expression du salarié sur le contenu de son travail, son organisation ainsi que les moyens d'améliorer ses conditions de travail. La représentation des salariés par les délégués du personnel s'en

trouve aussi améliorée, puisque la convention abaisse le seuil à sept salariés au lieu de onze dans le régime légal pour la mise en place de l'instance, après demande écrite d'au moins deux salariés. Le crédit d'heures attribué est de quarante heures par an dans la limite de quatre heures par mois. Le seuil pour l'existence d'un comité d'entreprise est toujours de cinquante salariés. La carence peut en être constatée dans les associations qui n'atteignent pas cet effectif. Le crédit d'heures des délégués du personnel est alors augmenté de vingt heures par mois pour remplir les attributions économiques du comité d'entreprise.

599. L'amélioration de la qualité du service rendu au bénéficiaire passe aussi par la possibilité laissée au salarié d'exprimer les difficultés qu'il rencontre dans sa relation avec l'usager. Cela est vrai pour tous les services qui, par la nature de l'activité laissent l'intervenant seul dans son action, sans « contrôle technique », ou dans le jargon, sans « supervision ». Aussi est-ce un progrès que la convention prévoie[553] des temps de soutien psychologique ou d'analyse de la pratique, dans la limite de onze heures par an et par salarié. Il est dommage que cette durée soit fixée comme plafond et non comme seuil minimal ouvert à négociation. Toutefois, l'employeur a la possibilité d'augmenter les temps d'organisation et de répartition du travail, eux aussi limités à onze heures par an et par salarié, la latitude laissée ne pouvant pas dépasser quarante heures par an.

600. Les périodes d'essai et leur renouvellement éventuel se trouvent formalisées dans le contrat de travail, d'un, deux ou trois mois renouvelables une fois seulement, suivant la catégorie d'emploi dans laquelle le salarié se trouve,.

601. Les conditions de la reprise d'ancienneté vont désavantager certains salariés lorsqu'ils viennent d'un service qui appliquait une autre convention collective (CCN 1966, 1951..) car elle est nulle, au contraire des salariés qui appliquent la CCN du 21 mai 2010 ou des anciennes conventions

[553] Art. 5 du Titre V de la CCU cit.

collectives de la branche de l'aide à domicile (accord UNACSS, CC ADMR, CCN du 11 mai 1983, CCN TISF).

602. La convention ne reprécise pas la mensualisation des intervenants à domicile, puisque la mensualisation est obligatoire depuis la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle. Pourtant une étude montrait en 2006 que « Le paiement à l'heure des intervenants à domicile reste, à cet égard, le système de rémunération le plus fréquemment pratiqué par l'ensemble des associations du secteur[554] ». La généralisation de la mensualisation, qui permet au salarié de disposer d'un salaire fixe, et non plus aléatoire en fonction des heures travaillées, est un élément important de sécurisation. Un autre facteur de fragilisation est le temps de travail partiel subi par les intervenants. Seul, en 2008, un tiers travaillait à temps complet[555].

603. Le salarié a le droit de choisir de travailler à temps partiel ou à temps plein, mais la demande doit être faite dans un formalisme instauré par la convention collective (lettre recommandée avec accusé de réception précisant la durée demandée et formulée trois mois avent la date souhaitée). L'employeur dispose de trois mois pour répondre. Son refus doit être motivé pour des raisons exclusivement limitées par la convention collective.

604. La question des heures complémentaires demandées par l'employeur était souvent sujette à la polémique. Elle est maintenant réglée par le droit, puisque la convention fixe que le nombre d'heures complémentaires effectuées par un salarié à temps partiel ne peut être supérieur du tiers de la durée prévue dans son contrat de travail. Le salarié qui refuse ne peut le faire que dans la limite de deux fois par an et doit le signifier par écrit à l'employeur. Ce refus ne peut pas être considéré comme une faute et ne peut pas être

[554] RIVARD (T.), rapport cit. p.7
[555] MARQUIER (R.), (b) rapport cit. p.5

retenu comme un motif de licenciement[556]. Mais gageons qu'au-delà des limites fixées par le droit, salarié et employeur trouveront un accord propre à satisfaire les intérêts des deux parties lorsque le climat social est bon.

605. Le dispositif de fractionnement des congés payés, à la demande de l'employeur, est plus favorable au salarié puisqu'il prévoit un jour supplémentaire pour un fractionnement de trois à cinq jours, et de trois jours pour un fractionnement supérieur à cinq jours, en dehors de la période légale du 1er mai au 31 octobre. La convention collective formalise le traitement des demandes de congés dans un calendrier.

606. Une des difficultés rencontrées par les intervenants à domicile, souvent avancée, est le fractionnement de leur journée de travail. La convention prévoit que par dérogation aux dispositions légales les interruptions de travail non rémunérées pour les temps partiels peuvent être portées à trois dans la limite d'une durée totale de cinq heures dans une journée. Exceptionnellement, elles peuvent excéder cinq jours dans la limite de cinq jours sur deux semaines. L'amplitude horaire est de onze heures maximum. Les temps de déplacements entre deux interventions, si les interventions avaient été consécutives, sont assimilés à du temps de travail effectif. Les frais de trajet feront l'objet d'une négociation[557].

B.- L'organisation de la continuité de la prise en charge

607. L'aide aux personnes âgées et aux personnes handicapées dépendantes s'effectue avec la continuité de service sept jours sur sept, et ce, pendant toute l'année. Le travail du dimanche est alors indispensable et il convient donc de réglementer les temps de repos du personnel et d'organiser

[556] Art. 41 du Titre V de la CCU étendu par l'Arrêté du 23 décembre 2011 portant extension de la convention collective nationale de la branche de l'aide, de l'accompagnement, des soins et des services à domicile et d'avenants à ladite convention collective n° 2941, NOR : ETST1135420A
[557] Art. 14 et suiv. du Titre V de la CCU

les temps de travail en conséquence. Une nouvelle notion est apparue dans cette convention, celle d'équipes de « fin de semaine[558] ». En effet, sur le mode du volontariat, ces salariés travailleront trois dimanches suivis d'un dimanche non travaillé. Pour les autres, le rythme sera d'un dimanche sur quatre, sur trois ou au maximum sur deux. Une majoration de salaire de 45 % du salaire horaire sera accordée, ou un repos compensateur de 45 % du temps travaillé le dimanche, qui doit être pris dans les deux mois. Les mêmes dispositions sont prises pour les jours fériés, à l'exception du 1er mai régi par des dispositions légales. Le salarié peut refuser deux fois par an de travailler un dimanche ou un jour férié, sans avoir à motiver et sans que cela constitue une faute grave ou un motif de licenciement[559].

608. L'organisation des astreintes ainsi que leur rémunération avaient besoin d'être clarifiées, les salariés ayant souvent le sentiment d'être assujettis à l'employeur sans compensation et de cette façon corvéables à merci. La convention prévoit des astreintes non fractionnées de seize fois douze heures ou huit fois vingt-quatre heures, et des astreintes fractionnées, uniquement pour les SSIAD, les Centres de soins infirmiers (CSI) et le personnel d'encadrement. Celles-ci ne pourront pas excéder cent cinquante heures par mois réparties sur cinq jours par semaine[560]. La rémunération des astreintes est de sept points par période de vingt-quatre heures, ou au prorata des heures effectuées.

609. Pour l'usager, la nuit est souvent source d'angoisse s'il vit seul sans appui familial à proximité immédiate. Aussi, les conditions de travail prévues dans la convention collective doivent-elles être regardées avec attention parce qu'elles peuvent encourager les services d'aide à domicile à mettre en place le travail de nuit, et les salariés à y participer de bon gré. Tout d'abord, le travail de nuit s'entend par ce qui est effectué entre 22 h et 7 h du matin. Les équipes de jour et les « travailleurs de nuit » peuvent être distincts. On distingue également deux modes d'intervention de nuit : la première consistant à être présent auprès d'un usager, tout ou partie de la nuit ; la

[558] Art. 17-1 du titre V de la CCU cit.
[559] Art. 20 du titre V
[560] Art.21 et suiv. du titre V

seconde consistant pour le salarié à effectuer une ou plusieurs séquences auprès d'un ou plusieurs usagers si leur état de santé ou leur situation exige des soins, des actes d'alimentation ou d'hygiène[561]**.** Une dérogation au Code du travail est faite en ce qui concerne la durée de travail d'un travailleur de nuit, en portant celle-ci à dix heures au lieu de huit. La contrepartie en est le repos compensateur pour la durée du dépassement de 5 % des heures travaillées dans la plage horaire de nuit. La plage du travail de nuit étant de neuf heures, tout dépassement est considéré comme travail de nuit et rémunéré comme tel. La durée hebdomadaire du travail de nuit est de quarante heures sur une période de douze semaines consécutives. Un salarié ne peut pas effectuer plus de cinq nuits consécutives sans repos hebdomadaire[562]. De plus, ce travail de nuit ne peut pas être assuré par des salariés de catégorie A[563], mais seulement par ceux de catégorie B[564] et C[565]**.**

C - La prise en compte de la formation des salariés

610. La formation des personnels est un aspect essentiel dans la gestion des ressources humaines et principalement dans les services d'aide à domicile. La convention prévoit l'adhésion des services relevant de la CCU à l'OPCA « Uniformation ». Le taux de contribution, quel que soit le nombre de

[561] Art. 28 du titre V

[562] Art.30-2 de la CCU

[563] Le salarié de catégorie A dans la convention, est dit « agent à domicile ». Il réalise et aide à l'accomplissement des activités domestiques et administratives simples, essentiellement auprès des personnes en capacité d'exercer un contrôle et un suivi de celles-ci. Ne possède pas de diplôme reconnu par la convention collective.

[564] Le salarié de catégorie B est dit « employé à domicile ». Il réalise et aide à l'accomplissement des activités domestiques et administratives ordinaires de la vie courante auprès de personnes ne pouvant plus les faire seules. Il possède un des dix diplômes reconnus par la convention (d'un des 10 diplômes listés par la convention :BEP carrière sanitaire et sociale, titre d'assistante de vie, titre d'employée familiale polyvalente, CAP petite enfance, CAP employé technique de collectivités…)

[565] Le salarié de catégorie C est « auxiliaire de vie sociale ». Il est généralement titulaire du DEAVS ou d'un titre équivalent comme le CAFAD. Il accompagne et aide les personnes dans les actes essentiels de la vie quotidienne, les activités ordinaires, activités de la vie sociale et relationnelle.

salariés, est de 2,07 % de la masse salariale brute pour la formation professionnelle[566].

611. La convention met aussi en avant le processus de professionnalisation des intervenants à domicile : « favoriser l'obtention de qualifications pour les catégories d'emplois non qualifiés, et notamment les emplois d'intervention, en particulier par le DEAVS, le DETISF, le DEAS, le DEAMP ; favoriser l'obtention de qualifications pour les salariés bénéficiant d'une expérience de plus de 10 ans n'ayant pas changé de catégorie[567] ».

D - Prise en compte de la déontologie

612. Les bases d'une déontologie des services d'aide à domicile sont posées dans cette convention collective. L'attention des intervenants est attirée sur quelques principes récapitulés dans le titre IV relatif aux relations individuelles de travail. En premier lieu ceux qui figurent dans :

- la loi n° 2002-02 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale
- la norme NF X50-056 services aux personnes à domicile
- le cahier des charges de l'agrément qualité

Ensuite, il y a un rappel de droits fondamentaux de la personne :

- « respect de la personne, de ses droits fondamentaux, de sa dignité, de son intégrité,
- respect de son choix de vie, de sa culture,
- respect de sa vie privée,
- respect de ses biens,
- respect de son espace de vie privée, de son intimité, de sa sécurité,

[566] Art.5 du titre VI de la CCU
[567] Art. 30 du titre VI : formation tout au long de la vie et politique de professionnalisation

- respect des choix éducatifs des parents et de l'intérêt de l'enfant en application des dispositions relatives à la protection de l'enfance[568]. »

613. Ces dispositions rappelées aux interventions à domicile sont certes bien utiles, mais les services d'aide à domicile doivent les reprendre dans leur règlement intérieur et les assortir de sanctions en cas de contravention pour ne pas rester à l'état d'énoncés de bonnes intentions[569] ».

§2 La convention collective unique des services à domicile à but lucratif[570].

614. Deux organisations patronales d'entreprises de services à la personne : la FEDESAP (Fédération française de services à la personne et de proximité) et la FESP (Fédération du service aux particuliers), ainsi que des syndicats de salariés : la CFE-CGC, la CFTC et la CFDT, ont conclu un accord le 23 janvier 2012 pour une convention collective unique. Mais l'opposition d'autres syndicats a amené la négociation d'une autre convention le 20 septembre 2012[571] avec, cette fois, la signature de la CFDT. Toutefois, pour être applicable par toutes les organisations de la branche à domicile, la convention doit être étendue.

615. La demande d'extension peut être faite par une organisation diligente à la direction générale du Ministère du travail, afin que la convention puisse être opposable aux organisations professionnelles qui n'ont pas été

[568] Art. 3 du Titre IV
[569] D'ailleurs, notons que si l'on suivait les préceptes d'Emmanuel Kant, on ne réserverait le terme de respect qu'aux êtres humains et non aux choses, comme les biens ou l'espace de vie privée. Peut-être alors redonnerait-on toute sa force à la valeur du respect : « le respect s'applique toujours aux personnes jamais aux choses. Les choses peuvent exciter en nous de l'inclination (*Neigung*) et, même l'amour, si ce sont des animaux (par exemple des chevaux, des chiens, etc.), ou aussi de la crainte, comme la mer, un volcan, une bête féroce, mais jamais du respect », KANT (E.), *Critique de la raison pratique* (1788), trad. L. Ferry et H. Wismann, Gallimard, « Folio », 1985.
[570] CCN Services à la personne (Entreprises) n° 3370 du 20 septembre 2012
[571] Téléchargeable sur http://www.fedesap.org/system/files/CCN%20Entreprises%20SAP%2020%2009%2012%20sign%C3%A9e.pdf

signataires, ou même non adhérentes à un syndicat employeur signataire. Possibilité est laissée aux parties non signataires, dès la parution au Journal officiel de la demande d'extension, de faire une opposition sous quinze jours. Une dernière instance de conciliation : la Commission Nationale de la Négociation Collective (CNNC), réunit les protagonistes employeurs et salariés après avoir visé l'avis de la direction générale du travail et les objections des syndicats. Le Ministre du travail, après avoir vérifié que les termes de la convention sont conformes à la loi, signe alors un arrêté d'extension. La convention prévoit qu'elle prendra effet le 1er jour du 7e mois suivant la parution au Journal officiel. Elle peut être dénoncée par une partie signataire dans le respect de prévenance de trois mois, par lettre recommandée avec accusé de réception. Mais pour autant, elle continuera à produire ses effets si la dénonciation n'émane que d'une organisation pour les contrats de travail en cours et les relations entre les parties restantes. Si la dénonciation émane de l'ensemble des organisations signataires, « la convention ou l'accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis, sauf clause prévoyant une durée déterminée supérieure[572] ».

A - Le système de prévoyance, les conditions de travail et l'expression des salariés.

616. Le constat est fait, dans la convention, de la grande proportion de salariés à temps partiel majoritairement féminine. Cette catégorie de salariés bénéficie d'une protection sociale moindre, puisque le niveau des prestations des divers risques comme l'incapacité, l'invalidité ou le décès sont proportionnelles aux montants des cotisations. Un régime de prévoyance, déjà en vigueur depuis la convention collective des entreprises de services à la

[572] Art. L 2261-10 du C. trav.

personne du 12 octobre 2007, étendu par l'arrêté du 24 janvier 2011[573], est mis en place dans la CCN pour notamment compenser la précarité des salariés à temps partiel. La gestion des risques en est confiée à l'IRCEM Prévoyance (Institution de retraite complémentaire des employés de particuliers) et OREPA Prévoyance[574]. Une commission paritaire doit réexaminer les modalités de gestion de la mutualisation au moins tous les cinq ans[575]. L'adhésion est obligatoire pour les entreprises, avec des dispositions particulières si elles étaient adhérentes auparavant à un autre organisme de prévoyance. Elles peuvent continuer à y adhérer si chaque risque est couvert plus avantageusement que dans le nouveau régime. Les nouveaux assureurs sont disposés à leur accorder des dispositions spécifiques différentielles pour leur permettre de rejoindre le régime mutualisé.

617. Après un rappel dans un préambule des principes de non-discrimination dans l'emploi, la CCN met en objectif de sécuriser les emplois par des contrats à durée indéterminée à temps plein, avec la réserve que « étant entendu cependant qu'il n'est pas toujours possible de garantir des emplois à temps plein dans tous les cas[576] ». Le contrat de travail doit mentionner de façon expresse que « l'employeur est l'entreprise de services à la personne et non le client bénéficiaire du service[577] ». Précision utile pour le salarié, à la condition de mentionner que, dans ce cas, l'entreprise agit en mode prestataire, car en mode mandataire, l'employeur est la personne client-bénéficiaire. Pour faire face à des situations particulières, la CCN prévoit deux dispositions spéciales : le « contrat de travail à durée indéterminée intermittent » et le recours au contrat de travail à durée déterminée « de mission ponctuelle ou occasionnelle ».

618. Le « contrat de travail à durée indéterminée intermittent » vise les postes permanents qui comportent des fluctuations de périodes travaillées

[573] Arr. du 24 janvier 2011 portant extension d'un accord national professionnel conclu dans le secteur des services à la personne, NOR: ETST1102116A
[574] Appartient au groupe paritaire à but non lucratif interprofessionnel D&O.
[575] Art. L 912-1 CSS
[576] CCN Partie II, Chap.1, section 1, contrat de travail, p.14
[577] CCN p.15

et non travaillées. Par accord entre les parties, la rémunération peut être fixe mensuellement ou variable selon l'activité, incluant la majoration de 10 % de congés payés. Les périodes de travail sont révisables annuellement.

619. Le contrat de travail à durée déterminée dit « de mission ponctuelle ou occasionnelle » vise exclusivement les activités de garde ou d'accompagnement des personnes fragiles et des enfants, pour lesquels les interventions sont limitées dans le temps et soumises aux aléas du donneur d'ordre. Cette disposition utilise la possibilité donnée par le Code du travail de recourir à un contrat à durée déterminée[578]. Pendant la période de travail, la durée hebdomadaire de travail peut être portée à quarante-deux heures par semaine, dans la limite de trois semaines, avec paiement des heures au-delà de la durée légale. De plus, sera versée une prime de mission de 10 % du montant brut de sa rémunération et la majoration de 10 % de congés payés.

620. La période d'essai est fixée à deux mois pour les employés, trois mois pour les agents de maitrise et de quatre mois pour les cadres, le renouvellement étant possible et porté à deux mois pour les trois catégories. Notons que la durée de la période d'essai est supérieure à celle prévue par la Convention collective unique des services à but non lucratif.

621. Le fractionnement de la journée de travail qui présente souvent une difficulté pour le salarié, trouve une réponse dans la convention. Celle-ci fixe un maximum de quatre interruptions dans la même journée ne dépassant pas deux heures chacune. Toute interruption inférieure à quinze minutes est considérée comme temps de travail et rémunérée. Il est convenu que lors d'une journée de travail comportant plus de trois interruptions, d'une durée supérieure à quinze minutes, une indemnisation forfaitaire est versée pour la quatrième ne pouvant pas être inférieure à 10% du salaire horaire. L'amplitude quotidienne de travail peut être portée à treize heures pour les publics fragiles pour une durée maximale de douze heures dans la limite de soixante-dix jours par an. Le fractionnement des congés peut se faire à l'initiative du salarié ou de

[578] Art. L1242-2 du C.trav .al.3

l'employeur lorsque les droits à congés payés excèdent douze jours ouvrables. Mais aucune compensation particulière n'est accordée si le fractionnement est à l'initiative de l'employeur.

622. L'expression collective du personnel est évidemment prévue conformément à la loi. Elle prend l'aspect de représentants du personnel : délégués du personnel, représentant au comité d'entreprise, au Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). Il y a la possibilité d'établir une délégation unique telle que le définit le Code du travail pour les services employant de cinquante à deux cents salariés[579], dont les attributions sont celles des délégués du personnel et du comité d'entreprise. Le nombre de représentants ayant cette délégation unique dépend du nombre de salariés. Pour l'exercice de leurs mandats, la convention renvoie à la loi pour la détermination du crédit d'heures.

623. Mais la convention est totalement muette sur la nécessité pour le personnel intervenant à domicile d'échanger sur leurs pratiques, et ne prévoit donc aucune disposition particulière. Il y aura là matière à négociations dans chaque entreprise lors des négociations collectives annuelles relatives à l'organisation du temps de travail par exemple.

624. La convention comporte des précisons relatives au temps partiel reprenant les dispositions du droit commun[580]. Ainsi, des limites sont-elles fixées dans le délai de prévenance pour des modifications dans l'horaire de travail[581] qui ne doit pas être inférieur à trois jours calendaires sauf exceptions précisées, et la possibilité pour l'employeur d'imposer des heures complémentaires dans la limite de 33% de la durée contractuelle. Elle ne précise pas par contre, que le salarié a le droit de refuser sans que cela constitue une faute ou un motif de licenciement[582]. Les salariés à temps partiel

[579] Art. L. 2326-1 C.trav.
[580] Art. L.3123-17 à L.3123-20 C.trav.
[581] CCN p.24
[582] Art. L.3123-20 C.trav.

bénéficient d'une priorité d'embauche à temps plein lorsqu'un poste devient vacant à qualification égale.

B- L'organisation de la continuité du service.

625. La continuité du service exige la nécessité du travail de nuit, c'est-à-dire de 22 h à 7 h. Les « travailleurs de nuit » bénéficient d'indemnisation et de compensation. Entrent dans cette catégorie ceux qui travaillent au moins trois heures par jour et deux jours dans la semaine, ainsi que ceux qui effectuent au moins trois cents heures dans l'année civile dans cette plage horaire. Chaque heure travaillée ouvre droit à un repos compensateur de 25% et éventuellement d'une indemnisation financière.

626. Une disposition particulière est prévue lorsque la présence permanente du salarié au domicile de la personne dépendante est nécessaire la nuit. Il faut toutefois mettre à la disposition du salarié une chambre ou un logement indépendant. Cette exigence exclut évidemment le recours à un tel service par des personnes aux revenus modestes ne bénéficiant pas de ces aménagements immobiliers. Le salarié est considéré comme pouvant se reposer et ses temps de présence nocturne sont donc des « temps d'inaction[583] » non rémunérés. Seuls les temps d'intervention sont considérés comme travail effectif et payés en conséquence. Toutefois, est attribuée une indemnité forfaitaire de dix euros augmentés de dix euros supplémentaires « s'il n'y a pas d'autre adulte responsable que lui au domicile de la personne aidée[584] ».

627. Concernant les périodes d'astreinte nécessaire à la continuité de la prise en charge, la convention en reprend la définition du Code du travail : « Une période d'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a

[583] CCN p.25
[584] CCN p.25

l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise[585] ». Le recours à l'astreinte est inscrit dans le contrat de travail. La contrepartie en est un repos compensateur de deux heures trente par période de vingt-quatre heures ou une indemnisation salariale. Pour assurer la continuité du service auprès du public fragile ou dépendant, il peut être dérogé au repos dominical dans la limite de deux dimanches par mois sauf accord du salarié. Une majoration de 10% du temps travaillé est accordée.

628. Le travail des jours fériés suit le régime légal à savoir que le 1er mai est férié, chômé et payé, le travail effectué ce jour-là ouvre droit à une indemnité égale au salaire perçu. Dans la convention, le 25 décembre suit le même sort. Pour les autres jours fériés, une majoration d'un minimum de 10% de la rémunération est accordée non cumulable avec celle accordée pour le travail le dimanche si le jour férié tombe un dimanche. Le salarié a la possibilité de refuser de travailler un jour férié deux fois au maximum dans l'année.

C - La politique de l'emploi et la prise en compte de la formation

629. La partie III de la convention relative à la politique de l'emploi et des carrières pose en préambule que l'essor du secteur est conditionné par la valorisation d'emplois durables et professionnalisés. La politique de l'emploi doit assurer une identité professionnelle. L'originalité est la recommandation faite aux entreprises de désigner un « correspondant égalité des chances » parmi les membres du comité d'entreprise ou ceux des délégués du personnel. Mission lui est confiée d'établir annuellement un bilan présentant « de manière synthétique : les modalités de recrutement dans l'entreprise, la répartition des nouvelles embauches avec des indications sur le sexe, l'âge et les cas de handicap éventuel[586] ».

[585] Art. L 3121-5 C.trav.
[586] CCN p.49

630. En matière de formation professionnelle continue, les parties signataires sont convaincues « que la formation est un investissement prioritaire, conditions du développement durable, de réponses adaptées aux besoins des usagers, et de l'employabilité, levier pour plus de temps complet […][587] ». Les objectifs qu'elles énoncent montrent la volonté de maitriser le développement des métiers de l'aide à domicile non seulement en valorisant à l'interne les compétences et les acquis et en les développant par la formation continue mais aussi « définir et mettre en place des formations qualifiantes pour les principaux emplois repères » et plus loin, « maîtriser le dispositif de formation par une présence active à l'intérieur des centres de formation et au travers du développement de l'accueil des stagiaires[588] ». Il semble clair que le dispositif de formation leur paraît actuellement insuffisant quant à la qualité ou à l'adéquation avec les besoins de l'entreprise. Cette volonté est réaffirmée plus loin[589] dans l'articulation entre formation initiale et formation continue : «les parties affirment leur volonté de construire et de mettre en œuvre des filières de qualification de la branche de manière cohérente entre les contrats de professionnalisation et les contrats d'apprentissage… ». Les modalités de formation par alternance et par apprentissage sont longuement développées montrant ainsi une nette préférence pour cette voie de professionnalisation[590]. Nous remarquons qu'il n'est fait, nulle part dans cette convention, référence aux diplômes existants dans ce secteur, dans les fiches de ce qui est appelé « emplois repères ». L'examen des « emplois repères » est intéressant en ce qu'ils montrent que certains métiers d'aide à domicile sont considérés par les signataires de cette convention comme ne nécessitant pas de formation préalable et sont donc accessibles sans certification. Il s'agit notamment de « l'emploi d'assistant de vie (1) ». La différence est ténue dans les tâches à effectuer entre celles de l'assistant de vie (1)[591] et celles de l'assistant de vie

[587] CCN p.51
[588] CCN p.51
[589] CCN p.66
[590] CCN p.58-62
[591] CCN p.92 « L'emploi d'assistant de vie (1) […] afin d'accompagner une personne dans la réalisation de tâches quotidiennes, liées à l'entretien des espaces de vie et à la réalisation de repas simples.

(2)[592], emploi accessible lui, avec une certification de niveau V. Il existe un troisième niveau d'assistant de vie (3) où il s'agit d'accompagner une personne dont l'autonomie est altérée. La différence est subtile entre « perte d'autonomie » et « autonomie altérée ». La différence entre ces emplois se traduit dans la rémunération établie selon une grille de salaire au 20 septembre 2012 allant de 9,40 euros pour l'assistant de vie (1) à 9,55 euros pour l'assistant de vie (3).

631. Les parties signataires confient la gestion du financement de la formation continue de leurs salariés à l'OPCA dénommée AGEFOS PME (financement conseil en formation professionnelle continue), confirmant l'accord du 18 décembre 2009 (étendu le 20 avril 2010). Cette dernière verse annuellement une contribution dont le montant est fixé par arrêté ministériel au Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels (FPSPP) créé par la loi du 24 novembre 2009[593].

632. Le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement veut améliorer la qualité du service rendu aux personnes âgées et personnes handicapées par une meilleure qualification des intervenants à domicile. Les avenants de la convention pour la branche de l'aide à domicile relatifs à la revalorisation des bas salaires et des indemnités kilométriques nécessiteront une dépense de l'Etat de 25,65 millions d'euros annuels. La loi votée en décembre 2015 confirme cette nécessité de formation pour une meilleure qualification des professionnels.

L'emploi concoure (sic !) à la préservation de l'autonomie de la personne par la réalisation d'activités sociales et occupationnelles. L'emploi consiste également à effectuer des courses pour le compte de la personne.

[592] CCN p.93 « L'emploi d'assistant de vie (2) […] afin d'accompagner une personne en perte d'autonomie […] l'aider et la stimuler dans la réalisation des actes quotidiens et maintenir son autonomie… […]. L'emploi consiste également à effectuer des courses pour le compte de la personne et préparer des préparations culinaires simples […].

[593] Art. 6332-18 et 6332-19 du C. trav. créés par L. n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, NOR: ECEX0908316L

D - La prise en compte de la déontologie

633. En guise de déontologie, la convention ne prévoit qu'une clause de confidentialité dans le contrat de travail. Celle-ci rappelle la nature de la relation particulière entre le client bénéficiaire et le salarié et le lieu d'exercice qu'est le domicile. Il lui est donc demandé « une discrétion la plus absolue sur l'ensemble des faits et informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de ses fonctions ou du fait, notamment de sa présence au domicile du bénéficiaire, vis-à-vis des tiers et des salariés de l'entreprise. Cette obligation de discrétion perdure après la fin de son contrat[594] ». La première partie de la clause, expose le contrevenant à d'éventuelles sanctions disciplinaires faisant partie de son contrat de travail, la seconde relative à la discrétion au-delà des liens contractuels, nous semble être une lettre morte puisqu'aucune sanction ne pourra être prise par l'entreprise.

Section 3 - les dispositifs de contrôle de la qualité

634. Des procédures de contrôle des établissements et services sont prévues par la loi. Elles diffèrent selon que l'on a à faire à un service autorisé ou à un service agréé. Des contrôles inopinés sont réalisés dans les services autorisés, principalement lorsque des dysfonctionnements importants et des actes de maltraitance sont signalés au président du Conseil départemental ou au directeur général de l'Agence régionale de santé (ARS). Ils ont pour principal objet de « […] d'apprécier l'état de santé, la sécurité, l'intégrité ou le bien-être physique ou moral des bénéficiaires accueillis[595]… ». Ils sont assurés par les agents de l'autorité ayant accordé l'autorisation habilités et assermentés qui peuvent dresser procès-verbal d'éventuelles infractions et les adresser au procureur de la République. Pour les services agréés, le président du Conseil

[594] CCN p.20
[595] Art. L.313-3 du CASF

départemental n'a pas d'action, laquelle semble être dévolue entièrement à l'Etat, ARS en matière de santé et de sécurité des personnes ou de la Direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes(DDGCCRF) en matière d'information et de sécurité de l'usager en sa qualité de consommateur.

635. Mais ces contrôles sont rares faute des moyens pour les assurer, aussi fallait-il instituer des procédures plus systématiques de contrôle de la qualité par le dispositif des évaluations internes et externes des services médicosociaux (I) ou des certifications dont ont recours surtout les services agréés (II).

I - Les évaluations internes et externes obligatoires

636. Le souci des pouvoirs publics est depuis quelques années d'améliorer la qualité de la prise en charge des personnes âgées et des personnes handicapées. Par la loi du 2 janvier 2002, la réglementation renforce les contrôles des établissements pour la prévention de la maltraitance. La création de l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et des services sociaux et médicosociaux (ANESMS), a permis notamment un recueil de préconisations pour la bientraitance. Ce n'est qu'en avril 2012 que des préconisations sont faites en direction des services intervenant à domicile, SSIAD, SAAD autorisé, SPASAD, SAVS, SAMSAH[596] **.**

637. Le processus d'évaluation est inscrit dans la loi 2002-2 pour tous les établissements et services sociaux et médico-sociaux autorisés, et transcrit dans le Code de l'action sociale et des familles[597]. Ainsi, la loi dispose que ces établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESMS) doivent procéder à une évaluation interne et externe de leurs activités et de leur qualité,

[596] ANESM « L'évaluation interne : repères pour les services à domicile au bénéfice des publics adultes » http://www.anesm.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Anesm_eval_interneSAD_web.pdf
[597] Art. L312-8 modifié par L. n° 2011-302 du 22 mars 2011 - art. 5

selon des recommandations de bonnes pratiques professionnelles élaborées ou validées par le Conseil national de l'évaluation sociale et médico-sociale (CNESMS). Cette instance n'a produit qu'une étude en février 2006 avant d'être transformée en Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et des services sociaux et médico-sociaux (ANESM) [598] sous la forme juridique d'un groupement d'intérêt public (GIP). Le groupement comprend des représentants de l'Etat, la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie, des personnes morales représentant, au niveau national, les organismes gérant des établissements sociaux et médico-sociaux. Son objet est celui qui était dévolu au CNESMS, à savoir la validation ou l'élaboration des procédures, des références et des recommandations de bonnes pratiques professionnelles. Notons que ce groupement comprend des organismes gérant des services à domicile, publics ou privés à but non lucratif.

638. L'évaluation interne doit être effectuée tous les cinq ans et les résultats communiqués à l'autorité ayant donné l'autorisation. L'évaluation externe, quant à elle, doit être réalisée tous les sept ans par un organisme accrédité par l'ANESM. Un cahier des charges[599] en fixe les modalités. Cette évaluation externe est nécessaire au renouvellement de l'autorisation de l'ESMS qui était accordée pour quinze ans[600]. Dans les quinze ans de l'autorisation, l'ESMS doit donc avoir fourni trois évaluations internes. L'organisme dûment accrédité, qui assure l'évaluation, doit vérifier l'effectivité des droits des usagers, notamment la participation et l'implication des personnes bénéficiaires des prises en charge ou accompagnements, les mesures nécessaires au respect du choix de vie, des relations affectives, de l'intimité, de la confidentialité et, s'il y a lieu, les dispositions prévues pour assurer la sécurité des personnes. Les critères d'évaluation des actions centrées sur l'usager sont les quatre axes suivants :

- garantir les droits et la participation des usagers

[598] Arr. du 13 avril 2007 portant approbation de la convention constitutive du groupement d'intérêt public dénommé « Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et des services sociaux et médico-sociaux » NOR : SANA0721545A

[599] D. n° 2007-975 du 15 mai 2007 fixant le contenu du cahier des charges pour l'évaluation des activités et de la qualité des prestations des établissements et services sociaux et médico-sociaux NOR : SANA0721681D

[600] Art.312-8 CASF

- protéger, prévenir les risques
- personnaliser l'accompagnement
- promouvoir l'autonomie et la qualité de vie des usagers

639. Le cahier des charges de l'évaluation externe précise les deux volets complémentaires que doit comporter celle-ci, relatifs aux usagers. Le premier détaille les conditions d'effectivité des droits des usagers en matière de participation, d'implication aux mesures prises, pour le respect de l'intimité, de la confidentialité, du choix de vie des personnes et éventuellement celles concernant leur sécurité. Le second concerne les logiques et les axes de travail de l'établissement pour promouvoir le développement personnel, l'autonomie de la personne en fonction de sa personnalité et prévenir les risques d'isolement en repérant son environnement familial et social. L'accent est donc bien mis sur le respect de l'usager.

640. Les résultats de l'évaluation externe conditionnent le renouvellement de l'autorisation. Celle-ci est réputée acquise automatiquement si l'autorité compétente n'a pas enjoint à l'établissement de fournir dans les six mois une demande de renouvellement au vu de l'évaluation interne, en application de l'article L.313-5 du CASF. Bien entendu, le renouvellement porte sur l'évaluation de la qualité et ne peut en « aucun cas être un instrument de planification de l'offre[601] ». Une absence de réponse de l'autorité à la demande de renouvellement dans les six mois vaut accord[602]. Le refus de renouvellement devra se faire dans les formes prévues par la loi[603], notamment en précisant les voies de recours.

641. Les services agréés qualité ont aussi l'obligation de l'évaluation. Les exigences de qualité sont les mêmes, pour les organismes autorisés ou agréés, posées d'une part par l'article L7232-5 du Code du travail qui exige un

[601] Circ. n° DGCS/SD5C/2011/398 du 21 octobre 2011 relative à l'évaluation des activités et de la qualité des prestations délivrées dans les établissements et services sociaux et médicosociaux, p11
[602] L.313-5 du CASF, 2ème al.
[603] Art. 24 de la loi n° 2 000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

agrément qualité pour les services à domicile pour personnes âgées et personnes handicapées. Ils peuvent choisir la voie de la certification qui les dispense alors de l'évaluation externe, à la condition d'être réalisée tous les cinq ans. Cette certification dispense aussi de l'évaluation interne à laquelle sont soumis les services autorisés.

642. Les organismes assurant l'évaluation externe doivent être accrédités par l'ANESM[604] pour une durée indéterminée et pour tout le territoire français. La suspension - ou le retrait de l'habilitation - est prononcée par le directeur de l'ANESM pour manquement aux obligations pour une durée de cinq années au terme desquelles l'organisme pourra de nouveau solliciter l'agrément[605]. Le problème de conflit d'intérêts est prévu dans ce même article puisque l'organisme ou un des professionnels ne doit « au moment de l'évaluation, pas avoir eu, au cours de l'année précédente, d'intérêt financier direct ou indirect dans l'organisme gestionnaire de l'établissement ou du service concerné ». Cette précaution est-elle suffisante ? Ne peut-on pas craindre un manque d'objectivité de la part de l'organisme évaluateur vis-à-vis de son client, dans la mesure où ses prestations seront rémunérées par celui-ci ? La mise en concurrence entre les prestataires (l'ANESM recommande d'en mettre trois) tiendra compte, certes de l'appréciation de la qualité de l'organisme, mais, n'en doutons pas, aussi du prix proposé. Il faudra alors à l'organisme retenu, une éthique professionnelle bien établie pour résister à d'éventuelles pressions.

643. Le contrôle des activités des organismes se fait par l'envoi du rapport d'activités annuel aux autorités de contrôle. Mais permet-il de vérifier, tel que prévu, des conditions de réalisation d'une mission d'évaluation externe, et de s'assurer que l'organisme habilité respecte ses engagements pris lors de l'habilitation, le cahier des charges et les dispositions du CASF, vu le nombre d'organismes à contrôler[606] ? Certes, l'ANESM pourra être alerté par des signalements, soit de l'ESMS, soit de l'autorité destinataire du rapport, et

[605] Art. 312-199 du CASF
[606] Au 15 octobre 2012, 1050 organismes sont habilités, source ANESM

l'organisme évaluateur sera mis en demeure par le directeur de l'ANESM d'y apporter des explications sous peine de suspension, puis de radiation.

II - La certification facultative

644. La certification a fait son entrée dans le domaine sanitaire par l'ordonnance du 24 avril 1996[607]. C'est une procédure obligatoire d'évaluation réalisée par la Haute autorité de santé, organe indépendant créé par le décret n° 2004-1139 du 26 octobre 2004. La certification des ESMS est, quant à elle, réalisée par des organismes privés accrédités par la Commission nationale de la certification nationale. C'est une procédure par laquelle un établissement fait vérifier par un tiers que son service est conforme à une norme spécifiée dans un référentiel. La démarche de certification est un acte volontaire des services pour que leur soit reconnue la qualité de leurs prestations et ainsi valoriser leur image auprès d'éventuels utilisateurs. Mais quels sont les organismes habilités à délivrer cette certification ? La certification, encadrée par le Code de la consommation par ses articles L.115-27 à L.115-3, est l'acte par lequel un organisme qui bénéficie d'une accréditation de l'instance nationale d'accréditation atteste qu'un service est « conforme à des caractéristiques décrites dans un référentiel de certification ».

645. Les ESMS peuvent aussi, de façon volontaire, faire procéder à la certification de tout ou partie de leurs activités. Dans ce cas, cette certification est prise en compte dans l'évaluation externe obligatoire[608], à la condition qu'elle ait été réalisée par un organisme accrédité par l'instance nationale d'accréditation ou une autre instance nationale d'un Etat membre de l'Union européenne[609]. Le décret prévient les conflits d'intérêts éventuels, en excluant de la possibilité de certification d'un établissement, l'organisme ou un de ses

[607] Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, NOR: TASX9600043R
[608] D. n° 2012-147 du 30 janvier 2012 relatif aux conditions de prise en compte de la certification dans le cadre de l'évaluation externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux, NOR: SCSA1134578D
[609] Article L115-28 du C Cons.

personnels ayant détenu des intérêts financiers dans l'organisme gestionnaire de l'établissement au cours de l'année précédente de façon directe ou indirecte. Ne peut pas procéder non plus à la certification l'organisme qui a conseillé ou assisté l'établissement pour l'évaluation interne au cours des trois dernières années.

646. La certification accorde aux organismes agréés qualité, le renouvellement tacite de leur agrément. Trois organismes certificateurs, qui ont développé des référentiels propres à ce secteur, sont reconnus par l'Agence nationale des services à la personne[610]. Dans le référentiel de certification de services à la personne, agrément simple, agrément qualité, dénommé QUALISAP et édité par la fédération nationale FEDESAP, on trouve cette introduction : *«* Les métiers de service à la personne exigent *un supplément d'âme* qui place l'humain au centre des préoccupations. L'intervenant œuvre à domicile en proximité directe avec la personne et prodigue le savoir-faire et le savoir-être inhérents à ces métiers[611]». Cette coloration philosophique quelque peu lyrique dénote le souci d'éthique. Malheureusement, le « supplément d'âme » s'apprécie dans le cadre de la certification à travers des documents de procédures, mais non *in concreto* par une interview de l'usager. Les axes principaux du référentiel de certification visent en effet à repérer les relations avec le client, respectant des règles déontologiques du secteur, depuis l'accueil (téléphonique ou physique) en passant par une évaluation des besoins, enfin l'établissement d'un devis détaillé et éventuellement la conclusion d'un contrat négocié. Au cours de la relation entre le client et le service, l'assurance doit être donnée d'une réponse rapide n'excédant pas quinze jours, à partir du jour de la réclamation. Une évaluation au moyen d'enquêtes de satisfaction doit être réalisée. Mais l'assurance de la qualité passe aussi par les procédures de recrutement, l'évaluation périodique non seulement des intervenants à domicile, mais aussi de l'encadrement.

---

[610] Il s'agit de « NF services aux personnes » développé par AFNOR depuis la loi Borloo, « Qualicert » de la marque SGS IGS qui a développé depuis 1999 un référentiel « Prestations à la personne », et « Qualisap » du bureau Veritas avec pour référentiel « Qualité de services des organismes exerçant des activités de services à la personne ».

[611] Visible sur http://www.servicesalapersonne.gouv.fr/Public/P/ANSP/pdf_referentiel/Referentiel.pdf

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER.

647. La qualité d'un service est d'évidence assurée lorsqu'il est professionnalisé. La professionnalisation passe par la reconnaissance d'un statut lié à une profession dont les fondements ont été acquis par une formation sanctionnée par un diplôme. A ce caractère indispensable doit s'ajouter celui d'une organisation de la profession cohérente et attractive.

648. Les professionnels diplômés intervenant dans l'aide à domicile pour les personnes âgées et les personnes handicapées sont divers. Certains proviennent du secteur sanitaire comme l'infirmière ou du secteur social comme l'assistant(e) de service social, bien identifiés dans leur technicité. Il y aurait cependant lieu de rapprocher l'assistant de service social et l'éducateur spécialisé dans le « métier » de l'accompagnement à domicile de personnes adultes âgées ou handicapées. La réalité de la pratique montre que ces deux professionnels partagent le même champ d'intervention sans spécificité remarquable. On peut remarquer toutefois que les services à la personne emploie de nombreux salariés non formés ou possédant un faible niveau de qualification. Les propos du gouvernement en septembre 2014[612] semblent conforter l'idée qu'il n'est pas essentiel que ce secteur d'activités se professionnalise par des diplômes.

649. De même, dès lors qu'il s'agit d'aide et de soins domestiques, le partage des tâches entre l'aide-soignant, le technicien en intervention sociale et

[612] « Il ne faut pas confondre professionnalisation et accès à un diplôme. Continuer à tenir des discours en faveur d'un taux d'intervenants diplômés très important n'est pas raisonnable ni même souhaitable. D'une part, les budgets de la partie aide à domicile même en configuration SPASAD ne pourront pas, à court comme à moyen terme, financer ces diplômes d'auxiliaire de vie sociale trop nombreux. D'autre part, je fais partie de ceux qui pensent que le marché du travail en France doit garder des emplois non diplômés. Il y a beaucoup d'autres actions de valorisation des métiers et de formation continue sur les thématiques de prévention, de nutrition, d'accompagnement des personnes Alzheimer que le passage obligé vers le DEAVS qui restera inaccessible ou non souhaité par de nombreux salariés. Mon discours en faveur d'une maitrise des intervenants diplômés en SAAD ne constitue pas un frein à la professionnalisation », Mme la Secrétaire d'Etat à la famille, aux personnes âgées et à l'autonomie, sur le plan d'action des aides à domicile vers les personnes âgées dépendantes, Paris le 25 septembre 2014.

familiale, l'auxiliaire à la vie sociale et l'AMP, n'est pas significatif. Aussi pourrait-on les regrouper en une seule catégorie : intervenant de l'aide et de l'accompagnement à domicile pour personnes âgées et personnes handicapées. Ce nouveau métier, à la confluence de plusieurs professions[613], mériterait une formation et une qualification spécifiques à l'instar de ce qui existe pour les mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

650. La qualité, disions-nous, passe par l'organisation du secteur, non seulement pour une meilleure visibilité et de gouvernance mais aussi pour une plus grande attractivité. La démarche d'unification des conventions collectives est inachevée puisqu'on y retrouve encore juxtaposées, les conventions « corporatistes » telles celle de la Croix-Rouge ou celle du secteur de l'enfance inadaptée de1951 ou 1966, la convention unique des services à but lucratif et la convention unique des services à but non lucratif. Les conditions de travail dans ces nouvelles conventions semblent être améliorées notamment en ce qui concerne le fractionnement de la journée de travail, la mise en place d'un système de prévoyance. Des marges de négociations existent encore dans la prise en compte des délais de trajet entre deux interventions comme temps de travail.

651. L'évaluation maintenant encadrée par la loi de 2002-2, en ce qui concerne les services autorisés pose une question qui dépasse certes le cadre des services à domicile. C'est celle d'être évalué par celui que l'on choisit et que l'on rémunère. L'impartialité de l'évaluateur est-elle garantie ? Cela nécessite de la part de l'évaluateur une déontologie bien établie que la procédure d'agrément par l'ANESM ne mesure pas.

[613] Nous distinguons le *métier* en ce qu'il est un savoir intégré, produit par la transmission de l'expérience et spécialisé et la *profession* en ce qu'elle est un savoir plus général et plus abstrait qui fait l'objet d'une reconnaissance sociale.

CHAPITRE 2 : LE RENFORCEMENT NECESSAIRE DE LA LEGISLATION POUR UNE MEILLEURE PROTECTION DES UTILISATEURS

652. La personne âgée et la personne handicapée sont-elles vulnérables ? Le sens commun accole volontiers le terme vulnérabilité aux personnes âgées et aux personnes handicapées. Le recours à l'étymologie nous montre déjà que la vulnérabilité vient du latin *vulnus, vulneris* et qu'il signifie « blessure, plaie, mal ». Etre vulnérable, c'est présenter une atteinte à l'intégrité corporelle ou psychique. De plus, le suffixe *abilem* évoque la probabilité, la potentialité ; dès lors, une personne vulnérable est une personne susceptible d'être blessée, d'être meurtrie. Certes, la condition humaine est intrinsèquement vulnérable du fait même de sa finitude. Cette fragilité est en quelque sorte le défaut de la cuirasse de notre existence, plus ou moins béant selon l'âge ou les capacités physiques et/ou intellectuelles. Mais certaines personnes sont plus vulnérables que d'autres. Au sentiment de vulnérabilité que chacun de nous peut ressentir devant des spectacles du déchaînement de la nature ou le caractère grandiose de certains paysages, passager et vite surmonté, le syndrome de vulnérabilité saisit la personne vieillissante quand elle prend conscience de sa finitude[614] : « Objet impuissant "d'un travail abominable", il ne peut plus que constater dans le miroir la lente dégradation de ses images les plus aimables, la lente progression "d'un mal dévorant » qui

[614] BOUISSON (J.), *Le syndrome de vulnérabilité,* Ed. TEC&DOC, coll. sciences du risque et du danger, Paris : 2008

l'entraîne vers une fin irrémédiable[615] ». Dès lors, cette vulnérabilité fait d'elle une victime potentielle, comme la personne handicapée (section1) pour laquelle un dispositif juridique de protection et de répression existe déjà, mais qu'il y a lieu de renforcer, notamment en regard de la délicate question du secret professionnel dont les professionnels des services à domicile semblent être exemptés (section2).

Section 1 - La personne âgée et la personne handicapée : vulnérables et victimes potentielles

653. Le syndrome de la vulnérabilité comporte trois étapes : le sentiment de vulnérabilité proprement dit, auquel s'ajoute avec le temps l'état anxieux. L'individu développe alors des stratégies défensives telles que la « régression, la polarisation de la pensée sur un petit nombre de contenus ou d'activités », « des routines fixes dans un environnement ordonné », enfin « la défense d'un "territoire intime "[616] ».

654. Il est une vulnérabilité objective quand, à la fragilité psychologique ou physique, s'ajoute l'état de dépendance pour les actes essentiels vitaux de la vie quotidienne, car il dépend d'un autre l'équilibre fragile construit, que tout évènement ou individu peut remettre en cause. La personne âgée comme la personne handicapée est vulnérable, et sa fragilité la place alors comme une victime potentielle : « la victime potentielle est celle qui n'a pas encore subi de dommage mais qui, à raison de son état, de sa faiblesse ou d'une situation particulière risque de se trouver particulièrement exposée[617] ».

655. Dans cette description, on perçoit toute l'importance pour les intervenants à domicile de pénétrer précautionneusement dans l'intimité de la personne âgée, où « l'espace immédiat autour de soi, celui du territoire intime,

[615] BOUISSON (J.) op. cit. p 21
[616] BOUISSON (J.) op. cit. p 19-27
[617] ALT –MAES, (F.), *Le concept de victime en droit civil et en droit pénal*, RSC 1994, p 35.

ne souffre plus le moindre désordre, et le Moi ne semble plus pouvoir exister et se maintenir qu'à l'intérieur de cette gangue rigide[618] ».

656. La prise en considération de la vulnérabilité de certaines personnes par le droit se trouve dans le droit civil par la loi de la protection des majeurs [619]« pour toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté »[620]. Ce principe de nécessité a été réaffirmé dans la loi précitée, pour différencier la protection juridique de l'accompagnement social de publics fragiles économiquement. Ainsi, pour ces dernières sont prévues des mesures d'accompagnement social personnalisé et des mesures d'accompagnement judiciaire, dont l'objectif est la restauration de l'autonomie de gestion des ressources par des actes éducatifs appropriés[621].

657. La protection juridique est donc limitée aux personnes dont l'état physique ou mental nécessite l'assistance ou la représentation d'un tiers dans l'accomplissement des actes civils. La nouveauté de la nouvelle loi, par rapport à la précédente, est que la protection ne porte pas seulement sur les intérêts patrimoniaux mais aussi sur la personne du majeur elle-même.

658. Mais la vulnérabilité n'implique pas *de facto* la mise sous protection juridique de la personne. « Le fait pour un vieillard d'être une proie facile pour des gens peu scrupuleux et d'être soumis aux influences contradictoires de l'entourage, alors même que son grand âge est de nature à altérer ses facultés de résistance aux pressions, n'est pas un motif de placement sous protection[622] ».

---

[618] BOUISSON (J.), op. cit. p 48

[619] L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 réformant la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 relative au droit des incapables majeurs.

[620] Art. 405 C. civ.

[621] Art L.271-1 à L.271-8 CASF.

[622] LACOUR (C.) *Vieillesse et vulnérabilité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. du Centre Pierre Kayser, 2007, p 35

659. Pour autant, la vulnérabilité des personnes âgées et des personnes handicapées nécessite-t-elle une protection particulière ? La difficulté se trouve dans l'équilibre de la législation, au risque d'être « «perçue comme paternaliste, stigmatisante et comme perpétuant le stéréotype des personnes handicapées comme étant par essence incompétentes, refusant le droit naturel à s'exposer à des risques légitimes[623]».

660. La protection des personnes vulnérables est déjà assurée par un arsenal juridique civil et pénal, qui reconnaît la vulnérabilité des victimes en aggravant les sanctions. Ainsi, le Code pénal de 1994[624]**,** renversant d'ailleurs les priorités de répression de celui de 1810, a mis en avant les atteintes à la personne plutôt que celles à la sûreté de l'Etat ou aux biens. Monsieur Robert Badinter soulignait, s'agissant des atteintes aux mineurs ou aux personnes vulnérables : « [les atteintes…] sont particulièrement graves voire odieuses quand elles visent des mineurs et surtout des enfants âgés de moins de quinze ans ou des personnes particulièrement vulnérables[625] ». Il ne s'agit donc pas tant de créer de nouvelles catégories d'infractions que de veiller à l'application de celles existantes.

661. Le fait de profiter de la faiblesse due à l'âge ou au handicap d'une personne pour obtenir des avantages est un risque dont une société soucieuse de protéger les plus faibles, doit s'inquiéter. Les libéralités qui peuvent être consenties par les usagers, pour récompenser les employés des services d'aide à domicile, doivent être encadrées pour prévenir toute spoliation.

662. Il est à craindre que la concurrence due au développement des services à la personne n'amène une intensification de procédés publicitaires préjudiciables à des personnes rendues vulnérables. Le droit de la consommation en la matière a-t-il besoin d'être renforcé ?

---

623 Forum européen des personnes handicapées (FEPH), 1999a:17-18, in *Rapport du Conseil de l'Europe* « Protection des adultes et des enfants handicapés contre les abus », mars 2003.
624 Entré en vigueur le 1er mars 1994, a été publié par quatre lois du 22 juillet 1992.
625 BADINTER(R.), *Projet du nouveau Code pénal, Présentation*, Dalloz, 1988, p.39

663. Le développement des nouvelles technologies, permettant d'assurer à distance la sécurité de personnes âgées ou handicapées, pose le problème de la limite de la surveillance de la vie privée même consentie par la personne.

664. Si la bientraitance est une notion en développement dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux, elle relève de l'éthique professionnelle mais non du droit. Même si des agences comme l'ANESMS font des préconisations de bonnes pratiques, aucune d'elles n'a force d'obligation donc créatrice de droit. Peut-être pourrait-on s'en prévaloir dans une responsabilité civile contractuelle, dès lors que les parties contractantes, usager et service, les ont expressément formalisées dans un document individuel de prise en charge ou dans un contrat. Par contre, les actes de maltraitance relèvent du droit. Nous envisagerons la responsabilité pénale et civile du salarié, qui peut engager la responsabilité civile son employeur. Parmi toutes les infractions touchant aux biens, les plus fréquentes relatives aux personnes âgées ou aux personnes handicapées sont celles qui visent à la spoliation (I). Plus graves à notre sens sont les atteintes à la personne que constituent les actes de maltraitance (II), sujet de préoccupation européenne.

I - La prévention de la spoliation

§1 - L'abus de confiance

665. « L'abus de confiance est le fait pour une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés, à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375.000 euros d'amende[626] ». La peine est aggravée si l'infraction est commise : « au préjudice d'une personne dont la particulière

[626] Art. 314-1 C.pén.

vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique, ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur[627] ».

666. Des affaires ont connu cette infraction, commise en l'espèce par une personne employée comme auxiliaire de vie et dame de compagnie d'une femme de 83 ans, disposant d'un mandat de gestion tacite des intérêts de la mandante. Elle avait détourné des fonds appartenant à sa mandante, notamment en s'octroyant des sommes sans rapport avec la rémunération de son travail, en dépouillant sa victime de la totalité de ses économies : « elle a démontré sa rapacité ou, à tout le moins, son incapacité dans son rôle de gestionnaire[628] ». En outre, elle s'est fait instituer légataire universelle par acte authentique. Les termes employés par la Cour d'appel tels que « rapacité », « spoliation avérée » sont durs, mais la Cour relève qu'elle avait abusé de l'état mental de la victime, profité de « la sympathie née et développée grâce à sa présence quotidienne à ses côtés et aux soins qu'elle lui prodiguait ». Peine de dix-huit mois pour abus de confiance, avec sursis, cinq ans d'interdiction d'exercice de toute activité auprès des personnes âgées confirmée par la Cour de cassation[629].

§2 - L'abus de faiblesse

667. Madame le Professeur Fortis rappelle que la notion d'abus n'est pas inconnue du droit privé et que « la période contemporaine semble d'ailleurs favorable à des définitions de l'abus envisagé dans la relation auteur-victime[630] ». Ainsi, connaît-on la répression des clauses abusives dans les contrats et celle des pratiques anticoncurrentielles prévues par l'ordonnance du 1er décembre 1986. La notion de dépendance du point de vue du droit est par

[627] Art.314-2 al.4 C.pén.
[628] Art.314-2 al.4 C.pén.
[628] CA Aix-en-Provence, 5e chambre, 9 novembre 2010, Dalloz juris.
[629] Cass. crim.11 janvier 2012, n° 10-88.662
[630] FORTIS (E.), « La lutte contre l'abus de dépendance des personnes âgées » *RDSS* 1992, p.481

contre plus floue, aussi trouve-t-on rarement ce terme. Le droit préfère la notion de vulnérabilité, qu'elle ne précise d'ailleurs pas, sinon en la juxtaposant dans les incriminations à la cause, qu'elle soit l'âge, le handicap ou l'état de grossesse de la victime.

668. La vulnérabilité due à l'âge a fait l'objet d'une attention particulière du législateur puisqu'il traite différemment les victimes d'accidents de la circulation selon qu'elles soient âgées de moins de 16 ans ou plus de 75 ans[631]. Dans ces cas, la vulnérabilité est présumée, mais elle est un élément de fait soumis à la libre appréciation du juge pénal[632]. La Cour d'appel de Versailles[633] notait que le prévenu, en l'espèce un conseiller financier d'une banque, avait abusé de l'état de détresse psychologique et de la solitude d'une personne âgée pour être bénéficiaire d'une donation de 500.000 francs (en 1999) ; cette importante somme « suffit à établir la gravité du préjudice matériel et moral causé à la victime. Le dossier montre, en outre, que le prévenu a exercé des « pressions affectives » pour également faire de lui le légataire universel d'un patrimoine estimé à un million de francs. On voit dans ce cas d'espèce que le délit d'abus de faiblesse a été invoqué pour faire échec à une tentative de captation d'héritage.

669. La jurisprudence relate de nombreuses décisions de juridictions relatives à l'abus de faiblesse commis sur des personnes âgées en établissement. Ainsi, trouve-t-on une directrice de maison de retraite condamnée par le tribunal de Pau en 2000, pour avoir soutiré une somme de 125.000 F à une pensionnaire atteinte de la maladie d'Alzheimer, et fait croire à une autre que les sommes qu'elle lui remettait volontairement étaient destinées à servir ses intérêts[634].

---

[631] Art. 3, al. 2 L. 5 juill. 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation

[632] Cass. crim., 20 mai 1969 : Bull. crim. 1969, n° 177.

[633] CA Versailles, 9 mars 2005, n° 03/01363 : Juris-Data n° 2005-272775

[634] ALFANFERY (E.), « Infractions pénales commises par la directrice d'une maison de retraite gérée par une association » in *RDSS 2001* p.815

670. La dépendance relationnelle répond au « besoin fondamental d'être en relation, d'être aimé et d'aimer » de tout être humain[635]. Cela est vrai pour des personnes âgées que l'isolement prive de relation, mais aussi de nombreux adultes déficients intellectuels que la misère relationnelle amène parfois à se placer sous la coupe d'abuseurs. La jurisprudence pénale est peu fournie sur les situations d'abus de faiblesse par des professionnels des services à domicile[636], du fait même de l'absence de plaintes des victimes souvent consentantes. Mais il arrive que des affaires surgissent, souvent à l'initiative de membres de la famille qui se sentent lésées, ou d'administrateurs provisoires. Ainsi la Cour d'Appel de Versailles[637] a rendu un arrêt confirmant la condamnation d'une auxiliaire de vie qui, en l'espèce, a fait souscrire en sa faveur une police d'assurance-vie par une personne âgée de 90 ans. Une autre, auxiliaire de vie d'une association, condamnée pour avoir falsifié des chèques au détriment d'une personne âgée vulnérable, puis licenciée par son employeur[638].

671. Les auxiliaires de vie employé(e)s par des organismes jouissent du contrôle de ceux-ci, mais la tentation est grande pour ceux et celles qui sont employés en mode de gré à gré. Des manœuvres sont déployées pour, dans un premier temps, s'attirer la confiance de la personne âgée ou handicapée, puis la soustraire de ses relations sociales et familiales, pour enfin mettre la main sur le patrimoine jusqu'à la déposséder totalement de ses biens. En l'espèce, une auxiliaire de vie a été condamnée pour abus de faiblesse sur une personne âgée vulnérable en « utilisant à son profit les revenus de Mme C., outre le salaire perçu en qualité d'auxiliaire de vie, en faisant des dépenses dispendieuses jusqu'à épuiser toutes les ressources de Mme C., le dernier acte (donation) ayant laissé Mme C. sans aucune ressource[639] ». Une peine complémentaire s'ajoute à l'emprisonnement, avec l'interdiction d'exercer les droits civils, civiques ou de famille pendant une durée de 5 ans.

---

[635] DARRIEUX (P.), HAZIF (C.), PRADERE (C.), THOMAS (P.), « Dépendance affective de la personne âgée et abus de faiblesse », *Gaz. Pal*.1996.2, p.805

[636] VERON (M.) note sous Crim., 29 novembre 2000, Dr. pénal 2001, comm.n° 70

[637] CA Versailles, 9 mars 2005, 9e chambre, n° 0400214, AJ Famille 2005 p.236,

[638] CA Pau , mars 2009, n° 08/00776

[639] T.corr. Bayonne, 13 novembre 2007 ; C.A. Pau , ch. corr. , 12 novembre 2009 n° 08/00120, Dalloz jurisprudence

672. L'abus de faiblesse, depuis la loi du 12 juin 2001 sur la prévention et la répression des mouvements sectaires, est réprimé par l'article 223-15-2 du Code pénal : « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375.000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique, ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ». Auparavant, la victime devait être « contrainte » alors qu'il suffit à présent qu'elle soit conduite à commettre ou à omettre un acte qui lui est gravement préjudiciable. On le voit, le législateur a élargi davantage le champ d'application de l'incrimination. C'est assurément un vice du consentement qui n'est ni une escroquerie constituée par un dol, ni l'extorsion où il peut y avoir la violence.

673. Il est à noter que le législateur a placé l'infraction de l'abus de faiblesse, non dans les atteintes aux biens mais dans celles aux personnes, car il s'agit là d'une atteinte à la liberté du consentement et donc contribue à la protection de la personne. Toutefois, la mention d'acte ou abstention « gravement préjudiciables » laisse au juge la marge d'appréciation de ce qui relève d'un abus de faiblesse et de ce qui serait « petite volerie » en connaissance de l'environnement de la personne et de son état patrimonial.

674. L'état de faiblesse, et donc par suite l'abus de cet état, doit être formellement établi et ne se présume pas, même à la lumière d'un état pathologique lié à l'âge. Un arrêt de la Cour de cassation[640] , confortant la Cour d'appel pour débouter la partie civile de ses prétentions, relève certes que la vieille dame de 90 ans souffrait d'une « psychose délirante à thème persécutif » mais qu'en psychiatrie cette affection est définie comme « le développement insidieux d'un système délirant durable, inébranlable alors que sont conservés

[640] Cass. Crim., 25 décembre 2008, n° 08-80.819 , Dalloz jurisprudence

la clarté et l'ordre dans la pensée, la volonté et l'activité » lui laissant la faculté de gérer ses biens et prendre toutes décisions relatives à son patrimoine.

675. Il n'est pas suffisant non plus d'établir que la personne soit placée sous sauvegarde de justice pour présumer d'un trouble mental permettant d'invalider un testament que la dame de 95 ans a rédigé au profit de son aide-ménagère ; des témoins rapportent avoir constaté qu'« elle avait gardé une excellente mémoire, aimait discuter avec tous, avait l'esprit vif, engageait facilement la conversation, et raisonnait parfaitement »[641]. Ces témoignages sont corroborés par le notaire et les témoins de la rédaction de l'acte authentique qui ont constaté que cette personne « leur était apparue comme parfaitement saine d'esprit et manifestant clairement et précisément sa volonté ». Il est donc admis que la personne ait pu faire de son aide-ménagère son héritière aux dépens de ses parents éloignés, sans qu'il y ait eu un abus de faiblesse.

676. Une mesure de sauvegarde de justice est insuffisante pour prétendre entacher de nullité un testament du majeur protégé. La mesure de curatelle, fut-elle renforcée, qui nécessite l'assistance du mandataire judiciaire, ne semble pas non plus priver la personne protégée de sa capacité à tester. Les juges de fond ne sont pas liés à l'existence d'une mesure de protection pour juger souverainement l'insanité d'esprit d'une personne. C'est ce qu'affirme la Cour d'appel de Rennes en déboutant les appelants[642]**.**

677. Il ne paraît pas non plus que des certificats médicaux attestant l'affaiblissement des facultés mentales de la personne soient probants pour en déduire avec certitude une insanité d'esprit, et donc que les bénéficiaires de la testatrice aient abusé de son état de faiblesse en imposant leur volonté[643].

678. Mais, lorsque l'établissement du testament est, d'une part antérieur au jugement d'ouverture d'une mesure de tutelle, et d'autre part

[641] CA Dijon . Civ.,19 février 2009, n° 07/01760, Dalloz juris
[642] CA Rennes, 6 novembre 2007, n° 05/07346, Dalloz juris
[643] Cass.1re civ.,19 décembre 2012, n° 11-26.340 , Dalloz juris

postérieur au certificat médical attestant « un état démentiel avec une atteinte mnésique, de l'orientation temporospatiale, de la compréhension, du jugement et du raisonnement qui le rendaient dépendant et vulnérable à l'influence d'autrui »[644], peut-on en déduire l'insanité d'esprit de la personne, entraînant *de facto* l'annulation du testament ? La décision des juges d'appel, sur la base de l'ancien article 503 du Code civil, en vigueur jusqu'en 2009, dispose que « Les actes antérieurs pourront être annulés si la cause qui a déterminé l'ouverture de la tutelle existait notoirement à l'époque où ils ont été faits ». La disparition de cette disposition signifie-t-elle que pareille situation recevrait une réponse différente de l'arrêt qui a été rendu, annulant tous les testaments qui ont été établis dans cette affaire ? La loi réformant la protection des majeurs de 2007[645], en son article 476, dispose que sous le régime de la tutelle, la personne protégée ne peut tester sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille mais si l'autorisation obtenue, elle réalise l'acte seule, sans être assistée de son mandataire. Elle peut, ensuite, de sa propre initiative, révoquer le testament fait avant ou après l'ouverture de la tutelle. Cet article précise que « Le testament fait antérieurement à l'ouverture de la tutelle reste valable à moins qu'il ne soit établi que, depuis cette ouverture, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu »[646]. Les héritiers potentiels lésés ne peuvent se prévaloir de l'argument d'une protection judiciaire pour justifier un abus de faiblesse, en l'occurrence une captation d'héritage pour faire annuler un testament en leur défaveur. La volonté de la personne semble être ici affirmée.

679. De nombreux exemples montrent que la grande suggestibilité des personnes âgées les rend particulièrement sensibles aux professionnels qui forcent leur volonté. Des professionnels du dépannage domestique indélicats profitent de l'état de faiblesse de personnes âgées et/ ou malades pour effectuer à leur domicile des travaux de réparation infondés ou des facturations excessives, alors que ces personnes sont incapables de mesurer la

[644] CA Nancy, Civ.,16 septembre 2012, N° 10/03454, Dalloz juris
[645] L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, NOR: JUSX0600126L
[646] Art.476 C.Civ.

portée de leurs engagements ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour les convaincre. Le Code de la consommation réprime, non seulement la tromperie sur la nature des marchandises fournies par une peine d'emprisonnement de deux ans et une amende de 37.500 euros[647], mais aussi prévoit une peine spécifique pour abus de faiblesse : « Quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit, sera puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9.000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte [648] ». Des affaires portées devant les tribunaux attestent des méthodes de harcèlement commercial de personnes âgées pour des actions d'escroquerie, parfois en bande organisée[649].

680. En l'espèce, un dépanneur d'appareils domestiques avait abusé de l'état de faiblesse de nombreux clients âgés et malades pour les amener à s'engager dans des dépenses telles que « ces personnes n'étaient pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elles prenaient ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour les convaincre à y souscrire [650] ».

681. Il en est ainsi de démarcheurs très agressifs qui, à l'évidence, ont profité de l'état de vulnérabilité de personnes âgées pour obtenir des signatures de contrats[651]. En droit civil, il est possible d'utiliser la théorie du vice du consentement pour sanctionner par la nullité le consentement vicié par l'abus de faiblesse. Mais le recours à cette procédure peut nuire à la sécurité juridique des échanges économiques, car l'abus pouvant être le fait des victimes elles-mêmes, arguant de leur vulnérabilité pour renier un acte passé sans la réflexion requise. Aussi, la loi de modernisation de l'économie du 4 août

[647] Art.L.213-1 C.com.
[648] Art.L.122-8 C.com.
[649] CA Toulouse, décembre 2007, n° 06/01085, Dalloz juris
[650] CA de Paris, 11 mars 2002, n° 2001/02010,Dalloz juris
[651] CA de Riom, 11 juin 2003, Contrats con. consom. 2004, communication n° 48, note G. Raymond.

2008[652], par ses dispositions dans le Code du commerce, oblige les partenaires commerciaux à ne pas créer un « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »[653]. En droit civil comme en droit pénal, l'abus de faiblesse a deux caractères, l'un tenant à une exploitation de la situation de faiblesse (qui nécessite d'en avoir connaissance), l'autre étant d'en tirer un profit excessif.

682. Rappelons, comme l'a fait la Cour de cassation, le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil[654]. En l'espèce, en première instance un couple a été condamné pour abus de la faiblesse d'une vieille dame en se faisant bénéficiaire de divers cadeaux dépassant la simple « intention libérale » : biens mobiliers et immobiliers, véhicule automobile, et se faisant instituer légataire universel. Le tribunal de grande instance d'Arras a vu son jugement infirmé par la Cour d'appel de Douai, pour la partie civile relative à l'annulation du testament l'instituant légataire universel. La Cour de cassation est venue rétablir le principe en cassant l'arrêt de la Cour d'appel.

683. L'abus de faiblesse peut non seulement avoir pour objet les avantages financiers et matériels, mais aussi concerner les actes civils comme le mariage. Epouser un homme très âgé dont il est reconnu une insanité d'esprit au moment de l'acte, constitue pour la Cour de cassation[655] un abus de faiblesse, sans considération de l'état amoureux ou des promesses antérieures. Elle rappelle à cette occasion le principe que « l'abus de faiblesse doit s'apprécier au regard de l'état de particulière vulnérabilité au moment où est accompli l'acte gravement préjudiciable à la personne ».

---

[652] L. n° 2008-776, 4 août 2008 , JO 5 août 2008,NOR: ECEX0808477L
[653] Art. L442-6 C. comm.
[654] Cass. 1re civ., 24 oct. 2012, n° 11-20442, Defrénois flash 12 nov. 2012, p. 12
[655] Cass. crim., 26 mai 2009, pourvoi n° 08-85601

§3 - L’extorsion de fonds

684. L’infraction d’extorsion de fonds[656], bien qu’elle se situe dans les crimes et délits contre les biens et non plus dans les atteintes aux personnes, ressemble à bien des égards à l’abus de faiblesse et nous oblige à les comparer. « L'extorsion est le fait d'obtenir par violence, menace de violences ou contrainte, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque. L'extorsion est punie de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende ». La peine est aggravée (dix ans d'emprisonnement et 150.000 euros d'amende) si la victime appartient à l’une des catégories énoncées, dont la vulnérabilité, due à l’âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse[657].

685. Une première remarque est qu’il n’est pas fait référence à la vulnérabilité des victimes, mais au fait qu’elles aient été amenées, contre leur volonté sous violences ou contrainte, à effectuer un acte positif qu’est la remise de fonds ou de valeurs. La contrainte peut être morale et psychologique, c’est-à-dire un harcèlement tel que la personne vulnérable, pour y mettre fin, accepte les fins du harceleur. Il n’y a plus mention du caractère du dommage « gravement préjudiciable ». La seconde remarque est que cette infraction est plus durement réprimée que l’abus de faiblesse. Le juge a alors le choix entre deux incriminations : abus de faiblesse ou extorsion de fonds, pour qualifier un même fait qui est celui de profiter de la faiblesse d’une personne vulnérable. En l’espèce, cela a été le choix de la Cour d’appel de Rouen confortée par la chambre criminelle de la Cour de cassation[658]dans un arrêt du 26 octobre 2005. Un inspecteur des ventes d’une compagnie d’assurances avait contraint une personne âgée de 88ans, en grande solitude, à signer un chèque de 110.000 francs au profit de sa compagnie.

[656] Art. 312-1 C.pén.
[657] Art. 312-2 C.pén.
[658] Cass. crim., 26 oct. 2005, n° 04-87.166, Juris-Data n° 2005-030961

§4 - Les libéralités abusives

686. « La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne[659] ». Il convient de porter une attention particulière aux libéralités effectuées par une personne âgée ou une personne handicapée. Nous nous plaçons ici dans l'étude des situations qui ne relèvent pas de la protection des majeurs[660] pour laquelle une première protection est apportée par l'article 901 du Code civil qui dispose que : « Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. La libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence ».

687. De nombreux textes limitent ou interdisent le bénéfice des libéralités à certaines personnes engagées dans une relation professionnelle avec une personne dépendante. Cela voisine avec le conflit d'intérêts (ou opposition d'intérêts), où ses propres intérêts viennent en opposition avec d'autres, du fait de son pouvoir. La règle de droit existante vient renforcer une règle morale qui veut que l'on ne profite pas de la position que l'on occupe pour servir ses intérêts au détriment du bien public ou privé. En effet, le conflit d'intérêts met en concurrence des intérêts personnels avec les intérêts d'autrui qui constituent son devoir. Un adage rappelle déjà que l'on ne peut pas officier en sa propre cause, *nemo in rem suam auctor esse potest*[661], effectuer des actes se rapportant à sa sphère personnelle en rapport avec sa charge.

688. Ainsi, cette interdiction est faite aux personnels des établissements publics ou privés accueillant des personnes âgées ou des personnes handicapées relevant de la procédure d'autorisation ou de déclaration du Code de l'action sociale et des familles[662]. Elle est même

[659] Art. 893 C.civ. modifié par L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, art. 10 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007
[660] L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, NOR: JUSX0600126L
[661] ROLAND (H.), BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999, p.501
[662] Art. L.331-4 CASF

étendue aux bénévoles et aux associations, qui interviennent dans l'établissement. Mais elle ne s'applique plus, comme l'art 209 dudit Code, dès lors que la personne est sortie de l'établissement : « anciens pensionnaires de ces établissements ayant regagné leur environnement habituel[663].

689. D'autres professionnels sont soumis à une interdiction de bénéficier de dispositions entre vifs ou testamentaires des personnes accueillies tels les accueillants familiaux : personne ou couple. Cette interdiction est étendue à son conjoint, à son concubin, à la personne avec qui elle est pacsée, à ses ascendants et descendants[664].

690. Ne peuvent pas non plus, dans les mêmes conditions, disposer de libéralités les mandataires judiciaires à la protection des majeurs ou les organismes qui les emploient, les personnes dont ils assurent la protection quelle que soit la date à laquelle a été faite la libéralité[665]. Toutefois, le même article prévoit un cas d'exception, celui de la rémunération eu égard aux services rendus, ce qui peut amener des contentieux sur la manière de rémunérer. L'appréciation laissée au juge de la juste rémunération nous semble trop aléatoire[666].

691. L'article 909 du Code civil disposant que « les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux, qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci » semble être d'interprétation stricte. En l'espèce, une employée de maison d'une personne âgée a été

[663] Cass.1ère civ., 24 octobre 2000,n° 98-17.341
[664] Art. L.443-6 CASF, modifié par L.n° 2002-73 du 17 janvier 2002 - art. 51, JORF 18 janvier 2002
[665] Art. 909 C. civ. modifié par L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 - art. 9 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009
[666] « Sont exceptées :
1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ;
2° Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers. »

instituée par cette dernière sa légataire universelle. Or, elle a été mise à disposition par une association d'aide aux personnes âgées dans le cadre d'un contrat de services. La Cour d'appel de Lyon, le 8 janvier 2004, a retenu que l'employée de maison n'avait aucune qualification médicale et qu'en conséquence l'article 909 ne lui était pas applicable. La solution n'eut pas été la même si la personne âgée avait été hébergée dans un EHPAD, le legs aurait été rendu impossible par l'article 331-4 du CASF[667].

692. Par cet exemple, la protection déployée par le législateur semble imparfaite car la notion de soins ne regroupe pas que les soins médicaux (d'où la distinction chez les anglo-saxons des mots « cure » et « care »). Il eût mieux valu qu'il soit interdit de recevoir quelque libéralité que ce soit, lorsque l'on est encore au service de quelqu'un jusqu'à son décès.

693. La Cour de cassation semblait aussi interpréter limitativement le type d'établissement relevant qu'un service d'un hôpital général ne fait pas partie des établissements des articles 95 et 203 du Code de la famille et de l'aide sociale (abrogés au 23 décembre 2000) « établissements qui ne reçoivent que les personnes âgées, constituant des cas sociaux[668] ».

694. La loi est donc muette sur cette de forme de lien entre la personne âgée ou la personne handicapée avec son auxiliaire de vie. Il est difficile d'exclure la possibilité pour une personne ayant bénéficié de bons soins, d'accorder une libéralité à son auxiliaire de vie d'autant plus si ce dernier (dernière) constituait la seule relation affective. Nombreux sont les exemples où la famille ne se manifeste que lors de l'ouverture de la succession. Mais pour autant, il est dommageable de ne pas prévoir l'éventualité d'un abus en limitant la portée du legs, comme celle de n'avoir plus de relations professionnelle avec

---

[667] « Les personnes physiques ou morales propriétaires, administrateurs ou employés des établissements, les bénévoles qui interviennent en leur sein et les associations auxquelles ces derniers adhèrent ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par des personnes hébergées dans le ou les établissements qu'elles exploitent ou dans lesquels elles sont employées que dans les conditions fixées à l'article 909 du Code civil.
L'article 911 dudit Code est, en outre, applicable aux libéralités en cause. »

[668] Cass. 1re civ.31 mai 1989, n° 87-16.557

la personne. Dans un cas d'espèce, un agent de la Banque postale avait été révoqué par son employeur pour avoir été bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie souscrit par un ancien client avec qui il avait entretenu des relations amicales. On lui a reproché d'avoir enfreint le règlement intérieur de la Poste qui interdit à ses agents de recevoir toute libéralité qui « serait de nature disproportionnée par rapport à une manifestation de courtoisie conforme aux usages […], tout agent, dans l'exercice de sa profession, ne peut se faire porter, ou faire porter un membre de sa famille, comme bénéficiaire d'un contrat de quelque nature que ce soit, souscrit par un client, sauf s'il s'agit d'un membre de sa famille. Toute captation d'héritage, sous quelque forme que ce soit, est strictement interdite ». Ces règles déontologiques ne valent pas dans une relation amicale, d'autant que l'agent n'avait plus de relation professionnelle avec la personne âgée dont il n'est pas établi qu'elle ait été vulnérable ou influençable. Le tribunal administratif de Rouen, conforté par la Cour d'appel administrative de Douai, a annulé la décision du directeur de la Poste[669].

695. La loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement[670] vient combler quelques lacunes. Elle dispose en effet, d'interdire à toute personne physique ou morale ayant exercé une prise en charge d'une personne âgée[671] de bénéficier de dispositions à titre gratuit ou testamentaires faites en leur faveur. Ces personnes exercent leurs activités au sein d'établissements ou de services autorisés ou agréés, qu'elles soient

[669] CAA Douai 3e ch., 1 décembre 2011, n° 10DA00831, Recueil Lebon

[670] Art. L. 116-4 du CASF modifié par l'art.28 de la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement Les personnes physiques propriétaires, gestionnaires, administrateurs ou employés d'un établissement ou service soumis à autorisation ou à déclaration en application du présent code ou d'un service soumis à agrément ou à déclaration mentionné au 2o de l'article L. 7231-1 du code du travail, ainsi que les bénévoles ou les volontaires qui agissent en leur sein ou y exercent une responsabilité, ne peuvent profiter de dispositions à titre gratuit entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par les personnes prises en charge par l'établissement ou le service pendant la durée de cette prise en charge, sous réserve des exceptions prévues aux 1o et 2o de l'article 909 du code civil. L'article 911 du même code est applicable aux libéralités en cause. « L'interdiction prévue au premier alinéa du présent article est applicable au couple ou à l'accueillant familial soumis à un agrément en application de l'article L. 441-1 du présent code et à son conjoint, à la personne avec laquelle il a conclu un pacte civil de solidarité ou à son concubin, à ses ascendants ou descendants en ligne directe, ainsi qu'aux salariés mentionnés à l'article L. 7221-1 du code du travail accomplissant des services à la personne définis au 2o de l'article L. 7231-1 du même code, s'agissant des dispositions à titre gratuit entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par les personnes qu'ils accueillent ou accompagnent pendant la durée de cet accueil ou de cet accompagnement. » I

[671] Il faudrait y ajouter : les personnes handicapées

professionnelles ou bénévoles œuvrant en leur sein. Mais pour autant, ne sera-t-il plus possible à une personne âgée ou handicapée prise en charge par un établissement ou un service géré par une association reconnue d'utilité publique de tester en leur faveur en reconnaissance des bons soins reçus, tel que le laisse supposer la nouvelle rédaction de l'article L.116-4 du CASF : « Les personnes physiques ou morales propriétaires, administrateurs ou employés d'un établissement ou service soumis à autorisation ou à déclaration en application du présent Code ou d'un service soumis à agrément ou à déclaration… ». L'interdiction est étendue à bon escient, dans le cadre de l'accueil familial, aux hôtes eux-mêmes ou aux membres de leur famille, ascendants ou descendants, concubin ou lié par le PACS, pendant la durée de l'accueil de la personne âgée ou handicapée. En résumé, la nouveauté apportée par l'article proposé[672] est d'étendre l'interdiction de recevoir des libéralités et legs aux salariés et dirigeants des services à domicile agréés ou autorisés et aux employés de maison[673] assurant des services à la personne[674].

696. Mais pour éviter les tentations de se faire attribuer un don ou un legs, ne faudrait-il pas instaurer une sorte de délai de carence à définir, pendant lequel une libéralité dépassant le cadre d'une simple marque d'amitié ou de reconnaissance, serait réputée nulle, même quand la relation professionnelle a cessé d'exister, à l'instar de ce que la loi a prévu pour les anciens fonctionnaires afin prévenir la prise illégale d'intérêts[675].

II - Les actes de maltraitance par le salarié et la responsabilité civile du service

697. La notion de maltraitance aux personnes vulnérables : enfants, personnes âgées ou personnes handicapées, est la version médicosociale de celle du droit pénal de violences volontaires. Sans en donner une définition précise, le terme apparaît en 1989 dans un texte sur la prévention de mauvais

[672] Suppression *de facto* des art. L. 331-4 et L. 443-6 CASF
[673] Art. L. 7221-1 C. trav.
[674] Art. L. 7231-1 C. trav.
[675] Art. 432-13 C. pén.

traitements à mineurs[676]. Le Conseil de l'Europe s'est saisi de la question et a donné une définition de l'abus à l'égard des personnes handicapées , forme de maltraitance, dans un groupe de travail sous la direction de Madame le Professeur Hilary Brown : « tout acte, ou omission, qui a pour effet de porter gravement atteinte, que ce soit de manière volontaire ou involontaire, aux droits fondamentaux, aux libertés civiles, à l'intégrité corporelle, à la dignité ou au bien-être général d'une personne vulnérable, y compris les relations sexuelles ou les opérations financières auxquelles elle ne consent ou ne peut consentir valablement, ou qui visent délibérément à l'exploiter[677] ». Ce rapport énonce des constatations alarmantes, parce qu'on les trouve dans bon nombre de services d'aide à domicile. En effet, parmi des facteurs pouvant accroître les risques d'abus, on trouve :

- « les cultures, structures et régimes institutionnels où le personnel soignant directement en contact avec les intéressés est peu qualifié, mal considéré et peu rémunéré, où l'on observe une résistance au changement et la formation de groupes fermés, où il y a des inégalités au niveau des salaires, des conditions de travail et des possibilités de formation pour le personnel qualifié et non qualifié ;
- le recours fréquent à de multiples soignants, pour les individus nécessitant une assistance personnelle et des soins intimes ;
- l'ignorance et une mauvaise formation des agents qui s'occupent de personnes ayant des besoins complexes et/ou des comportements difficiles ;
- l'absence de réglementation ou de véritable obligation de rendre compte à un organisme indépendant[678] ».

698. L'Etat a alors pour devoir de défendre ces personnes en édictant un cadre juridique propre à prévenir l'abus, par une réglementation visant à mettre en place un dispositif pour le repérer, et le sanctionner. La France a

[676] L. n°89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance NOR: FMAX8900034L
[677] BROWN (H.) « Protection des adultes et des enfants handicapés contre les abus », Conseil de l'Europe, *Rapport*, mars 2003, p.9
[678] BROWN (H.), Rapport cit. p.11

traduit ces préconisations en établissant en 2003 un plan de renforcement de lutte contre la maltraitance[679].

699. Ce pouvoir réglementaire doit s'accompagner d'un arsenal législatif en matière civile et pénale suffisamment dissuasif pour que soit émis le « message important selon lequel la collectivité accorde de la valeur aux personnes handicapées et fait en sorte de les protéger ». Il ne doit pas non plus oublier de faciliter l'accès à la réparation aux victimes de contrevenants.

700. Déjà, dans le Code pénal de 1810, on a vu apparaître une répression accrue dès lors que l'infraction était commise sur une personne particulièrement vulnérable : l'attentat à la pudeur sur mineur de quinze ans. Mais le concept lui-même de personne vulnérable n'apparaît qu'en 1980 à l'occasion de la loi réprimant le viol[680]. Puis, en 1981, avec la loi « sécurité et liberté »[681]**,** les violences sont plus durement réprimées si elles sont commises sur la personne « […] hors d'état de se protéger elle-même en raison de son état physique ou mental […] »[682]. A l'occasion de la refonte du Code pénal en 1992, la notion de vulnérabilité est étendue par le législateur, non seulement pour les atteintes à la personne mais aussi lorsqu'il y a commission d'un abus d'une situation vulnérable, la vulnérabilité devenant alors un élément constitutif de l'infraction.

§1 - La responsabilité pénale du salarié

701. Les personnes âgées et les personnes handicapées vivant

---

679 BAS (P.) « Plan de développement de la bientraitance et de renforcement de la lutte contre la maltraitance », Ministère délégué à la Sécurité sociale, aux Personnes âgées, aux Personnes handicapées et à la Famille, mars 2007

680 Art. 1er de la L. n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, inscrivant au 2e alinéa de l'art.330 du CP « …lorsqu'il aura été commis sur une personne particulièrement vulnérable en raison d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale… »

681 L. n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes

682 Art. 309 de l'ancien CP

seules sans entourage familial, ayant besoin de l'assistance d'une tierce personne pour tous les actes essentiels de la vie courante, et d'autant plus qu'elles sont employeurs de « gré à gré », peuvent subir de la part des intervenants différentes formes de maltraitance en terme médicosocial, ou de violences en terme juridique. On distinguera les violences volontaires (A), constituant les atteintes à la personne dont la matérialité peut être plus facilement démontrée que la maltraitance-violence psychologique (B). Les atteintes aux biens (C) constituent elles aussi une forme de maltraitance, dans la mesure où elles ont une conséquence psychologique sur la personne lésée.

A - La maltraitance physique

1 - Les violences volontaires

- Les atteintes à l'intégrité physique

702. La première de ces violences est celle de l'atteinte volontaire à la vie. Même si elle paraît improbable dans le cadre d'un service à domicile pour personnes âgées ou personnes handicapées, il nous paraît nécessaire de l'envisager, notamment lorsque l'actualité nous rappelle de temps à autre qu'elle peut survenir sous la figure compassionnelle de l'euthanasie. Rappelons qu'en l'état actuel de notre législation, mettre fin à la vie d'un individu volontairement est un meurtre[683] passible d'une peine de réclusion de trente ans, voire d'assassinat[684] car souvent prémédité, passible de la réclusion criminelle à perpétuité, « l'euthanasie[685] » n'étant pas autorisée. Il n'est donc nulle question d'exonérer de la responsabilité pénale quiconque commettrait le *killing mercy :* le meurtre par pitié. Dans l'exercice de leur métier, les intervenants à domicile peuvent être confrontés à des situations où ils ont à

[683] Art. 221-1 CP
[684] Art. 221-3 CP
[685] Etymologiquement, il signifie la « bonne mort » ou « mort douce ». Ce terme fut créé par Francis Bacon (1561-1626) qui déplorait que les médecins se désintéressassent du patient désespéré pour promouvoir l'accompagnement du mourant par le médecin. Notons que notre droit n'emploie ce mot que pour désigner l'abattage de chiens dangereux.

apporter des soins à des personnes atteintes de maladies incurables évolutives rendant la vie de ces personnes « invivable » pour elles ou leurs proches. L'appel au professionnel pourrait être fait pour abréger les souffrances par les proches ou la personne elle-même, ou de la propre initiative de celui-ci. Il n'entre pas dans le cadre de ce travail de réfléchir sur l'opportunité d'une loi autorisant le suicide assisté comme en Suisse, ou l'euthanasie encadrée comme aux Pays-Bas ou en Belgique, mais de rappeler le caractère pénal de l'acte de tuer, même sous l'égide de la compassion et de l'éthique. Seul est possible le « laisser-mourir » sous des conditions bien définies de la loi « Léonetti »[686].

703. Un autre crime est constitué par le viol. Suprême agression sexuelle, le viol est défini comme : « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise […][687] ». Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle.

704. Remarquons que le viol, comme les autres crimes et contrairement aux délits, ne connaît pas dans sa répression le cumul de l'état de vulnérabilité de la victime et de celui d'abus d'autorité de l'auteur. N'y-a-t-il pas là matière à étendre cette circonstance aggravante pour marquer davantage le caractère odieux de l'infraction ?

705. « Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise […][688] ». On comprendra aisément que l'état de vulnérabilité que constituent le grand âge et le handicap, d'autant plus quand les personnes ne peuvent s'exprimer, peut (l'état de vulnérabilité) faire d'elles des victimes faciles pour des personnels amenés à côtoyer leur intimité.

---

[686] L. n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, J.O. n° 95 du 23 avril 2005 page 7089
[687] Art.222-23 CP
[688] Art. 222-22 CP

- Autres violences volontaires

706. La commission de violences volontaires peut être effectuée sur des personnes âgées dépendantes. Les excuses souvent avancées par les auteurs sont l'exaspération due aux exigences de la personne âgée, voire les insultes ou la fatigue engendrée par les conditions de travail. Ainsi, avons-nous pu constater dans notre recherche, au cours d'entretiens avec les professionnels, que des gifles étaient parfois infligées à des personnes âgées très dépendantes, par réaction à des propos insultants et réitérés de ces dernières, ou suite à une morsure ou une griffure de celles-ci. Ces infractions n'ont fait l'objet ni d'une sanction de l'employeur ni de poursuites judiciaires par défaut de plaintes. Les professionnels reconnaissent un manque de maîtrise de soi qui devrait être de mise dès lors que l'on travaille avec des populations en difficulté. Nous sommes là dans le cas de ce que certains auteurs appellent la violence institutionnelle, c'est-à-dire une violence exercée par des personnes ayant autorité sur des personnes vulnérables[689]. Il nous semble que la définition donnée par Madame Myriam Lagraula-Fabre est très large. La violence institutionnelle serait, selon nous, un climat de tension généré par l'organisation même de la structure, des conditions de travail, un manque de lieu de paroles favorisant le travail en solitaire sans contrôle. A notre connaissance, il n'est plus aucun employeur dans le secteur de l'accompagnement à domicile qui prônerait le recours à la violence, ni même qui avouerait une indulgence pour des actes violents envers des personnes âgées ou des personnes handicapées. L'existence d'un droit positif de la violence institutionnelle, tel que le souhaite Madame Lagrula-Fabre, ne nous semble pas nécessaire. Le droit existant est suffisant pour réprimer les violences volontaires[690], pour n'évoquer que les moins durement punies lorsqu'elles ont pour victimes les personnes vulnérables. Le juge pénal pourrait considérer que les intervenants à domicile sont des personnes ayant autorité, d'autant plus qu'elles sont amenées à

[689] LAGRAULA-FABRE (M.), *La violence institutionnelle : une violence commise sur des personnes vulnérables par des personnes ayant autorité,* Paris : l'Harmattan, 2005
[690] Art. 222-13 CP al.3

travailler avec des personnes dépendantes. La prévention de ces actes passe par la culture de la bientraitance, notamment en prévoyant des temps d'analyse des pratiques, où les salariés s'autoriseraient à exprimer leur mal-être devant certaines situations à risque. Mais cela nécessite que des moyens soient accordés. La bientraitance ne serait plus une affaire individuelle, et l'on aurait le pendant d'une violence institutionnelle avec la bientraitance institutionnelle.

2 - Les violences involontaires

707. Nous les évoquons pour mémoire, car elles restent possibles lors des soins, des manipulations, mais d'une part, elles n'ont à notre connaissance pas fait l'objet de poursuites judiciaires, et d'autre part, gageons que le juge sera clément. Toutefois, la responsabilité pénale peut être engagée dès lors que le professionnel a contrevenu à une « obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement » occasionnant de ce fait une incapacité totale de travail de plus de trois mois. Il encourt deux années d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende. Si la violation est délibérée, la sanction est de trois années d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende[691].

B - La maltraitance par omission, l'abandon

708. Une personne âgée ou une personne handicapée dépendante pour les actes de la vie quotidienne, dont la survie dépend d'un tiers, nécessite un renforcement de la vigilance à son égard. Le législateur a voulu marquer ce devoir moral par une obligation sanctionnée pénalement en cas de manquement.

[691] Art. 222-19 CP

709. Pour protéger la personne vulnérable, la loi prévoit une sanction pénale spécifique pour qui l'abandonnerait, l'exposant ainsi à un péril. Mais il faut distinguer l'abandon actif qu'est le délaissement de l'abandon passif que sont l'omission de porter secours et la non-dénonciation de crime ou de délit.

710. L'acte de laisser sans soin une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique constitue un délit[692] passible d'une peine d'emprisonnement de cinq années et de 75.000 euros d'amende. Cette peine est portée à quinze années de réclusion criminelle si le délaissement a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente et à vingt années de réclusion si la victime décède[693]**.** La sévérité de la répression est à la hauteur de la violation du devoir moral de tout être humain, qui plus est, lorsqu'il a autorité sur la personne à protéger. Ressemblant à bien des égards à la non-assistance à personne en péril, elle s'en distingue cependant par le fait que le péril n'est pas nécessairement imminent mais dont le terme est vital.

711. Le terme de délaissement est imprécis, car il n'en fixe ni la durée ni le type de soin qui est délaissé. La doctrine, puis la jurisprudence de la Cour de cassation sont venues en poser les limites. Récemment, elle est venue dire dans deux affaires que le délit de délaissement est un acte positif et nécessite de la part de son auteur la volonté d'abandonner définitivement la personne vulnérable. Ces éléments moral et matériel sont essentiels. Dans la première[694] affaire, des enfants mineurs se sont retrouvés seuls sur un quai du port d'Ajaccio, suite à un malentendu entre des parents divorcés. La mère et son second mari, chargés de les récupérer, ont été reconnus coupables du délit de délaissement par la Cour d'appel de Bastia ; dans la seconde[695], une femme est condamnée pour avoir refusé de laisser intervenir une aide-ménagère chez sa mère dépendante, l'intervention était jugée nécessaire par des professionnels de santé, sans suppléance de sa part. A tort, dans l'un et l'autre

[692] Art 223-3 CP
[693] Art.223-4 CP
[694] Crim. 23 fév. 2000, , n° 99-82.817
[695] Crim. 13 nov. 2007, n° 07-83.621

cas, d'après la Haute juridiction qui estime que les Cours d'appel ont méconnu la portée de l'article 223-3.

712. Le délit de délaissement d'une personne âgée peut-il être évoqué si au cours d'une intervention à domicile un(e) auxiliaire de vie abandonne une personne âgée ou une personne handicapée dépendante dont il (elle) assure les soins, la laissant seule sans aide ? Même si parfois on entend dire par des personnes âgées que leur auxiliaire de vie les a menacées de les abandonner ou les a laissées seules pendant plusieurs heures en représailles d'une altercation, les décisions de la Haute cour montrent que l'on n'entre pas ici dans la prévention du délaissement. Pour se convaincre de l'attitude constante de la Cour de cassation[696], dans un cas d'espèce où le prévenu a été condamné par une Cour d'appel pour avoir laissé sans soins sa mère de 89 ans, grabataire, la cassation a été encourue, la Cour d'appel ayant méconnu les exigences de l'article 223-3 du Code pénal. Cette attitude, fut-elle immorale, n'est donc pas répréhensible.

713. L'abandon passif, selon la distinction faite par Monsieur le Professeur Xavier Lagarde[697], est également sévèrement réprimé. Il peut consister en une non-assistance à personne en péril[698], ou une non dénonciation de crime[699], ou un délit[700] : privations, mauvais traitements ou atteintes sexuelles sur une personne incapable de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique. La première infraction est réprimée d'une peine de cinq années d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende ; les deux autres de trois années d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende. L'abandon passif s'analyse non seulement en une entrave de l'action judiciaire, mais aussi en une « permission » de la réitération des faits criminels ou délictuels par négligence ou lâcheté. Un professionnel de l'aide à domicile peut, à l'occasion de son

[696] Crim. 9 oct. 2012 — n° 12-80.412
[697] http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408/etude_personnes_3411/m._xavier_15305.html
[698] Art. 223-6 CP
[699] Art. 434-1 CP
[700] Art.434-3

intervention, s'apercevoir que des mauvais traitements ont été commis, des viols ou des atteintes sexuelles sur des enfants ou des personnes âgées ou handicapées, par des membres de la famille ou par des collègues. Le silence, que certains expliquent par le doute ou le secret professionnel, est ici condamnable.

C - Les atteintes aux biens

714. Ainsi, si le vol, qui est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende[701], le fait qu'il soit facilité par l'état « d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur » est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende[702]. Il était déjà aggravé du fait d'être commis à l'intérieur d'un local d'habitation[703]. La matérialité des faits sera souvent malaisée à établir du fait, d'une part du nombre de personnes intervenant au domicile de la personne dépendante, d'autre part parce que le vol ne sera peut-être constaté que très tardivement ou parce que le témoignage de la personne âgée ou handicapée sera sujet à caution du fait d'une déficience.

715. Le délit d'escroquerie par l'emploi de manœuvres frauduleuses pour tromper une personne physique de façon à se faire remettre des fonds, dans les cas qui nous intéressent, est difficilement différenciable de l'abus de confiance.

716. La responsabilité pénale n'est pas exclusive de la responsabilité civile engagée à l'encontre du salarié si son acte ou ses actes ont entraîné un

[701] Art. 311-3 du CP
[702] Art. 311-5 du CP
[703] Art. 311-4 al. 6 du CP : cinq ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende

préjudice à la victime, d'autant plus important que celle-ci est vulnérable.

§2 - la responsabilité civile du salarié

717. L'action pénale engagée dans la poursuite des infractions volontaires ou involontaires n'est pas exclusive de la mise en action de la responsabilité civile. En effet, si l'on admet volontiers qu'une infraction volontaire ayant entraîné des dommages à la victime doit nécessiter une réparation par son auteur, il n'est pas toujours entendu par le travailleur social ou par tout salarié d'un service public que son action malheureuse a occasionné des dommages à la personne dont il avait la charge. Même s'il a voulu bien faire, même si son expérience professionnelle démontre qu'il a toujours eu le souci du bien de la personne, sa responsabilité civile est engagée par son acte défaillant. La responsabilité a été rappelée récemment par le Conseil constitutionnel comme « une exigence constitutionnelle[704]**.**

A - La responsabilité civile pour faute.

718. Le terme de responsabilité trouve son étymologie dans le droit romain où la *sponsio* était un acte stipulant que quelqu'un devait répondre sur ses biens propres, voire sur sa personne, d'un engagement pris et non honoré. Cette idée a traversé les siècles pour que la responsabilité soit associée de nos jours à celle de liberté, les deux notions étant consubstantielles depuis le siècle des « Lumières ». Ainsi, la responsabilité n'était-elle pas engagée lorsque l'événement était indépendant de la volonté, fortuit ou causé par la force majeure. La responsabilité civile est à détacher de la responsabilité pénale en cela que la première vise à réparer un dommage, ce qui nécessite l'existence de celui-ci, tandis que la deuxième a pour objectif la punition donnée au nom de la société pour avoir commis une faute. D'ailleurs, la notion de faute dans la responsabilité civile, fruit d'une longue culture judéo-chrétienne, a présidé à l'élaboration de l'article 1382 du Code civil. Article d'ailleurs très général dans

[704] Cons.const, décision n° 99-419 DC, *JCP* 2000, obs. G. Viney

sa rédaction : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Il faut donc qu'une faute soit commise et donc une imputabilité personnelle. Cette thèse de la faute dans la responsabilité civile est défendue par Messieurs les Professeurs émérites Philippe Le Tourneau et Loïc Cadiet[705] qui la considèrent comme le fondement de la responsabilité d'un individu envers un autre, celle-ci étant « la violation d'une obligation morale ».

719. Pourquoi cette prégnance de la notion de faute dans la responsabilité civile, alors que la théorie du risque et celle de la garantie ont été élaborées par la jurisprudence depuis près d'un siècle ? Nous aurions tort de penser qu'elle procède d'une longue culture juridique remontant au droit romain. En effet le droit romain, nous dit Monsieur Pierre-Marie Dupuy[706], ne fonde pas la responsabilité sur la faute. D'ailleurs, le terme même de responsabilité est absent du droit romain. L'important était de privilégier la réparation, afin de rétablir l'équilibre des patrimoines, des situations personnelles ou de la paix sociale, lorsque survenait une rupture dans ceux-ci par une faute ou par une autre cause. La *culpa* a connu son essor avec l'influence de l'Eglise, « dans le sens d'une individualisation marquée de la responsabilité, axée sur la désignation de la faute individuelle, traduction ou substitut du péché [707] ». C'est la montée des nouveaux risques dus à la révolution industrielle qui incite à revenir à la fonction réparatoire de la responsabilité. L'important ici est de permettre une réparation à la victime de préjudices consécutifs à des risques engendrés par une activité licite. Il n'y a alors plus de connotation morale, mais une finalité patrimoniale et sociale dans la réparation. Cette socialisation des risques a amené la théorie de la responsabilité civile à la notion de garantie. Pourtant demeure forte la responsabilité pour faute, comme si la tradition philosophique du *mea culpa*, permettait encore d'exorciser l'existence du mal dans le dommage subi. Les trois fonctions de la faute, que sont la punition, la réparation et la prévention,

[705] LE TOURNEAU (PH.), CADIET (L.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2000
[706] DUPUY (P.M.), article « Responsabilité » in *Dictionnaire de la culture juridique*, (dirs.) ALLAND (D.) et RIALS (S.), LAMY-PUF, coll. Quadrige, Dicos poche, 2003, p.1341-1347
[707] DUPUY (P.M.), ibid. p. 1343

sont donc encore présentes dans la responsabilité civile.

720. Mais, cette responsabilité fondée sur la faute, si elle reste en vigueur semble laisser place dans le secteur social et médico-social à une responsabilité qui doit garantir aux usagers une indemnisation en cas de dommages. C'est le sens de l'évolution actuelle de ce secteur, nous disent M. le Professeur Elie Alfandari et Mme Florence Faberon, en posant même la question « la faute peut-elle et doit-elle rester un fondement pertinent[708] » ? En effet, les auteurs citent la jurisprudence qui montre que la recherche d'indemnisation des victimes amène non seulement à rechercher l'auteur direct de la faute mais aussi à faire concourir d'autres acteurs qui ont eu à connaître l'affaire, pour lesquels il est démontré le manque de contrôle ou d'information[709]**.** Ils nous alertent sur le danger de la demande de responsabilisation accrue de la société qui « pourrait être source de frilosité, et finalement de paralysie et d'apoplexie générales[710] ».

721. La notion de discernement, qui était l'élément psychologique de la responsabilité civile, a été abandonnée depuis la loi du 03 janvier 1968 relative aux incapables majeurs en sa disposition de l'article 489-2 du Code civil, qui dispose que « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation ». La victime peut désormais être indemnisée, même si l'auteur est atteint d'un trouble mental au moment de l'acte dommageable. De même, la Cour de cassation[711] a-t-elle écarté l'irresponsabilité du mineur, en retenant qu'il n'est point besoin de rechercher chez lui la capacité à discernement pour déclarer qu'il a commis une faute dont il faut assurer la réparation. On peut donc supposer qu'un professionnel de l'aide à domicile pris d'un soudain dérangement mental n'en sera pas pour autant responsable civilement de son acte.

---

[708] ALFANDARI (E.), FABERON (F.), « La responsabilité pour faute des établissements sociaux et médico-sociaux », *RDSS*, 2015 , p.22

[709] CAA Bordeaux 19 déc. 2002, *Société d'assurance mutuelle des collectivités locales*, n°99BX01932, AJDA 2003.1348, note M. Saussereau ; CE 13 oct. 2003, *Mlle V.* c/ *Dép. Seine-Maritime*, n° 244419, au Lebon

[710] ALFANDARI (E.), FABERON (F.), ibid.

[711] Cass. ass.pl. 9 mai 1984, n° 80-14994

722. Il n'est pas nécessaire, en responsabilité civile comme en responsabilité pénale, que l'auteur ait eu conscience de commettre la faute. En responsabilité pénale, l'élément moral requis pour qualifier une infraction où « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre[712] » est depuis la loi du 16 mai 1996 sérieusement amendé[713]. De même, la responsabilité civile est engagée par la commission d'une imprudence ou d'une négligence, selon l'article 1383 du Code civil « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Est considéré également comme une faute un dommage causé par une incompétence. Ainsi que le rappellent Messieurs Pierre Verdier et Jean-Pierre Rosenczveig : « Le bon cœur des bénévoles ou des professionnels ne saurait remplacer la compétence et l'efficacité[714] ».

723. Le salarié d'un service à domicile pour personnes âgées et personnes handicapées, comme tout citoyen, doit donc répondre des actes qu'il commet. Sa responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle est engagée, même s'il est pétri des meilleures intentions et de la meilleure volonté ; bien que pendant très longtemps il était impensable que l'on puisse demander des comptes à qui faisait le bien à son prochain et en premier chef le médecin.

724. Si l'obligation de moyens est souvent mise en avant dans le travail social, l'obligation de résultats est parfois requise. C'est celle-ci qui sera souvent avancée pour la mise en cause du professionnel, la responsabilité contractuelle concernant exclusivement son employeur. Mais pour mettre en action la responsabilité civile, il faut pour cela que la victime réunisse trois critères : l'existence d'un préjudice, l'existence d'une faute, l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

---

[712] Art.121-3 CP

[713] L. n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence NOR: JUSX9601472L

[714] VERDIER (P.), ROSENCZVEIG (J.P.), *Les responsabilités en travail social*, Dunod, 2003, p.28

725. Avant l'arrêt *Dangereux* de la Cour de cassation[715], il était nécessaire d'apporter la preuve que la lésion portait sur « un intérêt légitime juridiquement ». Le dommage est désormais constitué, dès lors qu'il y a lésion d'un intérêt quel qu'il soit. Pour autant, pour dédommager, encore faut-il qu'il y ait un dommage certain et non éventuel. Quant au préjudice futur, la Cour de cassation avait estimé en 1932 que « s'il n'est pas possible d'allouer des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice purement éventuel, il en est autrement lorsque le préjudice, bien que futur, apparaît au juge du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel et comme susceptible d'évaluation immédiate[716]. Le préjudice peut être aussi une perte de chance. Cela peut être le cas d'une personne handicapée pour laquelle le professionnel d'un SAVS ou d'un SAMSAH donne de mauvaises indications pour l'établissement d'un dossier de droits à la MDPH, obérant ainsi les chances d'avoir un financement pour une aide humaine ou technique. Le préjudice peut donc être matériel, par exemple, du bris d'objet par maladresse, de matériel de rééducation onéreux par mauvaise manipulation, etc. Le préjudice peut être moral, et les héritiers peuvent se prévaloir du pretium doloris de leur parent même si l'action n'a pas été intentée du vivant de celui-ci[717].

B - <u>La responsabilité administrative pour faute</u>

726. Nous n'avons pas encore évoqué la responsabilité administrative, qui n'est somme toute que la traduction de la responsabilité civile et non pénale appliquée aux personnes publiques et à ses agents. Il n'existe pas l'équivalent de l'article 1382 du Code civil dans l'ordre administratif et la justice administrative se réfère aux articles relatifs à la responsabilité civile, 1382 et suivants. Le Conseil d'Etat, juge suprême de l'ordre administratif, a fait de la responsabilité administrative une formation prétorienne. La séparation entre les deux ordres juridictionnels, judiciaire et administratif, rend nécessaire

[715] Cass., Ch. mixte, du 27 février 1970, 68-10.276, Publié au bulletin
[716] Cass. Crim.1er juin 1932
[717] Cass. ch mixte, 30 avril 1976, D. 1977, Jur. 185, note Contamine-Raynaud

un éclairage sur la responsabilité administrative, nous plaçant du point de vue de la victime. En effet, pour celle-ci il est important de savoir si le salarié qui a commis le préjudice relève du droit privé ou du droit public, selon qu'il est employé par une personne de droit privé, service à but lucratif ou associatif, ou une personne de droit public tels les CCAS ou établissements publics, communaux ou départementaux. Il en résultera que dans le premier cas, la juridiction compétente sera le tribunal d'instance ou de grande instance selon le montant du préjudice réclamé, dans le second cas la victime devra saisir le tribunal administratif.

727. Le principe de la justice administrative se fonde sur un principe essentiel dans notre organisation démocratique qui est la non-immixtion du juge judiciaire dans le champ de l'administration. Les principes de légalité et de responsabilité d'un Etat de droit ne pouvaient faire des actes de l'Administration et de ses agents une exception. Ainsi la justice administrative a-t-elle à connaître les litiges survenus à l'occasion de l'exercice des missions des personnes morales et de ses préposés. L'adage « le Roi ne peut mal faire » pour justifier l'irresponsabilité de la puissance publique est désormais caduc depuis l'arrêt *Pelletier* du Tribunal des conflits du 30 juillet 1873[718]. En effet, le tribunal des conflits, tout en rappelant le principe de « séparation des pouvoirs et les règles de compétence qui en découlent », entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif va introduire la distinction entre la faute de service et la faute personnelle, comprenant la faute personnelle simple et la faute personnelle engageant la responsabilité de l'administration.

728. La société peut demander des comptes à tout agent public, confortée par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Ainsi donc, il n'est pas inconcevable que tout agent public engage sa propre responsabilité par sa faute et doive éventuellement indemniser sa victime. Cette disposition est de nature à éviter des abus et a donc une vertu morale. Mais pour autant l'administration doit-elle laisser ses

[718] T confl. n° 00035 du 30 juillet 1873, publié au *recueil Lebon*

agents seuls face à cette responsabilité personnelle au risque de les voir adopter un comportement timoré dépourvu d'efficacité ? La jurisprudence administrative a développé une synthèse de nature à concilier les impératifs de moralité, d'efficacité et d'équité. Moralité, répétons-le, parce que l'agent causant un préjudice par sa faute doit réparer sur son propre patrimoine ; efficacité, parce qu'il faut une faute caractérisée de l'agent ; et équité, parce que « venant au secours des victimes […], la responsabilité personnelle des agents ne faisait pas obstacle à la responsabilité de la personne publique dont il relève[719] ».

729. Ainsi, la victime d'un fait commis par un professionnel employé par une structure publique pourra l'attraire devant les tribunaux judiciaires s'il a commis une faute personnelle, détachable du service, dont il aura à répondre seul sur ses deniers. La faute personnelle s'entend comme celle qui excède l'exercice normal de sa fonction. Elle est évidente lorsqu'elle est commise en dehors du contexte de travail, dans la vie privée. Elle l'est aussi lorsqu'elle est commise dans le cadre du service, mais pour des intérêts personnels. Aucune autorisation n'est à demander par la victime, et devant les tribunaux judiciaires, l'agent se retrouve comme tout citoyen devant un problème de responsabilité civile. Mais les tribunaux judiciaires ne peuvent poursuivre l'administration au titre de l'article 1384 du Code civil.

730. La victime a souvent intérêt à poursuivre l'administration plutôt que l'agent seul, lorsqu'il s'agit d'une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service, étant plus assurée d'être indemnisée. La jurisprudence du Conseil d'État[720] interdisait dans un premier temps à l'administration d'exercer une action récursoire contre l'agent auteur de la faute personnelle. Un revirement de celle-ci[721] a permis aux collectivités publiques de demander à l'agent par la faute duquel elles ont dû indemniser la victime de répondre devant elles. Notons que l'agent peut lui aussi introduire une action contre son employeur public[722] si, dans un premier temps, il a été condamné par le juge

[719] VILLERS (M.) DE, (dir.), *Droit public général*, Paris : LexisNexis, 2006, p.393
[720] CE, 28 mars 1924, arrêt *Poursines*, GAJA, 4e éd.p.181
[721] CE, 28 juill.1951, arrêt *Laruelle*, n° 1074, au Lebon
[722] CE, 28 juillet 1951, arrêt *Delville*, n°4032, au Lebon

judiciaire à payer la totalité de l'indemnisation à la victime alors que le dommage était la conséquence d'une faute personnelle certes, mais conjuguée à une faute du service.

731. Si, lors d'un procès judiciaire en responsabilité civile intenté à un agent, il est démontré qu'aucune faute détachable du service ne lui est imputable, l'administration doit couvrir son agent des condamnations civiles à son encontre[723]**.** Cette jurisprudence a été confortée par la loi du 13 juillet 1983[724] portant sur les droits et obligations des fonctionnaires toujours en vigueur.

§3 - La responsabilité disciplinaire du salarié

732. Le salarié doit répondre de ses actes devant la société (responsabilité pénale), devant la victime pour laquelle il doit une réparation lorsque des dommages consécutifs à ses actes surviennent. Mais il encourt des sanctions disciplinaires dans la gamme de celles qui sont prévues par le règlement intérieur, dont la sanction ultime est le licenciement pour faute. Des situations peuvent être relevées dans la jurisprudence montrant la difficulté d'appréciation des gestes relevant de la violence physique ou psychologique d'un professionnel à l'égard d'une personne : enfant ou adulte en situation de dépendance. Ainsi dans un arrêt du 18 mars 2009[725], la Cour de cassation a-t-elle estimé que le licenciement d'une aide-soignante qui avait giflé un

[723] CE, Section, 26 avril 1963, Centre Hospitalier de Besançon, rec. p. 243

[724] Art. 11 L. n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dite loi Le Pors. : « Les fonctionnaires bénéficient, à l'occasion de leurs fonctions et conformément aux règles fixées par le Code pénal et les lois spéciales, d'une protection organisée par la collectivité publique qui les emploie à la date des faits en cause ou des faits ayant été imputés de façon diffamatoire au fonctionnaire.
Lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui.[…] La collectivité publique est tenue d'accorder sa protection au fonctionnaire ou à l'ancien fonctionnaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle.

[725] Cass. soc. 18 mars 2009, n° 08-40.384

adolescent polyhandicapé parce que celui-ci lui avait enfoncé ses ongles sous la peau, était dépourvu de cause réelle et sérieuse. La Haute juridiction a fait droit à la Cour d'appel de Toulouse du 23 novembre 2007, qui avait mis dans la balance, d'une part l'attitude de l'adolescent, d'autre part celle de l'aide-soignante, irréprochable depuis treize années, pour avoir déclaré le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans cette espèce, la salariée a argué « un réflexe non intentionnel en réaction au comportement du jeune handicapé qui l'avait agrippée au bras ».

733. Mais cet arrêt ne doit pas laisser croire que l'expérience irréprochable du salarié pendant un certain nombre d'années suffise à le dédouaner de toute sanction. Ainsi dans un autre arrêt[726], la Cour de cassation n'a-t-elle pas tenu compte des états de service pour justifier le licenciement d'un moniteur chargé de l'encadrement et de l'insertion de personnes handicapées. En l'espèce, ce moniteur avait placé la personne dont il avait la charge dans une position discriminatoire et humiliante. Il faut noter que le conseil des prud'hommes avait considéré le licenciement disproportionné[727] eu égard à une faute certes, mais pour laquelle il fallait tenir compte de l'ancienneté et de l'absence de répercussions sur les autres travailleurs handicapés. La Haute Cour a ici donné toute sa place à la notion de dignité de l'être humain.

734. Ainsi, le même jour deux arrêts en apparence contradictoires ont été rendus par la Cour de cassation. Ils nous enseignent que les violences commises par les salariés peuvent se traduire en droit social par une sanction disciplinaire telle la rupture des liens conventionnels, que les juridictions apprécient suivant les circonstances pour les conforter ou les infirmer.

735. La jurisprudence semble être constante pour affirmer que des violences commises sur des personnes vulnérables constituent une faute grave rendant impossible la relation de travail. En témoigne l'arrêt du 22 mars 2011[728]

[726] Cass.soc. 18 mars 2009, n° 07-44.691
[727] Art.L. 1333-1 et L. 1333-2 C.trav.
[728] Cass. soc. n° 09-41596 du 22 mars 2011

où une aide-soignante dans une résidence de personnes âgées dépendantes a été licenciée pour « des faits de maltraitance », où notamment elle « avait en outre giflé cette personne âgée, la griffant même sur la joue, après l'avoir réprimandée pour avoir souillé son lit », à charge pour l'employeur qui relève les faits fautifs de respecter le délai [729] de prescription des sanctions disciplinaires de deux mois , à partir du jour où il en a eu connaissance pour engager des poursuites.

§4 - La responsabilité civile du service

A - La responsabilité délictuelle

736. Lorsqu'un dommage est commis par son commettant, la responsabilité de l'employeur est engagée sur la base de l'article 1384 du Code civil : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ». Ce principe tire sa légitimité du fait que le commettant est dans un lien d'autorité avec son préposé. Cette autorité suppose la commande et le contrôle du travail du subordonné. Ainsi l'arrêt *Blieck* du 29 mars 1991[730] est-il venu confirmer que l'on doit répondre des personnes dont on a la charge, même si, en l'espèce, il s'agissait d'un adulte handicapé dans un milieu chargé du contrôle de son mode de vie dans une prise en charge médico-sociale et non d'un salarié.

737. L'art 1384 en son alinéa 5 dispose donc que le commettant doit répondre civilement des dommages de son préposé. Du point de vue de la victime, cela permet son indemnisation éventuelle, disposant ainsi d'une action contre le préposé et contre le commettant, solidaires. Elle n'a pas à chercher au préalable si le dommage subi est consécutif à une faute personnelle du préposé

[729] Cass. soc. n° 10-30.225 et n° 10-30.226 du 27 sept. 2011
[730] Cass. Ass. Plén. n° 89-15.231 du 29 mars 1991

ou de son employeur, ou une conjonction des deux. Dans un premier temps, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, à travers plusieurs arrêts[731], exonérait le commettant de la responsabilité de plein droit si le préposé avait agi en poursuivant des intérêts personnels en dehors de ses fonctions et de toute autorisation de son employeur. Ces décisions vont bien sûr dans le sens de la responsabilisation des préposés, l'employeur n'ayant pas à réparer les effets de la turpitude du préposé. Mais, ces arrêts pouvaient laisser craindre que la moindre initiative dommageable n'entraîne *de facto* la responsabilité personnelle. La Haute Juridiction dans son arrêt *Costedoat* du 25 février 2000, a été amenée à préciser que : « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant ».

738. Mais cet arrêt, qui pose le principe d'une irresponsabilité du préposé qui agit dans le cadre de sa mission, vient en contradiction avec le principe général de la responsabilité civile posé par l'article 1382 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Pour que l'employeur puisse exercer une action récursoire contre son préposé, il aura à prouver en quoi celui-ci a excédé les limites de sa mission. Certes sa tâche sera facilitée si le préposé a commis une faute pénale (arrêt Cousin[732]), et ce même s'il a agi conformément à la mission qui lui a été assignée. Il nous semble que si l'action illégale a été commandée par le commettant, celui-ci aura du mal à faire admettre une action récursoire contre le préposé. Se posera, dans les cas où le préposé n'aurait commis aucune faute pénale, la définition des « limites de la mission ».

739. Lorsque le préposé est non pas auteur mais victime de l'usager dont il avait la charge, son employeur a-t-il l'obligation de l'assister juridiquement dans son action civile ou pénale contre l'auteur ? Nulle jurisprudence n'est apparue dans nos recherches. Par contre, si le préposé fait

[731] Cass . Ass. plén., 10 juin 1977, Bull. n° 3, p. 5 ; 17 juin 1983, Bull. n° 8, p. 11 ; 15 nov. 1985, Bull. n°9, p. 12 ; 19 mai 1988, Bull. n° 5, p. 7

[732] Cass. Ass. Plén., 14 décembre 2001, n° 00-82066

l'objet d'une poursuite pénale dans le cadre de sa mission, l'employeur est tenu de garantir à celui-ci son assistance juridique, en raison de l'application large de l'article 1135 du Code civil qui dispose que : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature». Les professionnels de l'aide à domicile ont manifesté, lors de nos entretiens, la crainte d'être laissés à eux-mêmes s'ils sont accusés de vols ou de violences sexuelles par les usagers. Ils sont conscients que l'intimité des logis et des corps les expose à pareil risque. La Cour de cassation les rassure sur ce point[733].

B - La responsabilité contractuelle

740. La responsabilité contractuelle du service d'aide à domicile peut elle aussi être engagée. Celle-ci s'entend comme « l'obligation pour le contractant qui ne remplit pas (en tout, en partie ou à temps) une obligation que le contrat mettait à sa charge, de réparer (en nature si possible ou, à défaut, en argent) le dommage causé à l'autre partie (le créancier), soit par l'inexécution totale ou partielle, soit par l'exécution tardive de l'engagement contractuel[734]». Comme pour la responsabilité civile délictuelle, les conditions de sa mise en œuvre nécessitent l'existence d'un dommage, d'une faute et du lien de causalité entre ces deux termes.

741. Pour les services d'aide et d'accompagnement à domicile, la loi de 2002-2[735] pose l'obligation d'établir un contrat ou un document individuel de prise en charge avec la personne âgée ou la personne handicapée[736], dans lequel on doit trouver les modalités d'intervention du service. Si l'une ou plusieurs des obligations venaient à être défaillantes, l'usager/client pourrait se

[733] Cass. soc. n° 04-48.612 du 18 octobre 2006
[734] CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant , PUF, coll. Quadrige dicos poche, 2009, p.821
[735] Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale
NOR: MESX0000158L
[736] Art. L.311-4 CASF

prévaloir des articles 1135 et 1147 du Code civil[737]. Sont concernés : la nature des soins apportés, la fréquence, éventuellement la régularité, bref, tous les moyens nécessaires à la bonne exécution du contrat. On peut constater par expérience que souvent les contrats sont établis en termes trop généraux qui exposent les services à des contentieux juridiques avec l'usager. Dans un exemple qui nous est rapporté, une personne handicapée manque une embauche parce que le service ne l'a pas préparée à temps pour qu'elle se présente à un entretien. Dans un autre, c'est une personne dépendante physiquement que l'auxiliaire de vie a laissée sur « une chaise percée » pendant plusieurs heures à cause d'une mauvaise organisation de son planning. Dans les deux cas, il s'agit d'une inexécution d'une obligation de résultat et non de celle de moyens comme nous avons pu l'entendre, comme pour minimiser le manquement. Quoi qu'il en soit, dans les deux cas, les services étaient débiteurs. Ne doutons pas que la judiciarisation des rapports entre les citoyens amènera à une jurisprudence jusqu'à présent absente.

742. De même, celle-ci à notre connaissance est encore muette sur la responsabilité contractuelle d'un service à domicile mandataire qui mettrait au service d'une personne handicapée ou d'une personne âgée un professionnel incompétent ou dépourvu des titres nécessaires. En effet, on pourrait envisager que l'usager/client devenu employeur du professionnel demande le remboursement des frais occasionnés par la procédure de licenciement du professionnel par exemple.

§5 - La responsabilité administrative

743. Celle-ci concerne évidemment les services dont la gestion est assurée par les collectivités territoriales ou les établissements publics. On sait, depuis le fameux arrêt Blanco du 8 février 1873, que la responsabilité « qui peut

[737] Art. 1147 CC : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part »

incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés [738] ». Il y a affirmation, d'une part que c'est l'autorité administrative qui est compétente même si la faute est commise par un agent de l'Etat, et d'autre part que la responsabilité de l'Etat est engagée solidairement à ses préposés, comme civilement responsable. Il n'y a plus, depuis cet arrêt, la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion qui prévalait pour déterminer la compétence juridictionnelle. Réaffirmation par le tribunal des conflits le 15 novembre 1999 (*Comité d'expansion de la Dordogne c département de la Dordogne*) que « la responsabilité qui peut incomber à l'État ou aux autres personnes morales de droit public en raison des dommages imputés à leurs services publics administratifs est soumise à un régime de droit public ; il n'en va autrement que si la loi, par une disposition expresse, a dérogé à ce principe ».

744. Cette légitimité juridictionnelle posée, qu'en est-il de la responsabilité administrative pour faute ? La notion de faute de service est en réalité inexacte, car ce n'est pas le service lui-même qui commet une faute, mais ce sont des agents qui le composent. Il serait plus juste de dire que la responsabilité publique est engagée pour faute d'autrui. Toutefois, par convention, nous parlerons de faute de service. Celle-ci est constituée dès lors que le service a mal fonctionné, suite à une insuffisance, une erreur ou une mauvaise organisation. C'est donc dans un fonctionnement défectueux du service que se trouve la faute de service.

745. Depuis l'arrêt Delville, s'il y a eu conjugaison d'une faute de service et d'une faute personnelle de l'agent, la victime peut demander la totalité de l'indemnisation à l'administration devant les tribunaux administratifs ou à l'agent devant les tribunaux judiciaires. Ainsi la tâche de la victime en est-

[738] T. confl. n° 00012 du 8 février 1873 publié au recueil *Lebon*

elle facilitée.

Section 2 - Les métiers de l'aide à domicile en regard du secret professionnel

746. Le secret professionnel imposé aux professionnels du fait de leur état, de leur profession ou de leur mission, ne s'applique pas actuellement à certains professionnels intervenant à domicile qui ne relèvent d'aucune de ces catégories. Or, l'intrusion dans l'intimité du domicile nécessite des règles impératives non seulement de discrétion, mais de secret.

747. Pour nombre de professionnels, le secret professionnel est inhérent à la profession, pour d'autres le secret s'impose par la mission exercée, pour d'autres encore, le secret professionnel fait l'objet d'une solennité comme pour bien marquer son caractère essentiel (médecin, mandataire judiciaire à la protection des majeurs). Ici le terme de secret professionnel n'est pas explicitement écrit, mais l'acte solennel du serment de ne rien révéler n'est-il pas la traduction concrète du concept [739] ? Le secret professionnel, c'est « l'obligation, pour les personnes qui ont eu connaissance de faits confidentiels, dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions, de ne pas les divulguer, hors les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret [740] ».

748. Dans le cadre des services d'aide à domicile, les personnels sont-ils soumis au secret professionnel ? Certes, la plupart des services mentionnent dans leur règlement intérieur l'obligation d'une discrétion professionnelle qui peut d'ailleurs s'interpréter dans la relation du professionnel et de l'employeur et/ou dans la relation de du professionnel avec l'usager. Il

[739] Monsieur Diégo Pollet, Docteur en droit, soutient que : « aucune règle de droit positif ne soumet le MJPM au secret professionnel », certes mais alors que signifie le serment prêté devant le Tribunal d'Instance et contenu dans le D. n° 2008-1504 ? in « Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs face au secret professionnel », *RDSS*, 2013, p.711

[740] CORNU (G.), op.cit., p.818.

peut être prévu éventuellement de le sanctionner disciplinairement en cas de manquement dans certaines conventions collectives, et les règlements intérieurs gagneraient à le faire figurer tant il est important pour les usagers d'avoir l'assurance que leur intimité ne sera pas dévoilée. La confiance nécessaire à la relation en est le prix. Mais est-ce suffisant ?

I - Le secret professionnel, preuve de confiance et de loyauté de la relation

749. Le Code pénal de 1994 ne donne pas de définition précise du secret professionnel, laissant ainsi aux juridictions le soin d'apprécier selon l'espèce. On peut noter que l'article 226-13 du Code pénal a substitué à la notion de secret confié de l'article 378 de l'ancien Code pénal, celle de l'information à caractère secret. Celle-ci ne nécessite pas d'être confiée, mais elle peut être comprise ou devinée par le professionnel, ce qui lui donne un caractère subjectif et renvoie à la responsabilité du professionnel.

§1 - L'obligation de se taire

A - La nature de l'infraction

1 - Les fondements du secret

750. Rappelons que le secret professionnel a été institué dans un but de double protection : celle de la vie privée de l'individu[741] et celle de l'ordre public[742] démocratique. Une erreur est souvent commise par les travailleurs sociaux sur le fait que le secret professionnel ne protège pas les

[741] Art.9 C. civ.

[742] Cass. Crim., 17 juillet 1936 ; Cass. Crim., 8 mai 1947, Bull. crim.1947, n° 124 : l'obligation au secret est établie pour assurer la confiance nécessaire du public à l'exercice de certaines professions ou de certaines fonctions ; Cons. Cont., déc. N° 94-352, 18 janvier 1995 relative à la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

professionnels, mais l'usager à qui appartient l'information à caractère secret. Il peut être considéré par certains comme un attribut de leur métier et comme la reconnaissance sociale d'une utilité, mais il ne peut en aucun cas être un privilège d'un professionnel pour se dérober à ses obligations.

751. Historiquement, la notion de secret professionnel se trouverait déjà dans des textes grecs autour des prêtres d'Asclepios. Le serment actuel du médecin, dit serment d'Hippocrate, reprend ce devoir de garder par devers soi les informations recueillies dans l'exercice de son art : « … Admis(e) dans l'intimité des personnes, je tairai les secrets qui me seront confiés. Reçu(e) à l'intérieur des maisons, je respecterai les secrets des foyers et ma conduite ne servira pas à corrompre les mœurs.»

752. Sous l'Ancien régime, il est reconnu aux prêtres puis aux avocats[743] le droit de ne pas divulguer des informations recueillies dans les confessionnaux ou les cabinets, mais sans que le secret ne soit une obligation sanctionnée par un texte. Vont apparaître dans le Code pénal de 1810 certaines professions tenues au secret. On y retrouve certes les médecins, mais aussi les pharmaciens et les sages-femmes. La jurisprudence vient ensuite enrichir la liste en y ajoutant toutes les professions où la confidentialité est nécessaire à l'exercice du métier, que l'article 378 de l'ancien Code pénal a affirmé : le notaire, le banquier et toutes les professions paramédicales. Le nouveau Code pénal de 1994 ne donne plus, quant à lui, une liste exhaustive des professions soumises au secret, mais élargit la notion de secret pour renforcer pénalement la protection de la vie privée. Il diffère aussi de l'ancienne rédaction par le fait qu'il ne s'agit plus de secrets qui ont été *confiés,* mais également appris ou devinés par le professionnel. L'élargissement de la nature du secret professionnel est en rapport avec la garantie apportée par l'article 9 du Code civil qui dispose que « Chacun a droit au respect de sa vie privée » et par d'autres textes nationaux et internationaux[744].

[743] Notons que les avocats sont issus des clercs dont ils ont emprunté le port de la robe.
[744] Art. L311-3 CASF : « le respect de sa vie privée et de son intimité [et] la confidentialité des informations la concernant » et art. 8 de la Conv.EDH

2 - Les personnes soumises au secret professionnel.

753. Dans le cadre des services à domicile que nous avons décrits, seules quelques professions astreintes au secret sont nommément prévues. Les infirmiers et infirmières des SSIAD, HAD ou SAPASAD font l'objet d'un texte précis du Code de la santé *:* « Les infirmiers et infirmières et les étudiants des instituts de formation préparant à l'exercice de la profession sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les réserves énoncées aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal ». Il précise par ailleurs les dispositions du Code pénal sur la nature du secret : « Le secret professionnel s'impose à tout infirmier ou infirmière et à tout étudiant infirmier dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, lu, entendu, constaté ou compris »[745]. Cette disposition concerne les stagiaires éventuels. Les services de soins à domicile ont l'obligation de respecter la vie privée des patients et le secret des informations les concernant, rappelés par le Conseil d'Etat[746] qui évoque le Code de la santé publique, englobant non seulement les SSIAD, mais aussi « […] un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins […] »[747]. La loi prévoit toutefois que les informations confiées à un personnel sont réputées être confiées à l'équipe de professionnels participant aux soins[748], sous réserve d'avoir recueilli préalablement l'accord du patient.

754. Les assistant(e)s de service social, quant à eux (elles), sont depuis longtemps assujetti(e)s au secret professionnel : « Les assistants de service social et les étudiants des écoles se préparant à l'exercice de cette profession sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les réserves énoncées aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal[749] ».

[745] Art. L. 4314-3 et R. 4312-4 C. santé publ.
[746] CE 6 février 2006 n° 270771, AJDA 2006, p. 1407
[747] Art.1110- 4 C. santé publ.al.1
[748] Art.1110- 4 C. santé publ. al.4
[749] Art. L.411-3 CASF

755. Peut-on considérer, pour les autres personnels qui ne sont pas nommément cités, qu'ils ont les mêmes obligations légales dès lors qu'ils sont des fonctionnaires travaillant dans des services à domicile gérés par des établissements publics ou des collectivités territoriales ? En effet : « Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le Code pénal. Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Hors les cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent[750] ». Ce serait le cas des éducateurs, moniteurs-éducateurs, AMP et autres personnels des SAVS, SAMSAH, SESSAD, qui peuvent être fonctionnaires de la fonction publique hospitalière ou territoriale. Les interprétations divergent quant à l'obligation du secret et non pas de la discrétion. Certains pensent qu'ils ne sont pas concernés. La loi pénale étant d'interprétation stricte, l'on pourrait penser que l'article 226-13 du Code pénal ne prévoit pas ces personnels puisque qu'ils ne relèvent ni des professions, ni des missions énumérées, à moins que l'on ne considère qu'ils y sont soumis par leur état même de fonctionnaire, de même que l'on reconnaît aux ministres du culte leur état. Toutefois, la révélation des informations est possible voire obligatoire dans certains cas. Ils peuvent être déliés de l'obligation de se taire par une autorisation expresse de l'autorité dont ils dépendent. Les élèves fonctionnaires sont eux aussi soumis, d'une part à la discrétion professionnelle[751], d'autre part au secret professionnel[752].

756. En ce qui concerne les autres professionnels de droit privé, pourraient-ils être soumis à l'article 226-13 ? Hormis les professionnels cités auparavant, les autres intervenants à domicile ne sont concernés par le secret professionnel, ni par état, ni par la profession exercée puisqu'elle n'est pas

[750] Art. 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires
[751] ibid
[752] D. n° 46-1432 du 14 juin 1946 ; L. n° 51-711 du 7 juin 1951.

expressément citée, ni par la mission si elle n'est pas dans la liste dressée par le Code de la famille et de l'action sociale. Or, l'action exercée au domicile des personnes âgées et handicapées n'y relève pas. Pourtant, ces professionnels exercent une action de soins, non pas à but curatif comme les médecins ou les infirmières, mais de soins au sens de l'attention apportée à l'intimité du corps et de l'état psychologique de la personne[753].

757. Une extrapolation (hardie ?) pourrait appliquer à ces professionnels l'article 1110-4 du Code de la santé publique : « Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant. Excepté dans les cas de dérogation, expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tout professionnel de santé, ainsi qu'à tous les professionnels intervenant dans le système de santé ».

758. De même, pourrait-on appliquer à ces professionnels le statut que la jurisprudence a développé, celui de confident nécessaire[754] ? En effet, on peut concevoir aisément que le temps passé auprès de la personne âgée ou handicapée pendant des mois, voire des années, font des professionnels les dépositaires de bien des secrets dont parfois la famille est exclue. Cette confiance n'est-elle pas au cœur de la relation entre le professionnel de l'aide à domicile et l'usager ? Dès lors, il doit être assuré que la règle est commune pour tous les professionnels relevant de cette relation : « La fonction d'aide et de solidarité devient une fonction sociale reconnue par la loi et crédibilisée par l'obligation faite aux professionnels de taire ce qu'ils ont pu apprendre à l'occasion de leur intervention. Ainsi les usagers sont assurés a priori d'une

[753] Les Anglo-Saxons distinguent, pour désigner le soin, « to cure » au sens médical et paramédical et « to care » au sens de prendre soin.
[754] Cass. Crim., 12 avril 1951, D. 1951, p.363 ;Cass. Crim., 14 février 1978, Dame Kerbrat, Dalloz 1978, p.354.

attitude commune sur l'ensemble du territoire, même s'ils ne connaissent pas bien les professionnels qu'ils mobilisent[755] ». La jurisprudence a accordé ce statut de confident nécessaire au ministre du culte, au médecin, à l'avocat et d'une manière générale « « à ceux qui exercent une profession à laquelle la loi, dans un intérêt général et d'ordre public, a imprimé un caractère confidentiel et secret[756] ».

759. Pour lever toute ambiguïté sur cette question et éviter le contrôle *a posteriori* par le juge pénal, l'évolution des pratiques professionnelles nécessiterait d'actualiser, dans le Code de l'action sociale, la liste des missions dans lesquelles les professionnels seraient soumis au secret professionnel, pour y inscrire celle des services à domicile d'aide aux personnes âgées et personnes handicapées.

760. Une réflexion particulière peut être faite au sujet du secret professionnel des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Certes, le droit positif ne mentionne dans aucun de ses textes l'assujettissement des mandataires judiciaires au secret professionnel, mais celui-ci lui est imposé sans le nommer, à travers des obligations que lui impose le Code civil[757] dans son article relatif à la protection des majeurs : « Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne ». Or, une des libertés individuelles est la préservation de l'intimité de l'individu. Par ailleurs, le mandataire judiciaire entre dans le champ des institutions médico-sociales qui impose à ceux qui en relèvent d'assurer à l'usager de ces institutions « […] le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité[758] […] ». Enfin n'oublions pas que le mandataire à la protection des majeurs prête un serment solennel, devant le tribunal d'instance lors de sa prise de fonctions, de garder le secret : « […] Je jure également de ne rien révéler ou utiliser de ce qui

[755] ROSENCZVEIG (J-P.), VERDIER (P.), *Le secret professionnel en travail social et médico-social*, Dunod, 2008, p.23
[756] Cass.Crim. 12 avr. 1951, D. 1951.363, note Besançon ; 5 févr. 1970, Rev. science crim. 1970.652, obs. Levasseur
[757] Art 415 al 2 C. civ.
[758] Art. 311-3 CASF

sera porté à ma connaissance à l'occasion de l'exercice du mandat judiciaire [759] ». Certes, la justice pénale d'interprétation stricte : « *Nulla crimen, nulla poena sine lege* », n'a pas traduit dans ses textes la répression de violation de l'obligation de se taire pour le mandataire. Toutefois, le droit disciplinaire trouvera à s'appliquer pour sanctionner le manquement du délégué à la tutelle, et la responsabilité civile du mandataire pourra être engagée en cas de préjudice, renforcés par le parjure[760]**.** Mais pour autant, le mandataire cerné par tous ces rappels à préserver les informations relatives à l'intimité de son protégé ne pourra pas faire l'économie de mettre à l'épreuve son éthique professionnelle à chaque fois qu'il sera amené à communiquer des renseignements.

B - Les éléments constitutifs de l'infraction

Le délit de violation du secret professionnel doit réunir les deux conditions cumulatives de l'élément intentionnel (1) et de l'élément matériel (2).

1 - L'élément intentionnel

761. Il est essentiel, puisque l'auteur doit avoir eu conscience qu'il a enfreint la loi rappelée dans sa répression à l'article 121-3 du Code pénal : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre […] ». Contrairement à l'adage populaire : « Nul n'est censé ignorer la loi », l'ignorance n'est pas réprimée. Il ne pourrait donc pas être poursuivi pour avoir divulgué des informations à caractère secret en ignorant qu'il y est astreint. De

[759] D. n° 2008-1504 du 30 décembre 2008 relatif à la prestation de serment mentionnée aux art. L. 471-2 et L. 474-1, à l'autorisation et au règlement de fonctionnement des services mentionnés aux 14° du I de l'art. L. 312-1 et à l'autorisation des services mentionnés au 15° du I de l'art. L. 312-1 du CASF, NOR: MTSA0829842D. Art. R. 471-2 chap. Ier du titre VII du livre IV du CASF

[760] Le parjure n'est pas puni en tant que tel mais seulement dans le cadre d'un faux témoignage prêté sous serment. Art.434-13 C. pén. « Le témoignage mensonger fait sous serment devant toute juridiction ou devant un officier de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende ».

même, si cette révélation se fait accidentellement ou par négligence (et l'utilisation des nouvelles technologies : fax, texto, ordinateur, représentent un danger à éviter). La violation du secret par négligence ou par imprudence aurait nécessité du législateur une disposition spécifique à l'instar de la responsabilité pénale[761] qui, par une loi du 13 mai 1996[762], dispose que la responsabilité pénale pourrait être engagée en cas de mise en danger délibérée par manquement à une obligation de prudence ou de sécurité. On peut imaginer que des propos imprudents lancés par un professionnel de l'aide à domicile dans une conversation privée tombent dans l'oreille d'un délinquant, qui disposerait ainsi de renseignements sur la vulnérabilité d'une personne âgée ou handicapée pour commettre son délit. Hors cette volonté, la violation du secret ne tient pas compte des motivations qui ont présidé à la divulgation des informations, qu'elles soient respectables ou malignes[763]. En principe, si l'élément intentionnel est présent ainsi que l'élément matériel, l'infraction est constituée même s'il n'y a pas eu de préjudice personnel. C'est ici l'ordre public qui a été troublé. A contrario, si l'infraction n'est pas constituée faute de l'élément intentionnel, mais que la révélation a commis un préjudice, la responsabilité civile délictuelle pourra être engagée ou la responsabilité contractuelle de l'organisme fautif.

2 - L'élément matériel.

Trois conditions cumulatives constituent l'élément matériel de la violation du secret professionnel tenant à la révélation (a), à l'information révélée (b).

[761] Art.121-3 C.pén. « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.
Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.
Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Il n'y a point de contravention en cas de force majeure. »

[762] L. n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence,
NOR: JUSX9601472L

[763] Cass.Crim. 7 mars 1989, Rev.sc. crim. 1990. 73, obs, Levasseur

a) L'action de révéler

762. Est passible de sanction l'action de lever le voile[764], c'est-à-dire de transmettre par voie orale ou écrite à un tiers des informations qu'on a le devoir de garder par devers soi. La notion de tiers doit s'entendre comme une ou plusieurs personnes et non dans une restriction de sens de diffusion à un large public. Une erreur est de penser que la responsabilité pénale n'est pas engagée dès lors que l'interlocuteur est lui-même soumis à l'obligation de se taire[765]. La remise d'un document permettant de deviner une situation suffit à constituer l'élément matériel de la révélation. Surprenante est la décision de la Cour de cassation[766] de considérer que le fait pour un médecin d'établir un certificat attestant de la pathologie du mari de sa cliente sur la foi des déclarations de celle-ci n'est pas une violation du secret médical. Elle semble établir que le secret professionnel n'existe que dans le cadre strict de la relation avec le client.

b) L'information révélée

763. Après la condamnation de l'évêque de Bayeux par le Tribunal de grande instance de Caen le 4 septembre 2001, pour n'avoir pas dénoncé des atteintes sexuelles sur mineur de quinze ans par un prêtre de son diocèse, ne reconnaissant pas le caractère de secret professionnel de ce qu'il a appris, car le secret « suppose une démarche spontanée de celui qui se confie envers celui qui le reçoit », on peut s'interroger sur cette interprétation de l'article 226-13 du Code pénal qui restreint l'information à *caractère secret* au simple secret *confié.* En effet, la rédaction du nouveau Code pénal semblait substituer la notion de *secret confié* à celle *d'information à caractère secret*. Pour autant, la loi en ne précisant pas le contour de ces informations à caractère secret laisse à la jurisprudence le soin de l'établir. Une première distinction peut être faite

[764] DUBOIS (J.), MITERRAND (H.), DAUZAT (A.), *Dictionnaire d'étymologie*, Larousse 2004, p.666 , révéler : « du latin *revelare*, dévoiler, de *velum*, voile »
[765] Cass. Crim., 21 novembre 1874, S. 1875. 1. 89 ; Cass. Crim., 16 mai 2000, Bull. n° 192
[766] Cass. crim., 23 janvier 1996,n° 94-81.232 , Bull. crim. 1996 n° 37 p. 92

entre l'information publique et l'information privée. Cette dernière, même si elle est connue ou susceptible de l'être ou de notoriété publique, est à caractère secret et ne doit pas être confirmée par le professionnel soumis au secret professionnel [767] ; en l'espèce, le livre publié par le médecin du président de la République sur la maladie de ce dernier. De même, le secret du délibéré d'un juré de la Haute Cour de justice relève du secret professionnel[768].

764. Mais ne commet pas de violation du secret professionnel celui qui révèle des informations le concernant, à l'intéressé lui-même. En effet, celui-ci est le « propriétaire » de ces informations, alors que le professionnel n'en est que le « dépositaire ». La loi 2002-3003 du 4 mars 2002 [769] relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a conforté ce que l'on savait déjà depuis l'arrêt Pasquier [770] du Conseil d'Etat, à savoir que le secret est inopposable à la personne elle-même.

765. Pourtant, le droit disciplinaire ne semble pas en tenir compte, car en l'espèce une aide-ménagère a vu son licenciement confirmé par la Cour d'appel de Lyon[771] pour avoir révélé à la personne aidée des informations la concernant, détenues par le service d'aide à domicile. De même, un éducateur est licencié pour avoir enfreint la consigne de ne pas faire de révélation à un jeune accueilli dans l'établissement[772]. Mais il est vrai que le droit du travail est autonome et, en l'espèce, l'aide-ménagère et l'éducateur n'ont pas respecté l'obligation de discrétion imposée par le contrat de travail ou les ordres reçus.

[767] TGI Paris 5 juillet 1996 (à défaut d'appel, est devenue définitive la condamnation du Dr Gubler pour violation du secret médical)
[768] Cass. crim. 25 janv. 1968, n° 66-93877
[769] Art. 1111-7 C. santé publ. « Toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues, à quelque titre que ce soit, par des professionnels et établissements de santé, qui sont formalisées ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé […]
[770] CE 11 déc.1969, n° 75 863, NOR : CETATEXT000007638910
[771] CA Lyon **,** ch. soc., 31 août 2006**,** n° 05/06796
[772] CA Aix-en-Provence — CH. 09 C — 26 octobre 2012 — n° 11/09045

§2 - L'autorisation, l'obligation de parler et le partage des informations

766. Mais dans quels cas le professionnel de l'aide à domicile est-il autorisé à parler ?

Il nous faut distinguer ici la situation où l'intervenant à domicile est soumis au secret professionnel, mais qui peut transmettre les informations avec la permission de la loi (A) et celui pour lequel la liberté de conscience n'est pas en question du fait de l'ordre de la loi s'imposant à tout citoyen (B). Enfin, le partage des informations à caractère secret improprement appelé « secret partagé » est-il admis pour les professionnels des services à domicile (C) ?

A - La liberté de conscience avec la permission de la loi

767. L'interdiction absolue de parler qu'impose le secret professionnel est devenue une position incompréhensible pour les citoyens devant les scandales révélés dans la presse, des violences exercées sur les personnes vulnérables, enfants, personnes âgées ou personnes handicapées. Ainsi donc, des permissions de la loi sont données aux professionnels soumis à l'obligation de se taire. Ce sont les dispositions de l'article 226-14 du Code pénal qui délient les professionnels du secret professionnel dans les cas où ils auraient connaissance de sévices ou de privations sur mineur ou sur une personne vulnérable incapable de se protéger en « raison de son âge, ou de son incapacité physique ou psychique ». Notons ici que le Code pénal, dans la nouvelle rédaction, a étendu l'obligation de dénoncer les actes délictueux, non seulement de sévices, mais aussi les privations aux personnes vulnérables en raison de leur âge, de l'incapacité physique ou psychique, ainsi que de l'état de grossesse.

768. De même, le médecin ne viole pas le secret médical en révélant au procureur de la République les constatations qu'il a faites laissant à penser qu'il y a eu des sévices de toute nature. Il doit auparavant recueillir l'accord de

la victime, à moins que celle-ci ne soit un mineur ou une personne incapable de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique. Tout professionnel de la santé ou de l'action sociale peut informer le Préfet du caractère dangereux pour le patient ou usager ou pour autrui de la détention d'armes ou du désir d'en acquérir, sans faillir au secret professionnel. Le législateur a cru bon d'ajouter que : « le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire[773] » pour protéger les professionnels des suites disciplinaires. Dans un cas, le Conseil d'Etat a validé le licenciement d'un éducateur pour avoir dénoncé à la gendarmerie des faits délictueux dans l'établissement qui recevait des jeunes en difficultés, tenant compte de la spécificité de l'établissement[774] « qu'eu égard à la nature de l'établissement et à la circonstance que la direction avait donné aux éducateurs des instructions sur l'attitude à avoir face à ces agissements délictuels, une telle initiative de M. H. constituait une faute d'une gravité suffisante de nature à justifier le licenciement ». Par contre dans une autre affaire, la Cour de cassation a déclaré nul le licenciement d'un professionnel sur le grief d'avoir signalé aux autorités compétentes une maltraitance envers les personnes accueillies[775].

769. Plus spécifiques sont les mesures permettant au travailleur social de révéler des informations qui relèvent du secret professionnel résultant de la loi relative à la prévention de la délinquance[776]. Ainsi, le professionnel de l'action sociale informe le maire et le président du Conseil départemental, s'il constate une *aggravation* de la situation d'un mineur, matérielle ou morale, qui nécessiterait d'autres interventions[777]. Cette mesure est-elle obligatoire ou facultative ? Ne met-elle pas dans l'embarras le travailleur social qui voit là le risque pour lui d'être considéré comme un auxiliaire du maire et perdre ainsi la confiance de l'usager. Si la mesure est obligatoire, elle ne prévoit pourtant pas

[773] Art.226-14 du C.pén, al.3
[774] CE 133800,12 avril 1995, B. Heniau c./ Fondation « Les orphelins apprentis d'Auteuil »,au *Lebon* ; *RDSS* 1995. 819, obs. S. Hennion-Moreau
[775] Cass. 26 octobre 2007
[776] L. n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance , NOR: INTX0600091L
[777] Art. L121-6-2 al.1 CASF

de sanction si le travailleur social ne s'y conforme pas. D'ailleurs, le terme d'*aggravation* est subjectif et permet d'échapper éventuellement au dilemme.

770. Ne viole pas non plus le secret professionnel, celui qui témoigne pour prouver l'innocence d'un prévenu ou d'un accusé. Alors que l'article 434-11 du Code pénal réprime d'une peine d'emprisonnement de trois ans et de 45.000 euros celui qui ne témoigne pas alors qu'il a les preuves de l'innocence d'une personne en détention provisoire ou jugée pour crime ou délit, il exempte les personnes astreintes au secret professionnel. Il renvoie là à une affaire de conscience. La même permission est accordée par la jurisprudence de parler pour prouver sa propre innocence[778] : « On ne saurait reprocher à qui que ce soit le droit de se défendre, et cette liberté essentielle ne peut être mise en échec par les règles du secret professionnel».

771. C'est cette confiance dans l'éthique du professionnel qui a fait évoluer la rédaction de l'ancien Code pénal relative à la dénonciation de crime et délit[779] vers la nouvelle qui exempte de la peine prévue pour non dénonciation les personnes soumises au secret professionnel, suivant en cela une jurisprudence qui, déjà, relaxait le professionnel qui n'avait pas prévenu les autorités judiciaires mais seulement l'autorité administrative. Seuls étaient exemptés les membres de la famille jusqu'au 4e degré inclusivement, sauf pour les crimes sur mineur de 15 ans. Le droit rappelle que le professionnel a « l'obligation de se taire et le droit de ne parler[780] »

772. Doit-on dénoncer un délit tel que la détention de produits stupéfiants[781] au domicile d'une personne où intervient un service d'aide à

[778] CA Douai 26 oct. 1951, Gaz. Pal 1951, 2, p. 425

[779] Art. 62 C. pén ancien « […], sera puni d'un emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de 360 F à 20.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement, celui qui, ayant connaissance d'un crime déjà tenté ou consommé, n'aura pas, alors qu'il était encore possible d'en prévenir ou limiter les effets ou qu'on pouvait penser que les coupables ou l'un d'eux commettraient de nouveaux crimes qu'une dénonciation pourrait prévenir, averti aussitôt les autorités administratives ou judiciaires. »

[780] BAUDOUIN (J.L.), Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve, 1965, LGDJ, cité par Mme le Pr Ghica- Lemarchand « La responsabilité pénale de la violation du secret professionnel » in RDSS n°3 mai-juin 2015 p.425

[781] Art. L3421-1 C. santé publ. « L'usage illicite de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants est puni d'un an d'emprisonnement et de 3.750 euros d'amende […] » ; art. 222-37 C. pén.

domicile ? La primauté demeure au secret professionnel semble dire la Direction de l'offre de soins (DGOS) dans une circulaire d'instruction « relative à la conduite à tenir en cas de détention illégale de stupéfiants par un patient accueilli dans un établissement de santé »[782]**.** En effet, elle rappelle, d'une part que les personnels des établissements de santé sont soumis au secret professionnel et que, d'autre part le législateur n'a pas prévu de dispositions spécifiques pour lever l'obligation comme pour les abus sexuels sur mineurs. En conséquence, les établissements de soins n'ont pas à dénoncer la possession illicite de stupéfiants. Cette référence explicite au secret professionnel vaut donc pour les personnels des établissements et services médico-sociaux, notamment les services à domicile.

La liberté de conscience de ne pas révéler est certes affirmée vis-à-vis du droit pénal, mais ne met pas à l'abri des sanctions disciplinaires.

B - L'obligation absolue de parler et l'inopposabilité du secret professionnel

773. Lorsque l'on évoque la révélation obligatoire par le professionnel d'informations à caractère secret, ce n'est pas une personne qui est dénoncée mais un fait d'autant plus grave qu'il peut être criminel. C'est là une distinction de nature à rassurer l'éthique du professionnel, faisant la différence sémantique entre une dénonciation et une délation. C'est à l'autorité judiciaire à diligenter les investigations nécessaires pour identifier la victime et l'auteur.

774. Il peut être intéressant de s'arrêter sur les faits de la dénonciation selon que l'on considère l'article 434-1 ou l'article 434-3 du Code pénal. Le premier fonde la légitimité de la révélation sur son utilité qui permettra de limiter les effets du délit à défaut de le prévenir « […] dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont

« Le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicites de stupéfiants sont punis de dix ans d'emprisonnement et de 7.500.000 euros d'amende […] »

[782] Instr**.** n° DGOS/DSR/mission des usagers/2011/139 du 13 avril 2011 relative à la conduite à tenir en cas de détention illégale de stupéfiants par un patient accueilli dans un établissement de santé. http://www.circulaires.gouv.fr/pdf/2011/04/cir_32904.pdf

susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés […] ». Le second, quant à lui, porte la révélation sur des faits qui ont eu lieu, sans viser pour autant l'empêchement de la réitération, mais pour lesquels la justice doit demander des comptes aux auteurs. Ce sont les sévices exercés sur les personnes vulnérables « […] connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse […] ». Il s'agit là d'actes positifs d'une certaine gravité qui n'incluent pas le manque de soin par exemple.

775. Si la dénonciation d'un délit ou d'un crime est laissée à la liberté de conscience, il en est autrement que de soustraire à la justice par tout moyen un auteur de crime ou d'un acte de terrorisme. En effet, seuls sont exemptés de la lourde peine de dix ans d'emprisonnement et de 45.000 euros, les parents en ligne directe ainsi que les frères et sœurs et les conjoints ou concubins notoires[783]. Le conflit de loyauté est pris en compte, mais nulle mention de secret professionnel. Le professionnel ne pourra pas évoquer l'excuse de la loi mais simplement son éthique personnelle, comme dans les affaires des « clandestins de Calais » où peuvent être réprimés[784] les auteurs des actions visant à aider des étrangers en situation irrégulière.

776. Lorsque le travailleur social dispose d'un mandat judiciaire, il ne lui est pas possible d'opposer le secret professionnel pour ne pas rendre compte à l'autorité judiciaire qui l'a mandaté. Il n'y a pas de conflit entre l'obligation de se taire et l'obligation de révéler, cette dernière seule existe. C'est ainsi que dans l'affaire *Montjoie*, des professionnels d'un établissement de protection de l'enfance se sont vu reprocher la non dénonciation de sévices infligés à un mineur qui leur a été confié. La Cour de cassation a confirmé la condamnation de professionnels qui n'avaient pas jugé utile de dénoncer au

[783] Art. 434-6 du C. pén.
[784] Art. L622-1 C. de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile « Toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30.000 Euros […] »

juge des enfants les sévices subis par le mineur qui leur a été confié. : « le secret professionnel imposé aux membres d'un service éducatif sur la situation d'un mineur confié à celui-ci par le juge des enfants est inopposable à cette autorité judiciaire, à laquelle ils sont tenus de rendre compte de son évolution et notamment de tous mauvais traitements, en vertu des articles 375 et suivants du Code civil et de l'article 1199-1 du nouveau Code de procédure civile, pris pour leur application ; tout comme ledit secret est inopposable, selon l'article 80 du Code de la famille et de l'aide sociale.au président du Conseil départemental pour les mineurs relevant de sa compétence[785] ». Cela ne peut pas être plus clair, secret professionnel soit, mais le juge des enfants qui a mandaté ce service de protection doit être tenu au courant de tout ce qui affecte le mineur qui lui est confié.

777. Pareillement, les professionnels concourant à la mission de protection de l'enfance dévolue au Président du Conseil départemental ont à communiquer sans délai à celui-ci ou à son représentant toute information relative au mineur protégé, le directeur de collège quant à lui, livrera ses informations aux autorités académiques[786].

778. La loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement prévoit en son article 30, dans le cadre de la prévention de la maltraitance des personnes âgées et personnes handicapées, une obligation pour les établissements et services, les lieux d'accueil et de vie d'informer sans délai les autorités administratives de tout ce qui pourrait nuire à la santé, la sécurité ou le bien-être des personnes accueillies, dans l'organisation desdits établissements et services[787]**.** Mais cette information pourra-t-elle être faite par un employé de l'établissement ou du service sans craindre de sanctions disciplinaires de son employeur ? L'obligation faite aux établissements et services n'est pas assortie de sanction, qui pourrait-être une pénalité financière. Les conditions de cette information doivent par ailleurs être définies par le Conseil d'Etat.

[785] CA Angers ch. correct. 12 juillet 1994, *Rev. Dr. sanit. et soc.* 1995, p. 362, obs. S. Bernigaud ; Cass. crim. 8 octobre 1997
[786] Cass. crim., 17 nov. 1993, Bull. crim., n° 347 ; Dr. pén. 1994, p. 58, obs. Véron ; Rev. science crim. 1994, p. 333 et 555, obs. Levasseur
[787] Nouvel art.L.331-8-1 CASF

C - Le partage des informations appelé « secret partagé »

779. Il y a une grande confusion autour de cette notion qui laisse à penser que la loi a libéré les professionnels de l'obligation du secret professionnel pour leur permettre d'échanger sans discernement les informations à caractère secret, dès lors qu'ils sont en équipe. Rappelons que la loi a, au contraire, renforcé la protection de l'intimité des personnes en étendant le champ du secret professionnel. Le partage des informations a trouvé sa légitimité et son intérêt dans un premier temps dans le domaine de la santé en permettant aux médecins d'échanger des informations pour assurer la continuité de soins de leur patient. La jurisprudence, depuis longtemps, confortée par la loi [788] plus récemment, a autorisé les soignants à partager les informations médicales au sein d'un hôpital, puisque le patient, en communiquant des informations le concernant à un membre de l'équipe médicale, est censé les avoir communiquées à l'ensemble de l'équipe : « Lorsque la personne est prise en charge par une équipe de soins dans un établissement de santé, les informations la concernant sont réputées confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe ».

780. Dans le domaine social, cette notion de secret partagé apparaît à l'occasion des lois n° 2007-293[789]et n° 2007-297 du 5 mars 2007[790] autorisant des professionnels à échanger des informations à caractère secret pour harmoniser et optimiser la prise en charge ; cette permission les excepte de l'article 226-13 du Code pénal. Certains travailleurs sociaux y ont vu là une permission générale, extrapolant légèrement (et dangereusement), pour l'appliquer dans toutes les situations où des travailleurs sociaux sont amenés à se réunir, et l'ériger en principe du travail social.

781. Mais, d'une part le législateur a placé cette autorisation dans le cadre de la protection de l'enfance et de la prévention de la délinquance, et,

[788] Art. L.1110-4 C. santé publ. issu de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002.
[789] Art. L.226-2-2 CASF
[790] Art.L.121-6-2 CASF

d'autre part, elle limite les échanges à ce qui est strictement nécessaire « à l'accomplissement de la mission de protection de l'enfance ». Enfin, les représentants légaux de l'enfant et l'enfant lui-même, s'il a la maturité suffisante, sont *préalablement* informés[791].

782. Il est souvent évoqué la circulaire Santé-Justice du 21 juin 1996, qui n'a pas de valeur normative, mais qui est une tentative d'encadrement du partage d'informations dans le cadre des professions de la santé : « Il convient, dans cette hypothèse, de ne transmettre que les éléments nécessaires, de s'assurer que l'usager concerné est d'accord pour cette transmission ou tout au moins qu'il en a été informé ainsi que des éventuelles conséquences que pourra avoir cette transmission d'informations et de s'assurer que les personnes à qui cette transmission est faite sont soumises au secret professionnel et ont vraiment besoin, dans l'intérêt de l'usager, de ces informations. Le professionnel décidant de l'opportunité de partager un secret devra également s'assurer que les conditions de cette transmission (lieu, modalités) présentent toutes les garanties de discrétion ». Si les échanges s'avèrent nécessaires, on doit le faire avec discernement : « éléments nécessaires », souci des destinataires, souci éthique des conséquences[792] ; l'intérêt de l'usager doit être présent et son accord est requis, à défaut son information doit être faite. Cette circulaire n'est pas un laissez-passer au bavardage.

783. L'arrêt de la Cour de cassation[793] reconnaît explicitement cette notion de « secret partagé » : « Dès lors, s'agissant de personnels appartenant certes à des catégories professionnelles différentes, mais toutes liées, comme le rappelle le préambule du règlement intérieur, par le même secret professionnel concernant les mêmes résidents. le litige se trouve placé dans le cadre d'un «secret partagé», entre deux collaborateurs d'une même institution, nécessairement appelés à partager, pour mener à bien leurs missions respectives, un certain nombre d'informations mais aussi à respecter

[791] Souligné par nous. Combien négligent cette exigence pour le moins d'ordre éthique
[792] Idée développée par Max Weber qui distingue l'éthique de conviction de l'éthique de responsabilité
[793] Cass, soc.24 octobre 2012, n° 11-21.277

individuellement le secret médical, concernant chacun des résidents séjournant ou ayant séjourné dans l'établissement ».

784. Partager des informations, ce n'est pas s'abstraire des règles du secret professionnel. Ainsi, évoquer des informations concernant l'état de santé d'un agent dans un comité technique d'établissement, quand bien même les membres présents seraient-ils soumis à la discrétion professionnelle, « n'exonère pas le directeur du secret médical[794] ».

785. A l'inverse, le refus de partager des informations mettant en avant le secret professionnel, est parfois invoqué pour se soustraire au contrôle de la hiérarchie. La Cour d'appel de Nancy[795] rappelle que dans le cadre d'une mesure d'action éducative en milieu ouvert, c'est l'association qui en est chargée et non le salarié qui n'en est que délégataire. La salariée n'est pas « légitimée à lui opposer une quelconque violation déontologique ». Le refus de communiquer les noms des familles suivies à la hiérarchie pour permettre de vérifier l'effectivité de la mission est considéré comme une insubordination. Cette attitude, autant ? que celle de refuser d'instruire des grilles destinées à établir des rapports d'activités en invoquant un défaut de déclaration à la CNIL, est également répréhensible disciplinairement : « le refus réitéré du salarié de faire son travail et son insubordination justifient son licenciement pour faute grave[796] ».

II - L'obligation de porter secours et de témoigner en justice

§1 - L'obligation de porter secours

786. Si le professionnel choisit de ne pas parler dans les situations que lui permet la loi, faisant le choix d'un intérêt supérieur à la révélation, pour

[794] CAA Nancy , 3e ch. , 14 décembre 2006, n° 05NC01086
[795] CA Metz, soc. 16 mai 2011, n° 09/00788
[796] CA Paris,soc., 29 octobre 2009, n° 08/01828

autant il n'est pas exempté de porter assistance à personne en péril[797]. Tout citoyen est tenu de porter secours à son prochain pour le préserver dans son intégrité corporelle, d'un crime ou d'un délit, dans la limite de ses capacités, sans se mettre lui-même en danger et ce immédiatement. De même, dans un cas de péril imminent. S'en abstenir l'expose aux foudres de la justice, la société réaffirmant par là sa volonté de combattre l'indifférence et souligner l'interdépendance de ses membres. Cette obligation morale est devenue obligation juridique. « La non-assistance à personne en danger est une conséquence indirecte de la non-dénonciation et accentue l'inertie coupable des professionnels. Le choix dont ils disposent dans la liberté de conscience est orientée[798] ». Il nous est rappelé que le juge met l'accent sur l'obligation de parler plutôt que sur le droit de se taire dès lors qu'il s'agit de l'atteinte à l'intégrité morale ou physique de la victime .

787. Monsieur Christian Guéry, magistrat, s'interroge[799] sur la pénalisation excessive de la vie sociale et ses répercussions dans l'application de l'article 223-6 du Code pénal, notamment dans le champ du travail social. La distinction sémantique entre « danger » et « péril » mérite d'être mentionnée puisqu'elle contient en germe les arguments de l'accusation et de la défense des incriminés. Il note que le péril fait référence à l'intégrité physique, voire à la mort de la victime, mais qu'il ne concerne pas (encore) la souffrance psychique. Pourtant, on connaît maintenant avec certitude les répercussions psychologiques des traumatismes causés par les agressions sexuelles sur les mineurs. Ainsi, dit-il : « Le glissement du péril entendu comme danger de mort ou de blessures graves touchant la personne vers un danger plus largement entendu risque de faire de cette incrimination le réservoir de pénalité où l'on trouvera la base de la poursuite du professionnel qui n'aura pas *bien*

[797] Art. 223-6 C. pén. « Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende.
Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours. »

[798] GHICA-LEMARCHAND (C.), « La responsabilité pénale de la violation du secret professionnel », *RDSS*, n°3 mai-juin 2015, p.424

[799] GUERY (Ch.), « Le défaut de protection de l'enfant, un nouveau délit ? », *Recueil Dalloz*, 2001, p.2393

protégé ». La formule lapidaire employée vaut avertissement ou conseil pour les travailleurs sociaux : « Là où il n'y a pas d'obligation de dire, il demeure celle d'agir ».

§2 - L'obligation de témoigner en justice

788. Si le professionnel garde volontairement le silence sur des informations à caractère secret, qu'en est-il lorsqu'il est sollicité par la justice pour témoigner devant les forces de police ou les juridictions. Nous avons vu que lorsqu'il agit, muni d'un mandat judiciaire, il doit prendre l'initiative de renseigner l'autorité judiciaire qui l'a mandaté. Tout citoyen est tenu de comparaître dès lors qu'il est cité, et de prêter serment. La défaillance peut conduire le juge d'instruction, sur réquisitions du procureur, à l'y contraindre par la force. Mais il peut se prévaloir des exceptions prévues par les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal[800]. Il serait maladroit pour le professionnel de parler de son droit à garder le silence, mais son intérêt est plutôt d'évoquer son obligation à se taire.

789. Concernant le mandataire judiciaire à la protection des majeurs, si la loi impose de l'aviser de la comparution de son protégé mis en cause devant une juridiction, il n'est pas tenu d'y répondre, constituant une exception de l'obligation du témoin ordinaire[801]. S'il est présent, il est entendu comme témoin et prête serment, sauf s'il en est dispensé comme membre de la famille. On comprendrait mal qu'il se dérobât à cette invitation, étant censé assister ou représenter le majeur protégé sans toutefois se substituer à l'avocat.

[800] Art. 109 C.pr. pén.
[801] Art 437C.pr. pén.

Section 3 : Le démarchage commercial et les clauses abusives

I - Le démarchage à domicile

790. Le démarchage commercial pour les services à domicile n'est pas soumis à réglementation. Bon nombre de prospectus sur les services à la personne et autres *flyers* se retrouvent quotidiennement dans les boîtes à lettres. Rien de plus normal que ces informations de nature commerciale. Mais qu'en serait-il si le démarchage se faisait harcelant ? A l'instar de ce qui se pratique déjà en matière de courtage pour les maisons de retraite, les grandes enseignes regroupant les services à la personne pourraient être tentées d'utiliser les mêmes méthodes. Le président de l'Association française de protection et d'assistance aux personnes âgées (Afpap)[802] dénonce les procédés de certaines sociétés commerciales. Tout en répondant à un besoin réel des personnes pour trouver des places en maisons de retraite, ces sociétés créent des sites Internet factices qui redirigent les appelants vers leur plateforme, faisant preuve de « harcèlement téléphonique ». Les appelants de leurs services proposent des formations gratuites aux professionnels prescripteurs pour s'attacher leur confiance, et suggèrent aux CCAS de leur confier l'animation de leur page Internet. Ces méthodes commerciales agressives seraient banales si la qualité des établissements était garantie. Or, l'enquête journalistique réalisée par le mensuel *60 millions de consommateurs*[803], montre que : « la sélection fournie était désastreuse » puisqu'elle comportait des établissements qui avaient reçu des injonctions de la part de la Direction départementale des affaires sanitaires et sociales.

[802] FERNANDEZ (C.) in *Hebdomadaire Espace social européen* n° 938-939 du 8 au 20 mai 2010, p16

[803] MAUGAIN (L.) in « Le business du placement en maisons de retraite », *60 millions de consommateurs*, n° 455, janvier 2010

791. Certes, le cahier des charges pour l'agrément services à la personne[804] prévoit au paragraphe 16 que le démarchage à domicile doit respecter l'article 121-23 du Code la consommation relatif au délai de rétractation. Dans le cadre de prestations réalisées par démarchage à domicile, le contrat doit être conforme aux exigences de l'article L. 121-23 du Code de la consommation et comprendre notamment un bordereau de rétractation, dont les conditions de présentation et les mentions sont précisées aux articles R. 121-3 à R. 121-6. Conformément au Code de la consommation, le bénéficiaire dispose d'un droit de rétractation de sept jours à compter du lendemain du jour de la signature du contrat conclu entre le bénéficiaire et le gestionnaire, dans les conditions prévues aux articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation. Durant ce délai de sept jours, conformément à l'article L. 121-26, aucune prestation ne peut être rendue, aucune contrepartie n'est perçue, aucun engagement n'est contracté. Cette disposition est-elle suffisante pour garantir que la personne âgée ou la personne handicapée signe le contrat en pleine conscience et en mesure la conséquence de tous les termes ? Les techniques de manipulation décrites par Messieurs. Robert-Vincent Joule et Jean-Léon Beauvois[805] laissent à penser que ces personnes sont bien peu armées pour résister. Sans nul doute, il conviendra d'être vigilant avec le développement des services à la personne et la concurrence commerciale comportant ce risque de dérive.

792. Les contrats établis par les services médico-sociaux avec les bénéficiaires ou usagers ont une rédaction encadrée par la loi. Il s'agit en particulier du document individuel de prise en charge (DIPC), élaboré avec la personne qui 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[806] ». Par contre, seules les dispositions du Code de la consommation peuvent prémunir la personne utilisatrice d'un service à la personne d'abus éventuels.

---

[804] Arr. du 26 décembre 2011 fixant le cahier des charges prévu à l'article R. 7232-7 du C. du travail

[805] JOULE (R.-V.), BEAUVOIS (J.-L.), *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, Presses Universitaires de Grenoble, 2002

[806] Art. L.311-4 et D.311 CASF

793. Le droit français de la consommation est conforme à la directive de la commission européenne, qui a énoncé un certain nombre de règles relatives à la conclusion de contrats entre un professionnel et un client, en matière de clauses abusives[807]**.** Elle pose pour principe que : «Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat[808] ». Cet article est d'autant plus important que les contrats des services à la personne sont souvent des contrats d'adhésion stéréotypés, pour lesquels les mentions qui diffèrent d'un contrat à l'autre ne portent que sur la nature et la fréquence des interventions. Il incombe au professionnel de faire la preuve que la clause a été négociée. Bien sûr : « l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part ; et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part ; pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible[809] »

794. Des clauses abusives ont déjà été relevées par la Commission des clauses abusives[810] dans les contrats de services à la personne. Ainsi, cette commission a-t-elle établi une liste de vingt-deux clauses abusives[811] dans des contrats établis par des services à la personne qui créent un « déséquilibre significatif » au sens de l'art.131-2 du Code de la consommation, entre les professionnels et les consommateurs, au détriment de ces derniers.

---

[807] Dir. 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, eur-lex.europa.eu,

[808] Al. 1 art.3 de Dir. cit..

[809] Al. 2 art. 4 de Dir. cit..

[810] Créée par art. L. 534-1 c. consom. « La commission des clauses abusives, placée auprès du ministre chargé de la consommation, connaît des modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs. Elle est chargée de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif. »

[811] Recommandation n° 12-01 relative aux contrats de services à la personne (BOCCRF du 18/05/2012)

Rappelons que le Code de la consommation distingue deux types de clauses abusives :

- celles qui portent atteinte gravement à l'équilibre du contrat et donc de manière irréfragable comme abusive et à interdire[812] **;** par exemple, lorsque le professionnel se réserve le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à la durée, au prix, ou supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement à l'une quelconque de ses obligations ;
- celles, présumées abusives, qui obligent le professionnel à fournir la preuve du caractère non abusif en cas de litige. Ce sont, par exemple, les clauses qui permettent au professionnel de résilier sans délai raisonnable[813].

Dans les deux cas, la clause abusive est réputée non écrite, sans entraîner pour autant la déchéance de tout le contrat.

795. Dans cette liste, en ce qu'elle concerne les services prestataires, de nombreuses clauses relevées sont relatives à leur champ d'application trop large, à la méconnaissance des droits des consommateurs, ou parce qu'elles lient le client de manière excessive au professionnel. Par exemple, une clause donne une définition de la force majeure plus large que celle du droit commun, une autre permet au professionnel de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable.

796. Contrevient au droit du client/consommateur, une clause autorisant le professionnel à modifier unilatéralement le contrat en cours d'exécution (changement de prix, par exemple) sans préavis et sans donner la possibilité au consommateur de résilier le contrat. La limitation du droit à réparation du consommateur lorsque le professionnel manque à ses obligations est déclarée abusive[814].

[812] Art. R.132-1 c. consom modifié par L. n° 2010-737 du 1er juillet 2010 - art. 62
[813] Art. R. 132-2 c.consom.
[814] Conformément au 6° de l'art.132-1 c. consom.

797. Est considérée comme abusive, la clause qui prévoit en tout état de cause la facturation des prestations non effectuées du fait du client, sans réserver le cas des motifs légitimes que peut invoquer ce dernier.

On y trouve aussi la clause qui laisse croire au client à une durée infinie de son lien avec le prestataire et l'interdiction définitive faite au client de pouvoir employer directement l'intervenant mis à sa disposition. La clause du contrat ne peut pas non plus obérer la possibilité pour le client d'un recours judiciaire en lui substituant un recours à l'amiable[815], ou réduire le délai en deçà du délai légal pour agir en justice. Enfin, le contrat ne peut pas prévoir de déroger aux règles de compétence des juridictions. Est abusive la clause qui prévoit que le professionnel puisse facturer des prestations aux héritiers de la personne décédée, alors qu'elles n'ont pas été réalisées.

798. En ce qui concerne les services mandataires, la Commission relève que, d'une manière générale, les particuliers sont mal informés de leurs obligations en qualité d'employeur, alors que cette information fait partie des engagements du service mandataire. On peut relever les mêmes clauses énoncées précédemment dans les contrats de prestataires, notamment les clauses permettant la résiliation du contrat sans préavis, visant à réduire le droit à réparation du consommateur, fixant la prescription d'une action en responsabilité en dessous de la durée légale, dérogeant aux règles légales de compétence des juridictions, laissant croire que le mandat est irrévocable et que le client ne peut y mettre fin.

799. Les clauses exigeant la preuve d'une faute lourde du service ou prévoyant la renonciation de tout recours, sont de nature à supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations. Par conséquent, elles sont déclarées irréfragablement abusives[816].

[815] Considérée comme abusive au sens du 10° de l'art. R. 132-2 du c. consom.
[816] Art. R. 132-1, 6°C. Consom.

800. De même, est abusive la clause qui prévoit que : « toute action en responsabilité se prescrira dans un délai de trois mois après la fin du solde des comptes du mandataire (paiement des intervenants et des charges sociales) », alors que l'article 2224 du Code civil dispose que « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

801. Certains contrats d'aide et d'accompagnement à domicile destinés à des personnes âgées, des personnes adultes handicapées ou atteintes de pathologies chroniques donnent le libre choix de la durée du contrat. Or, l'article L. 313-1-2 du Code de l'action sociale et des familles dispose que sont obligatoirement à durée indéterminée les contrats de services d'aide et d'accompagnement à domicile agréés à destination de ces personnes ; ces clauses sont donc abusives.

Sont abusives les clauses qui laissent penser au non professionnel qu'il bénéficie automatiquement de la déduction fiscale de 50 % sur les sommes engagées dans l'année.

CONCLUSION DUCHAPITRE SECOND

802. Les personnes âgées et les personnes handicapées dépendantes sont des personnes vulnérables. La loi dispose déjà de moyens de leur protection, d'autres sont à prévoir dans le cadre même des services à domicile. Il n'est pas inutile de rappeler aux salariés de ce secteur et à leur employeur, les dispositions pénales réprimant les infractions telles que l'abus de confiance, de faiblesse ou l'extorsion de fonds. Une remarque plus spéciale peut être faite par rapport aux libéralités qui peuvent devenir abusives, voire assimilables à la captation d'héritage. Nous proposons que soit étendue aux auxiliaires de vie l'interdiction de recevoir des libéralités pendant l'exercice de leur mission, qui s'impose déjà aux personnels d'établissements recevant des personnes âgées ou des personnes handicapées.

803. Il nous faut rappeler aussi les règles de responsabilité juridique dont chacun, salarié et employeur, doit connaitre les principes. Nous avons voulu insister sur la vigilance à apporter sur les formes de maltraitance que peuvent subir les personnes dépendantes à leur domicile. Les plus visibles sont les violences physiques volontaires, mais pour autant les violences morales et psychologiques, parce que discrètes, ne sont pas moins présentes. Elles engagent bien sûr la responsabilité pénale de leurs auteurs mais aussi la responsabilité civile de leurs employeurs. Il importe donc que ces derniers disposent de moyens de contrôle de l'activité de leurs employés pour prévenir toute infraction.

804. Le secret professionnel[817] est primordial dans la relation de confiance entre l'usager et celui ou celle qui l'aide. Il est aussi d'ordre public et le législateur l'a constamment étendu. Nous proposons d'apporter une attention particulière à cette question pour un secteur nouveau en essor. Trop souvent, nous avons pu constater par notre pratique professionnelle que la méconnaissance ou la confusion des dispositions existantes en la matière, engendre chez les professionnels, crainte, débordements ou rivalités. Nous suggérons d'étendre l'obligation de se taire à la mission d'aide à domicile nonobstant les qualifications des intervenants. Cette obligation de secret professionnel est compatible avec les autorisations de parler dont la loi dispose.

805. Enfin, la relation entre les services à domicile pour personnes âgées et personnes handicapées nécessite qu'elle soit contractualisée en des termes qui respectent le principe de la négociation. Le contrat ne doit pas comporter de clauses abusives qui en feraient un contrat léonin. Si le démarchage commercial au domicile pour les services d'aide à domicile n'est pas encore répandu, gageons qu'il se développera dans une économie concurrentielle de services.

[817] Voir dossier « le partage du secret professionnel dans le secteur social et médico-social » p.393 in *RDSS* n°3 mai-juin 2015

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

806. Nous nous sommes attaché dans cette seconde partie à examiner les moyens propres à assurer une meilleure protection des usagers des services à domicile, personnes âgées ou personnes handicapées dépendantes et vulnérables. La protection des personnes utilisatrices des services comporte deux volets : l'un qualitatif et l'autre juridique. C'est avant tout une formation exigeante des professionnels, l'élément répressif du droit n'étant là que pour dissuader ou réprimer des comportements déviants.

807. Pour être autorisés les services sanitaires ou médico-sociaux doivent employer du personnel qualifié. La composition en est même déterminée, pour certains d'entre eux, par voie réglementaire. Nous avons examiné les dispositifs de formation pour voir en quoi ils peuvent répondre aux besoins spécifiques des publics concernés. Tous obéissent à une même architecture allant de la définition des conditions d'entrée à la validation de la formation par une certification. Notre attention a porté sur la formation juridique des professionnels et sur leur sensibilisation à la réflexion éthique.

808. Une première préconisation que nous pourrions faire à ce stade est le rapprochement des deux qualifications, dans une même formation au métier d'aide et d'accompagnement à domicile des personnes âgées ou des personnes handicapées. En effet, si les assistants de service social sont mieux armés juridiquement, leur formation les dispose peu à la dimension relationnelle du métier. En revanche, si cet aspect est développé chez les éducateurs, ceux-ci sont plus démunis en ce qui concerne la culture juridique.

809. Les critères d'agrément des services d'aide et d'accompagnement à la personne ont été moins exigeants en matière de personnel. Ainsi ces services ont-ils pu employer des salariés non qualifiés ou formés dans l'entreprise de façon sommaire. L'aspect technique y est principal, les qualités relationnelles étant laissées à l'appréciation des employeurs. La structuration du secteur a montré la nécessité de l'emploi de personnels qualifiés par un diplôme.

810. Nous suggérons de profiter de ce temps de maturation du secteur de l'aide à domicile pour les personnes âgées et les personnes handicapées, pour regrouper des qualifications actuelles mais dont la mission est souvent identique. Ainsi, l'aide médico psychologique (AMP), l'aide-soignant, le technicien en intervention sociale et familiale (TISF) et l'auxiliaire de vie sociale (AVS) pourraient-ils se retrouver sous une même formation débouchant sur un même diplôme qui serait celui de l'aide à domicile.

811. La formation des mandataires judiciaires à la protection des majeurs est remarquable en ce qu'elle institue une formation spécifique pour un métier aux missions bien décrites, regroupant ainsi dans une unité professionnelle des salariés provenant de formations diverses.

812. La structuration d'un secteur d'activités nécessite d'établir des règles négociées entre employeurs et salariés, dans le cadre d'une convention collective de travail, non seulement pour donner un statut aux travailleurs mais aussi pour rassurer les utilisateurs. Or, la construction des services à domicile s'étant appuyée sur des dispositifs existants, on a recherché à en appliquer les règles, dans le nouveau cadre, par analogie. La multiplicité des conventions collectives appliquées nuisait à un pilotage des politiques sociales, d'autant plus que la solvabilisation de l'accès à ces services dépend essentiellement des finances publiques. Dès lors, la comparaison devient impossible, chacun faisant valoir sa différence. L'établissement d'une convention collective unique devient nécessaire. Le processus d'unification des conditions de travail dans le secteur de l'aide à domicile est à poursuivre.

813. La garantie d'une prestation de qualité auprès des personnes âgées et des personnes handicapées est donnée par les dispositions obligatoires d'évaluation interne et externe prévues par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale pour les services autorisés seulement. Là encore, une disparité existe entre les services autorisés et les services puisque ces derniers ne sont pas contraints à ces évaluations.

814. La protection juridique des utilisateurs est assurée par les dispositions du droit pénal actuel, en les étendant au besoin aux services d'aide à domicile. Ainsi, à notre sens le droit commun est applicable aux contrevenants en matière de spoliation, d'abus de faiblesse, d'extorsion de fonds sans qu'il soit besoin de le modifier. De même, les infractions relatives aux violences concernent aussi les actes de maltraitance. En revanche, il nous paraît d'interdire aux personnels des services d'aide à domicile pour les personnes dépendantes, de recevoir des libéralités comme il l'est imposé aux personnels des établissements de soin. L'employeur des salariés contrevenants peuvent voir leur responsabilité civile engagée du fait de leur qualité de commettants et encourent la fermeture administrative de leur service.

815. Le secret professionnel est un sujet d'inquiétude chez les travailleurs sociaux parce qu'il est mal compris. Il y a aussi une grande confusion dans la notion de « secret partagé » dont nous avons pu constater qu'il provoque des incompréhensions dans les réunions d'équipe. Nous avons donc voulu en rappeler les grands principes en suggérant d'étendre l'obligation de se taire à la mission d'aide à domicile quels que soient les professionnels impliqués.

816. Nous pourrions, au terme de cette seconde partie, faire les préconisations suivantes,

- relative à l'amélioration de la qualité des services :

1. Faire un tronc commun de formation, dans le champ l'aide à domicile des personnes dépendantes, des éducateurs spécialisés et des assistants de service social ;
2. Réunir en un seul diplôme (assistant de vie à domicile) les qualifications d'auxiliaire de vie sociale, d'aide-médico-psychologique, de technicien en intervention sociale et familial, d'aide-soignant ;
3. Fusionner la convention collective unique de la branche de l'aide, de l'accompagnement, des soins et des services à domicile[818]des structures à but non lucratif avec la convention collective nationale des entreprises de services à la personne du 20 septembre 2012 ;

- relative à la protection juridique des utilisateurs :

1. Etablir l'interdiction de recevoir des libéralités pour les professionnels de l'aide à domicile pendant l'exercice de leur mission ;
2. Etendre le secret professionnel à la mission d'aide à domicile, pour tout intervenant, quelle que soit la profession.

818 Entrée en vigueur le 1er janvier 2012 par l'arrêté du 23 décembre 2011 portant extension de la convention collective nationale de la branche de l'aide, de l'accompagnement, des soins et des services à domicile et d'avenants à ladite convention collective (n° 2941**)** NOR: ETST1135420A

CONCLUSION GENERALE

817. Cette recherche, dont l'objectif est d'éclairer un secteur peu exploré dans son ensemble, montre la nécessité d'harmoniser et de rendre cohérentes certaines politiques sociales. Il y a trop de juxtapositions de textes élaborés au cours des décennies, principalement dans des périodes fastes de notre économie nationale, où la générosité pouvait venir donner corps à la solidarité nationale, où la créativité des promoteurs associatifs venait apporter des réponses aux besoins des personnes âgées et personnes handicapées.

818. La conjoncture économique actuelle risque de laisser sur le bord du chemin les personnes rendues vulnérables par la maladie, l'âge ou le handicap. Une nouvelle voie doit être trouvée en rompant avec le mode traditionnel qui utilise des notions trop fluctuantes et peu opérationnelles, celles de « vieillesse » et de « handicap ». La loi n°2002-2 du 2 janvier 2002[819] rénovant l'action sociale et médico-sociale et celle n°2005-102 du 11 février 2005 dite loi handicap ont développé le concept de personnalisation des projets de vie et de leur accompagnement, de l'évaluation des besoins de la personne et des dispositifs. Ce sont des approches soucieuses de la personne humaine

[819] L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, NOR: MESX0000158L

dépendante. Le financement des services, notamment celui des services d'hospitalisation à domicile, mériterait d'être simplifié et stabilisé, afin de rassurer les gestionnaires inquiets des modifications incessantes des modes de calcul de la tarification.

819. Ainsi, doit-on développer un autre paradigme pour répondre aux besoins et aux attentes des personnes handicapées et des personnes âgées. Il faut penser ces réponses en termes de dispositif d'accueil permettant une continuité de la prise en charge. Le rapport du conseiller d'Etat, Monsieur Denis Piveteau[820], propose des solutions pour éviter les carences dans l'accompagnement des personnes en situation de handicap. Il préconise notamment que la décision d'orientation soit formulée « en termes de moyens à mobiliser et de services à procurer sans se limiter à la seule formulation juridique de type de structure[821] ». Il confirme ce que notre recherche a montré, à savoir que la classification actuelle des établissements et services pour enfants et pour adultes handicapés, trop segmentée, nuit à la cohérence du système de prise en charge et conduit à des difficultés de définition des compétences et des missions des acteurs.

820. L'accès aux services à domicile pour enfants en situation de handicap, tels les services de soins et d'éducation à domicile, est gratuit. Mais les délais de réponse par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées sont encore trop longs, souvent supérieurs aux quatre mois de rigueur imposés par la loi, en matière de prestation de compensation du handicap destinée à financer l'aide humaine.

821. Si, en 2005, l'arrivée des services à la personne marchands dans le secteur social et médico-social paraissait mettre en péril l'édifice associatif ou public construit de longue date, si l'on pouvait craindre que la qualité du service rendu aux usagers ne soit pas garantie, l'exigence de qualité

[820] PIVETEAU (D.), « "*Zéro sans solution " : Le devoir collectif de permettre un parcours de vie sans rupture, pour les personnes en situation de handicap »,* juin 2014, Disponible sur http://www.social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Zero_sans_solution_.pdf
[821] Rapp. ibid p.31

du cahier des charges de l'agrément est de nature à nous rassurer. Mais l'existence de deux systèmes : services autorisés ou services agréés, dénoncée par les uns et par les autres des opérateurs, ainsi que par la Cour des comptes, mériterait d'être remise en question pour aboutir à un seul régime qu'il faudra choisir.

822. La réflexion sur le « cinquième risque » était une opportunité pour remettre en étude les dispositifs pour les personnes âgées devenues dépendantes et ceux relatifs aux personnes handicapées dépendantes. La loi pour « l'adaptation de la société au vieillissement [822] » ne règle pas la prise en charge financière de la dépendance. Exclusivement centrée sur la situation de la population française qui vieillit, elle achoppe principalement, nous semble-t-il, sur la difficulté du choix de financement, entre la part laissée à l'initiative personnelle dans la prévision des difficultés et celle prise par la solidarité nationale. La vie à domicile est certes améliorée pour les personnes âgées par la revalorisation de l'APA, mais les besoins de celles-ci sont loin d'être couverts pour une totale sécurité, tant les restes à charge demeurent importants. L'innovation en matière juridique permettrait de développer le soutien aux aidants familiaux, qui sont indispensables à la vie à domicile des personnes dépendantes, âgées ou handicapées. La nouvelle loi promue, dans un contexte de situation économique contraint, risque de ne pas apporter des réponses à long terme au problème de la prise en charge de la dépendance.

823. Dans le secteur des services à domicile, que l'on prévoit en expansion, du fait notamment du vieillissement de la population et du risque de la dépendance, l'attractivité des métiers d'accompagnement doit passer par leur revalorisation. Ils ne doivent pas devenir des sous-emplois de moindre qualification où l'on note qu'en 2010, 98% des professionnels de l'aide à domicile sont des femmes et que parmi celles-ci, 62,1 % ne possède aucun diplôme[823]. Un effort de professionnalisation reste à faire, en simplifiant tout d'abord les statuts des personnels exerçant les mêmes fonctions, et, ensuite,

[822] adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale en septembre 2015
[823] MARQUIER (R.), « « Les intervenantes au domicile des personnes fragilisées en 2008 », DRESS, *Etudes et résultats*, n°728, juin 2010

en les rendant plus attractifs, par l'amélioration des conditions de travail. La qualité du service rendu aux usagers des services à domicile passe par celle de la formation des personnels, qui ne doit pas être centrée exclusivement sur l'apprentissage de gestes techniques, mais doit aussi amener les futurs professionnels à mieux appréhender les dimensions éthique et juridique de leur métier. Nous avons montré que le système des aides à domicile nécessite d'être réformé, le rapport des parlementaires en juin 2014 le dit en termes plus alarmants[824]**.** La Cour des comptes conforte par ailleurs notre analyse de la situation en ce qui concerne l'empilement des accords de branche : comme la Haute juridiction financière le constate «… alors que la loi de 2005 aurait dû conduire au regroupement au sein d'une même branche des entreprises privées et des organismes à but non lucratif, cette solution n'a pu aboutir et la création d'une nouvelle branche a fini par s'imposer, faute d'accord entre les partenaires[825]».

824. Des ajustements de l'arsenal juridique permettraient de protéger davantage les personnes handicapées et les personnes âgées qui ont recours aux services à domicile, notamment dans la préservation de la vie privée, dans laquelle par nature ces services font intrusion. Ainsi, tous les personnels exerçant dans le secteur de l'activité de l'aide à domicile devraient-ils être soumis au secret professionnel. Les personnes dépendantes, vulnérables du fait de leur âge ou de leur handicap, doivent être particulièrement protégées contre les risques de maltraitance. De nombreuses études ont montré que le risque de maltraitance de la part des aidants est proportionnel à la dépendance des personnes aidées. Aussi, des réunions de supervision du travail des intervenants à domicile sont-elles essentielles dans ce type de services.

825. Parce qu'elles sont de potentielles victimes des techniques de vente particulièrement agressives et affinées, les personnes dépendantes devraient être mieux protégées sur le plan civil comme sur le plan pénal.

---

[824] VALERENBERGHE (J.M.), WATRIN (D.), « L'aide à domicile auprès des publics fragiles : un système à bout de souffle à réformer d'urgence », *rapport d'information Sénat*, n° 575, juin 2014

[825] C. comptes, « Le développement des services à la personne et le maintien à domicile des personnes âgées en perte d'autonomie », enquête demandée par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale, juillet 2014, p115-116

826. Le développement des technologies numériques, notamment la vidéo-surveillance ou la santé connectée, qui peuvent constituer un progrès dans les dispositifs de maintien à domicile des personnes âgées et des personnes handicapées, méritera une grande vigilance du droit et une réflexion éthique, afin que l'article 9 du Code civil : « Chacun a droit au respect de sa vie privée […] » ne soit pas violé au nom de la nécessité de préserver la sécurité de ces populations.

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages

A- Ouvrages généraux

1- Droit

BADINTER(R.), *Projet du nouveau code pénal, Présentation*, Dalloz, 1988, 171 p.

BARBIER (J.-C.), THERET (B.), *Le système français de protection sociale*, coll.Repères, La Découverte, 2009, 126 p.

BORGETTO (M.), LAFORE (R.), (a) *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 7e éd , Paris : Montchrestien, Lextenso, Domat Droit public, 2009, 735 p.

_____ (b) *La République sociale, Contribution à l'étude de la question démocratique en France,* PUF, La politique éclatée, 2000, 367 p.

CAIRE (G.), *Economie de la protection sociale*, coll. Amphi Economie, Bréal, 2002, 239 p.

DUPEYROUX (J.-J.), PRETOT (X.), *Droit de la Sécurité sociale*, Dalloz, coll. Mémentos, 12e éd., 2008, 215 p.

DUPEYROUX (J-J.), BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de la sécurité sociale,* Dalloz, coll. Précis, 18e édit., 2015,1296 p.

FRINAULT (T.), *La dépendance, un nouveau défi pour l'action publique*, Presses universitaires de Rennes, 2009, 240 p.

GUILLEMARD (A.-M.), (dir.), *Où va la protection sociale ?*, PUF, Le lien social, 2008, 404p.

HUMBERT (C.), coord., *Institutions et organisations de l'action sociale ; Crises, changements, innovations* ?, L'Harmattan, 2003, 238 p.

KESSLER (F.), *Droit de la protection sociale*, 3e édition, Dalloz, coll. Cours, 2009, 755 p.

LACOUR (C.) *Vieillesse et vulnérabilité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. du Centre Pierre Kayser, 2007, 569 p.

LAGRAULA-FABRE (M.), *La violence institutionnelle : une violence commise sur des personnes vulnérables par des personnes ayant autorité*, Paris : l'Harmattan,, 2005, 574 p.

LE TOURNEAU (PH.), CADIET (L.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2000, 1420 p.

LHUILLIER (J.M.), *La responsabilité civile, administrative et pénale dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, 3e éd., Rennes : Ed. ENSP, 2004, 446 p.

MURARD (N.), *La protection sociale*, 5e éd., La Découverte, 2004, 122 p.

NAVES (P.), DEFALVARD (H.), et all., *Economie politique de l'action sociale*, Paris : Dunod, 2006, 313 p.

PELLET (R.), (dir.), *Finances publiques et redistribution sociale, XXe anniversaire de la Société Française de Finances Publiques*, Paris : Economica, 2006, 414 p.

PELLET (R.), *Les finances sociales : économie, droit et politique*, coll. Finances publiques, Systèmes, L.G.D.J., 2001, 211 p.

PURIERE (A.), *Assistance sociale et contrepartie, Actualité d'un débat ancien*, L'Harmattan, 2009, 136 p.

SCHMIDT-KERHOAS (V.), *Les travailleurs sociaux et le droit pénal*, Paris, Montréal : L'Harmattan, coll. le travail social, 1998, 332 p.

VERDIER (P.), ROSENCZVEIG (J.P.),(a) *Les responsabilités en travail social*, Paris : Ed. Jeunesse et droit, Dunod, 1998, 335 p.

_____, (b) *Le secret professionnel en travail social*, Paris : Ed. Jeunesse et droit, Dunod, 1998, 139 p.

VILLERS (M.) DE, (dir.), *Droit public général*, Paris : LexisNexis, 2006, 1323 p.

2- Sociologie et Philosophie

BOURDIEU (P.), *Questions de sociologie*, Les Editions de Minuit, 1984, 277 p.

EBERSOLD (S.), *L'invention du handicap: la normalisation de l'infirme*, C.T.N.E.R.H.I. diffusion PUF, Flash informations, 1992, 287 p.

ENNUYER (B.), *Les malentendus de la dépendance, de l'incapacité au lien social*, Paris : Dunod, 2002, 330 p.

FOUCAULT (M.), *Folie et déraison, Histoire de la folie à l'âge classique*, éd. abrégée de 1961, Paris : Plon coll. 10/18, 1964, 308 p.

GOFFMAN (E.), *Stigmate, les usages sociaux des handicaps*, Ed. de Minuit, Le sens commun, 1975, 175 p.

GRIM (O. R.), *Du monstre à l'enfant, Anthropologie et psychanalyse de l'infirmité*, C.T.N.E.R.H.I., Essais, 2000, 189 p.

JOULE (R.-V.), BEAUVOIS (J.-L.), *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, Presses Universitaires de Grenoble, 2002, 279 p.

KANT (E.), *Critique de la raison pratique* (1788), trad. L. Ferry et H. Wismann, Gallimard, «Folio *»,* 1985, 256 p.

ROSENVALLON (P.), *La crise de l'Etat-providence* , coll. Points , Seuil, 1984, 184 p.

STIKER (H.-J.), a) *Corps infirme et société*, Essais d'anthropologie historique, Paris : Dunod, 1997

_____, b) *Les métamorphoses du handicap de 1970 à nos jours*, Presses universitaires de Grenoble, coll. Handicap Vieillissement Société, 2009, 262 p.

B- Ouvrages spéciaux

BARBIER (J.-C.), THERET (B.), *Le système français de protection sociale*, coll.Repères, La Découverte, 2009, 126 p.

BEC (C.), *L'assistance en démocratie, Les politiques assistantielles dans la France des XIXe et XXe siècles*, coll.Socio-histoires, Belin, 1998, 254 p.

BEC (C.), PROCACCI (G.), (dir.), *De la responsabilité solidaire, Mutations dans les politiques sociales aujourd'hui,* Sillepses, coll. Le présent avenir, 2003, 266 p.

BOUISSON (J.), *Le syndrome de vulnérabilité*, Paris : Tec&Doc, Sciences du risque et du danger, 2008, 121 p.

CASTEL (R.), (a) *Les métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat*, Paris : Fayard, 1995

_____, *(*b*) L'insécurité sociale, qu'est-ce qu'être protégé ?* La République des Idées, Seuil, 2003, 95 p.

CUNIN (J.-C.), *Le handicap en France, Chroniques d'un combat politique*, Paris : Dunod, 2008, 229 p.

DJAOUI (E.), *Intervenir à domicile*, Presses de l'E.H.E.S.P., Politiques et interventions sociales, 2e édition, 2008, 278 p.

GARDOU (C.) et coll., *Professionnels auprès des personnes handicapées, Le handicap en visages-4,* Eres, Connaissance de l'éducation, 2000, 1ère éd. 1997, 251 p.

LAURIEC (T.), *L'école à l'envers, Former des enseignantes en infirmerie,* Paris : Ed. Lamarre, 1992, 344 p.

NUSS (M.), *La présence à l'autre, accompagner les personnes en situation de grande dépendance*, Paris : Dunod, 2005, 153 p.

REBOUL (H.), *Vieillir projet de vie, essai psychosociologique*, Paris : Ed. du Chalet, 2e éd. , 1992, 215 p.

SENTILHES-MONKAM (A.), *L'hospitalisation à domicile, une autre manière de soigner*, Paris : L'Harmattan, coll. Ethique et pratique médicales, 2008, 260 p.

TERRAL (D.) (dir.), *Prendre en charge à domicile l'enfant handicapé, Les services d'éducation spéciale et de soins à domicile (SESSAD)*, Paris : Dunod, 2002, 174 p.

VIARD (A.) (dir.), Creai Rhône-Alpes, *La loi de rénovation de l'action sociale au quotidien,* Paris : L'Harmattan, Technologie de l'action sociale, 2006, 222 p.

ZUCMAN (E.) *Auprès de la personne handicapée, une éthique de la liberté partagée*, Vuibert Espace éthique, 2007, 223 p.

C- Dictionnaires

COMTE-SPONVILLE (A.), *Dictionnaire philosophique*, PUF, coll. Perspectives critiques, 2001, 647 p.

CORNU (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige dicos poche, 2009, 986 p.

ROLAND (H.), BOYER (L.), *Adages du droit français*, LITEC, 4e édit.,1999, 1021 p.

II- Articles

ALT-MAES (F.), « Le concept de victime en droit civil et en droit pénal », *RSC* 1994, p. 35

BAUMANN (C.), COURCENET (S.), GHNASSIAS (J.-P.), et al., « La prise en charge de la dépendance des personnes âgées en Europe », Dalloz, *AJ Famille*, 2003 p. 261

BEN ABDALLAH(A.), « Le document individuel de prise en charge : du contractuel à l'unilatéralité », *RDSS*, 2012, p.18

BICHOT (J.), « Faut-il une cinquième branche pour le cinquième risque ? », Dalloz, *RDSS*, 2008 p. 940

BOISSEL (A.), « Parentalité et handicap », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence* 3/2008 (n° 73), p. 63-70

BORGETTO (M.), LAFORE (R.), « Le Droit de l'aide et de l'action sociale à l'épreuve de l'acte II de la décentralisation », *Recherches et Prévisions*, n° 87, mars 2007, pp. 17-24.

BREUIL-GENIER, « Aide aux personnes âgées dépendantes : une très grande hétérogénéité des pratiques » in « Comparer les systèmes de protection sociale en Europe du Nord et en France », Rencontres de Copenhague, vol. 1, 1999*, MiRe-DREES*

BRULE (P.), « L'exposition des enfants en Grèce antique : une forme d'infanticide », *Enfances & Psy 2009/3 (n° 44),* éd. Eres, p. 19-28

DARRIEUX (P.), HAZIF (C.), PRADERE (C.), THOMAS (P.), « Dépendance affective de la personne âgée et abus de faiblesse », *Gaz. Pal*.1996.2, p. 805

DEGAVRE (F.), NYSSENS (M.), « L'innovation sociale dans les services d'aide à domicile. Les apports d'une lecture polanyienne et féministe », *Revue Française de Socio-Économie* 2/2008 (n° 2), p. 79-98

DE VIVIE (A.), « Plaintes des usagers et des familles », *Gérontologie et société* 4/2005 (n° 115), p.161-177

DJELLAL (D.) et al., « La dynamique de l'innovation et du changement dans les services de soins aux personnes âgées » , *Revue Française des Affaires sociales* 3/2004 (n° 3), p. 137-169

DOUAT (E.), « Quels seront les effets sociaux de la décentralisation financière » in, *Finances publiques et redistribution sociale, XXe anniversaire de la Société Française de Finances Publiques*, Pellet (R.), dir., Paris : Economica, 2006, p.279-288.

DUPUY (P.M.), « Responsabilité » in *Dictionnaire de la culture juridique*, (dirs.) ALLAND (D.) et RIALS (S.), LAMY-PUF, coll. Quadrige, Dicos poche, 2003, p.1649

ELBAUM (M.), « Les réformes en matière de handicap et de dépendance : peut-on parler de "cinquième risque" ? » *Droit social*, n°11, Novembre 2008, p.1091-1102

ENNUYER (B.), (a) « 1962-2007 : regards sur les politiques du maintien à domicile », *Gérontologie et société* 4/2007 (n° 123), p.153-167

_____ (b) « Les outils d'évaluation de la dépendance dans le champ de l'aide à domicile ou comment le pouvoir des experts contribue à déposséder de leur vie les gens qui vieillissent mal ! », *Gérontologie et société* 2001/, n° 99, p. 219-232

FRINAULT (T.), « La dépendance ou la consécration française d'une approche ségrégative du handicap », *Politix* 2005/4, n° 72, p. 11-31

GALLOUJ (K.) et al., « Innovation et changements institutionnels dans les services de soins aux personnes âgées (SSPA) « , *Gérontologie et société* 3/2008 (n° 126), p. 11-34

GHICA-LEMARCHAND (C.), « La responsabilité pénale de la violation du secret professionnel », *RDSS*, n°3 mai-juin 2015, p 419-429

KESSLER (D.), « L'énigme de l'assurance dépendance », *Risques – Les Cahiers de l'Assurance*, 2007, p.60-65

LAVILLE (J.-L.), « Services aux personnes et sociologie économique pluraliste », *Revue Française de Socio-Économie* 2/2008 (n° 2), p. 43-58

LAROQUE (G.), « Le libre choix du lieu de vie : une utopie nécessaire », *Gérontologie et société* 4/2009 (n° 131), p. 45-51

LE BIHAN-YOUINOU (B.), « La prise en charge des personnes âgées dépendantes en France », *Informations sociales* 1/2010 (n° 157), p. 124-133

LEBOUCHER (R.), « Le décloisonnement des champs d'intervention des aides à domicile », *Gérontologie et société* 3/2004 (n° 110), p. 273-282

LECHEVALIER (A.), ULLMO (Y.), « La réforme de la protection sociale du risque dépendance », *Revue de l'OFCE* 2/2001 (n° 77), p. 157-198

LENOIR (R.), « Transformations du familialisme et reconversions morales », *Actes de la Recherche en sciences sociales*, n°59, septembre 1998.

MARBOT(C.), ROY(D), « Services à domicile : quel effet des incitations fiscales ? », *Insee Analyses*, n° 1, octobre 2011

MILANO (S.)*, «* L'assurance dépendance en Allemagne et la réforme en cours », *Revue de droit sanitaire et social,* 2008 p. 469

RIBAULT (T.), « Aide à domicile : de l'idéologie de la professionnalisation à la pluralité des professionnalités », *Revue Française de Socio-Économie* 2/2008 (n° 2), p. 99-117

VALETTE-CAGNAC **(**E.), « Etre enfant à Rome. Le dur apprentissage de la vie civique », *Terrain*, n° 40, 2003, pp. 49-64

Etudes/ Rapports

AFRITE (A.), CHALEIX (M.), COM-RUELLE (L.), VALDELIEVRE (H.), « L'hospitalisation à domicile, une prise en charge qui s'adresse à tous les patients, Exploitation des données du PMSI HAD 2006 », *Institut de recherche et documentation en économie de la santé (IRDES)*, n° 140, Mars 2009

AFRITE (A.), COM-RUELLE (L.), OR (Z.), RENAUD (T.), « Soins de réhabilitation et d'accompagnement : une analyse comparative des coûts d'hospitalisation à domicile et en établissement »*, Institut de recherche et documentation en économie de la santé,* Biblio n° 1689, Juin 2008

AFRITE (A.), CHALEIX (M.), COM-RUELLE (L.), VALDELIEVRE (H.), « Les structures d'hospitalisation à domicile en 2006 »*,* DRESS, *Etudes et Résultats,* n° 697, juillet 2009

ALIGON (A.), COM-RUELLE (L.), RAFFY-PIHAN (N.), « L'hospitalisation à domicile : un patient à satisfaire ? », *Informations Hospitalières*, n° 52, 2000/03

ALIGON (A.), COM-RUELLE (L.), RENAUD (T.) et al.,« Le coût de prise en charge en hospitalisation à domicile (HAD*)* » , *Bulletin d'information en économie de la santé,* n° 67, juin 2003

AMAR (E.), « Les dépenses d'aide sociale départementales en 2012 », *DRESS Etudes et résultats*, n°870, février 2014

ASSOUS (L.), RALLE (P.), (a) « La prise en charge de la dépendance des personnes âgées : une comparaison internationale », DRESS, *Etudes et résultats*, n°74, juillet 2000

_____,__(b) « La prise en charge de la dépendance des personnes âgées : une mise en perspective internationale », *Conférence internationale de recherche en sécurité sociale "an 2000" Helsinki,* 25-27 septembre 2000

ASSOUS (L.), MAHIEU (R.), « Le rôle de l'assurance privée dans la prise en charge de la dépendance : Une mise en perspective internationale »*, DREES*, *Document de travail*, n° 21, novembre 2001

BENTOGLIO (G.), « Développer l'offre de services à la personne », *Commissariat Général du Plan, Groupe Délos*, mai 2005

BERARDIER (M.), « Les bénéficiaires de l'allocation personnalisée d'autonomie à domicile et leurs ressources en 2011 », *Études et Résultats, n°876, DREES*, février 2014

BERNARD (C.), HALLAL (S.), NICOLAÏ (J.P.), « La Silver Economie, une opportunité de croissance pour la France », *Commissariat général à la stratégie et à la prospective*, Rapports et documents, Déc. 2013, http://www.strategie.gouv.fr/, 105 p.

BIGOT (F.), « Le baromètre des solidarités en France, année 2006 », *CREDOC*, *Rapport n° 242*, Février 2007

BONTOUT (O.), Colin (C.), KERJOSSE (R.), « Personnes âgées dépendantes et aidants potentiels : une projection à l'horizon 2040 »*, DRESS*, *Etudes et résultats* n° 160, février 2002

BRESSE (S.), « Les services de soins infirmiers à domicile (SSIAD) et l'offre de soins infirmiers aux personnes âgées en 2002 », *DRESS*, *Etudes et résultats*, n° 350, novembre 2004

BROWN (H.), « Protection des adultes et des enfants handicapés contre les abus », Conseil de l'Europe, *Rapport*, mars 2003,

BRUANT-BISSON (A.),de REBOUL (J.B.), AUBE-MARTIN (Ph.), « Mission relative aux questions de tarification et de solvabilisation des services d'aide à domicile en direction des publics fragiles », *IGAS/IGF*, oct.2010

CARREZ (G.), «Projet de loi de finances pour 2009 (n° 1127) » *Rapport Assemblée nationale* Commission des finances, de l'Economie générale et du plan

CHARDON (O.), ESTRADE (M.-A.), « Les métiers en 2015 », *DARES, Qualifications & prospective*, janvier 2007

CLEMENT (E.), « Les dépenses d'aide sociale départementale en 2008 », DREES, *Etudes et résultats* n° 714, janvier 2010

COM-RUELLE (L.), RAFFY (N.), « Quel avenir pour l'hospitalisation à domicile ? Analyse des freins et des facteurs en faveur de son développement », *CREDES*, *Biblio* n°998

COUR DES COMPTES, « La politique en faveur des services à la personne », in rapport 2010
COUR DES COMPTES, « Le développement des services à la personne et le maintien à domicile des personnes âgées en perte d'autonomie », enquête demandée par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale, juillet 2014,

DEBOUT (C.) et LO (S.-L.), « L'allocation personnalisée d'autonomie et la prestation de compensation du handicap au 30 juin 2009 », *DRESS*, *Etudes et Résultats* n°710, novembre 2009

LAROQUE (P.), sous la direction de, Haut Comité Consultatif de la Population et de la Famille *Rapport de la Commission d'études des problèmes de la vieillesse*, *Politique de la vieillesse*, La Documentation Française, Paris 1962

MARQUIER (R.), (a) « Préparer le diplôme d'État d'auxiliaire de vie sociale par la validation des acquis de l'expérience », *DRESS*, *Etudes et résultats* n°658, septembre 2008

_____, (b) « Les intervenantes au domicile des personnes fragilisées en 2008 », DRESS, *Etudes et résultats*, n°728, juin 2010

_____(c) « Les activités des aides à domicile en 2008 », *Etudes et résultats DRESS*, n°741, octobre 2010

_____(d) « Une décennie d'aide sociale des départements aux personnes âgées dépendantes (2001-2010) », *Dossiers Solidarité et Santé, DREES*, n° 39, avril 2013

METTE (C.), « Allocation personnalisée d'autonomie à domicile : une analyse des plans d'aide », DRESS, *Etudes et résultats* n° 293, février 2004

NOURY (D.), « La compensation du handicap en Suède », IGAS, *rapport n°2003 052*, Avril 2003, 50 p

PELLET (R.), « L'avenir des services non marchands en Europe *», Cour de cassation, Conférences « Risques, Assurances, Responsabilités »*

PERREAU-BILLARD (F.), « Comment faire face à la dépendance ? Ebauche de solutions notariales », *AJ Famille, 2003*, p 263

PIVETEAU (D.), « "*Zéro sans solution " : Le devoir collectif de permettre un parcours de vie sans rupture, pour les personnes en situation de handicap »,* juin 2014

RAYMOND (M.), ROUSSILLE (B.), STROHL (H.), « Enquête sur les conditions de la qualité des services d'aide à domicile pour les personnes âgées », IGAS, *Rapport RM 2009-035P* , juillet 2009

RIVARD (T.), « Les services d'aide à domicile dans le contexte de l'Allocation personnalisée d'autonomie », DRESS, *Etudes et résultats,*n°460, janvier 2006

THIERRY (M.), « Mission relative à la prise en compte des spécificités des services d'intérêt général dans la transposition de la directive "services" et l'application du droit communautaire des aides d'état », janvier 2009.

VALERENBERGHE (J.M.), WATRIN (D.), « L'aide à domicile auprès des publics fragiles : un système à bout de souffle à réformer d'urgence », *rapport d'information du Sénat*, n° 575, juin 2014

VASSELLE (A.), « La prise en charge de la dépendance et la création du cinquième risque », *Rapport d'information du Sénat* , n°447, 8 juillet 2008

VELCHE (D.), COHU (S.), LEQUET-SLAMA (D.), « La prise en charge des personnes handicapées en Allemagne, Espagne, Pays-Bas et Suède. Une étude de cas types », DRESS, *Etudes et résultats* n°506, juillet 2006

VEROLLET (Y.), « Le développement des services à la personne », *Rapport Conseil économique et social*, 24 janv. 2007, La Documentation française

INDEX ANALYTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

- **Abus de confiance** : 659s., 709,796,
- **Abus de faiblesse** : 662s.,666s.,672s,677s.,808,
- **Agrément qualité :** ,194, 224,227s., 230, 232, 235,238, 246, 477, 606, 635, 640,
- **Aide-soignant** : 72,180, 487, 496, 499, 582, 643, 726, 729, 804, 810
- **Aide médico-psychologique,(AMP)** : 484,495, 501, 507, 509,
- **Aide sociale** : 12, 21, 25, 31s., 50, 255, 257s., 261, 269, 271s, 284, 290, 296, 329, 332, 339, 344, 348, 352, 379, 400, 410, 461, 468, 687, 770
- **ANSP** : 192s., 199, 203, 235
- **APA** : 4, 50, 64, 153, 162s, 190, 210, 241, 246, 250 , 254s, 263s,268s, 274, 279s, 283, 290s, 299, 304s, 308, 328, 372, 400s, 410, 412s, 419, 464, 466, 476, 816
- **Assistance** : 5, 11s.,13s.,18s, 28, 30, 33, 83, 94, 145, 173, 187, 194, 261, 303, 325, 345, 359, 468, 579, 651, 670, 691, 695, 704, 707, 733, 780, 784
- **Assistant de service social** : 512, 520, 642
- **Autorisation** : 43s,73, 95, 120, 127, 158, 164s, 171, 192, 201, 205, 208, 223, 225s, 229, 238, 240s, 246, 251s, 415, 438, 450, 454, 465, 470, 472, 476s, 570, 628, 632, 634, 672, 682, 689, 723, 731, 749, 775, 798
- **Auxiliaire de vie sociale** : 495, 503, 523, 532, 537s, 543, 804, 810

B

- **Bénéficiaire** : 23, 117,138s, 146, 149s, 155, 163, 173, 184, 202, 204, 208, 221, 224, 242, 246, 255, 260, 262s, 265s, 268, 274, 278, 281s, 289, 296, 305, 307, 329, 351, 368, 377, 400, 402, 404, 406, 412s, 453, 466, 540, 545, 585,593, 611, 627s, 632, 662, 671, 676, 688, 785s

C

- **Certification** : 204, 234, 479, 491, 494, 497, 503, 506, 509, 513, 517, 522s, 528s, 531, 534, 536, 541, 543s, 546, 548, 583, 623, 629, 635, 638s, 801
- **Cinquième risque** : 2, 302, 309, 372, 816
- **Conditions de travail** : 10, 234, 419, 45, 478, 571, 574, 577, 585, 592, 603, 611, 616, 644, 691, 700, 806, 817

- **Convention collective** : 186, 573, 584s, 595, 597s, 603, 606, 608, 610, 614, 806, 810
- **Contrat** :
  - d'assurance-vie : 274, 676
  - d'objectifs et de moyens : 154, 207, 237, 409
  - de mandat : 189
  - de séjour : 430, 431, 435
  - de services :, 685, 788, 795
  - de travail : 186, 594, 598, 611s, 621, 627, 759,
  - synallagmatique : 17, 446,
- **Cour des comptes** : 64, 165, 239, 271, 280, 815, 817
- **Clauses abusives** : 435, 661, 787s, 799

D

- **Délaissement** : 703,s.,
- **Dépendance** : 1, 7,50s, 64, 72, 84, 97, 123, 130, 162, 176, 186, 255, 264, 267, 269s, 273s, 280, 282, 300, 302s, 312s, 355, 346s, 351, 356, 366, 372s, 383s, 386s, 389s, 393, 403, 409, 442, 456s, 460, 467, 473, 490, 496, 504, 537, 556, 572, 575, 579s, 648, 661, 664, 726, 780, 816s
- **Document individuel de prise en charge** : 228, 658, 735, 786
- **Domicile** :
  - aide à : 6, 19, 49, 64, 121, 150s., 164, 167, 183, 188, 202, 219, 230, 246, 250, 257, 263, 280, 295, 299, 322, 361, 390, 400, 415, 419, 437, 468, 475, 477, 495, 503, 530, 532, 539, 655, 691, 707, 715, 733, 742, 752, 759, 766, 798s, 804, 806s, 817s
  - hospitalisation à : 67s, 85s., 93s., 101, 116, 219, 285, 812,
  - maintien à : 64, 194, 237, 261, 264, 266, 268, 280, 418, 572, 584, 820
  - services à : 2s., 5, 29s., 62, 65, 152, 156, 200s, 225, 236, 243, 248, 251, 291, 299, 400, 415s, 428, 447, 465, 469, 475, 479, 481, 501, 511, 521, 538, 574, 585s, 635, 645s, 664, 608, 631, 635, 664, 689, 747, 749, 753, 760, 766, 784, 796, 799s, 806, 810, 815, 818s ,
  - soins à : 24,43, 69s., 120, 164, 363, 366,471,747

E

- **Educateur** : 177, 422, 482, 501, 521s, 526, 532, 543, 642, 749, 759, 762, 801, 810
- **Extorsion de fonds :** 678s, 796, 808
- **Evaluation**
  -externe : 227, 632, 634s, 637, 639, 807
  -interne : 478, 631s, 634s, 639, 807

F

- **Faute :** 380, 598, 601, 618, 712s, 729, 731s, 737, 739, 755, 762, 779, 793
- **Fédération :** 151s, 159, 185, 195, 201, 221, 246, 583, 608, 640
- **Financement :** 9, 43,s., 63, 68, 85, 140, 142, 149s, 152, 156, 158s, 171s, 181, 195, 207s, 211, 216, 219s, 226, 235, 241, 252s, 255s, 268, 274, 294, 307, 332, 338, 350s, 358, 362, 366, 371, 377, 395s,

398s,411, 417, 421s, 429, 455, 464, 466s, 469, 472, 476, 506, 582, 625, 719, 812, 817
- **Formation des personnels :** 10, 80, 400,479s, 577, 604, 818

G

- **Garantie** : 4, 224, 230, 238, 242,286, 307, 354, 372, 386, 392, 399, 421, 424, 452, 585, 645, 713, 746, 776, 784, 807
- **Gouvernance :** 236, 332, 394s, 457, 461s, 465, 644

H

- **Handicap (voir personnes handicapées)**
- **HAD :** 66**,** 68s.,72.s,80s.,87s.,92s, 98s, 106s, 114s, 219, 255, 285, 469, 476, 747

I

- **Incapacité :** 38, 41s., 259, 297, 318, 324, 335, 343, 411, 546, 610, 660, 701, 761s
- **Infirmier :** 61, 72, 76, 115, 119s. 122, 129, 133s., 136,141s.,148, 175, 219, 322s, 324, 364,390, 417, 482s, 486, 492, 494, 500s, 582, 602, 747
- **Infraction :** 37, 628, 653s.,658, 660,667,678s., 694, 698, 700, 704, 711, 716, 744s, 796, 808
- **IGAS (et IGF) :** 40, 152, 159, 238, 241, 246, 470, 477

M

- **Maltraitance :** 10, 235, 496, 505, 532s., 628, 630, 658., 691s, 695, 702, 729, 762, 772, 797, 808, 819
- **Mandataires** :
  -judiciaires à la protection des majeurs : 176, 204s, 245, 480, 544, 643, 684, 754,805
  -services : 66, 188, 191, 204s, 222, 294, 792
- **Mutualité :** 391s, 396, 399

P

- **Pauvreté :** 279
- **PCH :** 4, 64, 154, 160, 173, 190, 209s., 241, 245, 250., 254s, 259, 264, 268, 280, 286s., 299, 304s., 412, 467, 476
- **Prestataires (services) :** 184, 187s, 192s,229, 233, 244, 249, 257, 350s,362, 367, 412, 434, 636, 789, 792
- **Protection sociale :** 2s., 13, 24, 28, 36, 243, 309, 338s., 345., 348s., 355., 359., 367, 370s, 384, 610

Q

- **Qualité (du service rendu) :** 230, 234,240, 242, 246, 475, 559, 581, 583, 585, 591s, 626,816, 818

R

- **Répit :** 119, 352, 374, 419s, 424
- **Responsabilité :**
  - administrative : 720, 737s
  - civile : 206, 379s., 398, 489, 506, 657,691, 710s., 720, 723,730, 732, 734, 755, 808
  - pénale : 658, 695s, 701, 710, 712, 726, 755s.
- **Risque social :** 309, 311

S

- **Secret professionnel :** 458, 496, 557, 565, 646, 707, 740s., 753s., 755s., 761s.,767s, 773, 776s, 798, 809s
- **SAAD :** 66, 144s, 153, 162s., 245, 378, 415, 465, 583, 630
- **SAVS :** 66,169s 173**,** 175, 179s, 245, 472, 476, 521, 630, 719, 749
- **SSIAD :** 66, 81, 120s., 133s., 140s., 148s., 165s., 219s., 255, 428,476, 482, 501, 576, 583, 587, 602, 630, 747
- **Solidarité :**
  -familiale : 1, 34, 352, 374, 379, 381, 383s.
  -nationale : 1, 11, 28, 34, 257, 268, 270, 372, 466, 811, 817
- **Solvabilisation :** 150, 154, 160, 221, 239, 254, 257s, 401, 405, 414, 465s., 470, 476, 806
- **SPASAD :** 165s., 417, 428, 482, 583, 630

U

- **Usager :** 92, 153, 156s, 163, 220, 224s, 228, 234, 242, 291, 299, 365, 397, 400, 447, 456, 505, 527, 571, 577, 589, 591, 603, 624, 628, 632s, 655, 558, 714, 733, 735, 742, 744, 752, 754, 762s, 776, 786, 798, 800, 815, 817

V

- **Vieillesse :** 5, 11, 45s., 49, 53, 151, 214, 265, 269, 296, 303,309s., 318, 326, 358, 360, 372, 383, 392, 396, 399, 406, 467s, 812
- **Violence(s)** :533, 666, 678s, , 691, 694s, 697, 699s, 726s, 733, 761, 797, 808
- **Vulnérabilité :** 444, 460, 646s, 650s,659, 662, 666, 675, 677s, 694, 698s, 708, 755, 819

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE 5

GLOSSAIRE 6

INTRODUCTION 11

PREMIERE PARTIE : L'ACCES AUX SERVICES, DIVERSIFICATION ET SOLVABILISATION DE L'OFFRE 15

CHAPITRE 1 : Les services existants : un dispositif segmenté en « tuyaux d'orgue » 17

SECTION 1- CLARIFICATION DES CONCEPTS D'ASSISTANCE SOCIALE, DE HANDICAP, DE VIEILLESSE, DE DOMICILE 17

I- Le sens de l'assistance sociale dans la démocratie..... 17

§1- Une histoire chaotique de l'assistance en France 18

§2- De l'assistance sociale à la solidarité par l'aide et l'action sociale 22

II- Des invalides aux personnes en situation de handicap 26

§1- L'emploi actuel de la notion de handicap 26

§2- La diversification de la prise en charge des personnes handicapées d'une loi à l'autre 30

III-Des vieillards aux personnes âgées 32

§1- L'imprécision de la notion de vieillesse 33

§2- De l'aide apportée aux « nécessiteux âgés », à la vie à domicile des personnes âgées 34

IV- La notion de domicile..... 35

§1- La protection du domicile par le droit 36

§2- Le domicile comme espace psychique et social 37

SECTION 2 - LES SERVICES SANITAIRES, MEDICO-SOCIAUX ET LES SERVICES A LA PERSONNE 41

I- Les services communs aux personnes âgées et aux personnes handicapées 41

§1- Les services sanitaires : l'hospitalisation à domicile, un accès simple mais un financement complexe 41

A- Une organisation construite progressivement et des conditions d'accès simples 41

B- Des acteurs du soin collaboratifs 45

C- Un financement à l'activité complexe 48
D- Un contrôle de l'activité tout aussi complexe 53
E- Une offre de soins en HAD et perspectives 56

§2- Les services de soins infirmiers à domicile (SSIAD) 60
A- Une organisation et des conditions d'accès 60
B- Un personnel pluridisciplinaire 63
C- Un financement différencié 66

§3- Les services d'aide et d'accompagnement à domicile (SAAD) et services polyvalents d'aide et de soins à domicile (SPASAD) 68
A- Une organisation et des conditions d'accès 68
B- Un financement complexe inadapté aux besoins des personnes 70
C- Une expérimentation des financements et son évaluation 72
a) La méthodologie et le pilotage de l'expérimentation 74
b) La tarification des SAAD 75
c) La conséquence pour les usagers 76

§4-les services polyvalents d'aide et de soins à domicile (SPASAD) 77

II- Les services propres aux personnes handicapées 79
§1- Les services pour enfants, un système catégorisé : les SESSAD 79
§2- Les services pour adultes, un système complexe et disparate : SAVS et SAMSAH 79
A- Les SAVS (services d'accompagnement à la vie sociale) 81
B– Les SAMSAH (service d'accompagnement médico-social pour adultes handicapés) 84

III- Les services à la personne 86
§1- Employeur en service mandataire ou client en service prestataire 87
A- Le service mandataire : l'utilisateur/employeur 88
B- Le service prestataire : l'utilisateur/ client 89
§2- L'organisation du secteur : l'agence nationale des services à la personne, les fédérations et les enseignes 90
A- L'agence nationale des services à la personne 90
B- Les fédérations et les enseignes 92

SECTION 3- LES SERVICES MANDATAIRES JUDICIAIRES A LA PROTECTION DES MAJEURS 94
I- La complexité des financements publics 96
II- Le financement de la mesure par la personne protégée 100

Conclusion du chapitre premier 102

CHAPITRE 2 : Une indispensable harmonisation dans les procédures des services 105

SECTION 1 - LES PROCEDURES REGLEMENTAIRES ET LA MISE EN CONCURRENCE DES SERVICES 106
I- Les procédures suivant les types de services 107
§1- La procédure de l'autorisation et de l'agrément 107
A- La procédure de l'autorisation 107
B- La procédure de l'agrément 108
§2- Les ambiguïtés du droit d'option 112

II - La mise en concurrence des services 116
§1- Entre types de services 117
A- La concurrence entre SAAD et SAVS par méconnaissance des prescripteurs 117
B- La concurrence entre services à but non lucratif et services à but lucratif 118
§2- La concurrence européenne et la directive « services » européenne 119

SECTION 2 - LA SOLVABLISATION PAR LE FINANCEMENT PUBLIC 122
I- Le financement par l'aide sociale : l'allocation simple et l'allocation représentative de services ménagers 122

II- Le financement par les prestations sociales : l'allocation personnalisée d'autonomie et la prestation de compensation du handicap 127
§1- L'aboutissement de tâtonnements législatifs : l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) 128
§2- L'égalité des droits : la prestation de compensation du handicap 135

III- L'incitation fiscale : exonération de la charge patronale et taux de TVA spécifique 137
§1- L'exonération de la charge patronale 139
§2- Le taux de TVA spécifique 140

SECTION 3 - LE RENDEZ-VOUS MANQUE DE LA MISE EN COHERENCE DES DISPOSITIFS : LE 5E RISQUE 142
I- « Le malentendu de la dépendance » 148
II- La faiblesse conceptuelle du 5e risque 152
§1- Le choix de la France pour une « naturalisation de différences sociales » 152
§2- La séparation entre la dépendance due au handicap et la dépendance due à la vieillesse justifiée pour des raisons économiques 156

III- Les modèles de financement du « risque » dépendance 156
§1- Les modèles historique de la protection sociale 156
A- L'aide corporatiste et contributive du modèle bismarckien 156
B- L'aide universaliste et non contributive du modèle beveridgien 158

§2- Les systèmes de santé et de protection sociale européens 160
A- Les différents types de systèmes de santé 163
a) Les systèmes de santé nationaux des pays du Nord 163
b) Les systèmes assurantiels liés au travail 164
c) Les systèmes mixtes des pays du Sud 164
d) L'exemple de la Suède : un modèle réformé à l'heure des difficultés économiques 166
e) Le choix du systèmes français : entre Bismarck et Beveridge 169
B- Les différentes techniques de prises en charge de la dépendance 171
a) La solidarité familiale 171
b) Le système assuranciel privé 175
c) La mutualité 178

IV- De l'idée du 5e risque à la loi pour l'adaptation de la société au vieillissement 178
§1- Les mesures relatives à la vie à domicile 179
A- Les actions individuelles et collectives de prévention de la perte d'autonomie 179
B- La lutte contre l'isolement des personnes âgées 182
C- L'adaptation du logement pour la vie à domicile 183
D- La refondation des services à domicile 191
E- L'aide aux aidants 193
§2- Les mesures relatives aux autres formes d'habitat 197
A- Les logements-foyers et autres formes d'habitat collectif 197
B- La clarification des règles relatives au tarif en EHPAD 200
C- la participation citoyenne et les libertés des personnes âgées 202
D- La levée des freins administratifs 205
E- La prise en compte de la santé des personnes âgées 207
§3- La nouvelle gouvernance du dispositif 208
A- La gouvernance locale 208
B- La gouvernance nationale 209
a) La création du Haut conseil de l'âge 209
b) Le renforcement des missions de la CNSA 210

Conclusion du chapitre second 212

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE 214

DEUXIEME PARTIE :
L'amélioration de la qualité des services par la professionnalisation des personnels et le renforcement de la protection des utilisateurs 219

CHAPITRE 1 :L'AMELIORATION DE LA QUALITE PAR LA FORMATION, LES CONDITIONS DE TRAVAIL ET L'EVALUATION 221

SECTION 1 - LA FORMATION DES PERSONNELS 222
I - Les services sanitaires et médico-sociaux : mosaïque de personnels et de formations 223
§1 – Les métiers du soin 224
A- L'infirmier(ère), 224
a) L'accès à la formation et le déroulement 224
b) La certification 228
B-L'aide soignant(e) 229
a) L'accès à la formation et le déroulement 230
b) La certification 232
C- L'aide médico-psychologique 234
a) L'accès à la formation et le déroulement 234
b) La certification 237
§2 - Les métiers du social 239
A- L'assistant(e) de service social 239
a) L'accès à la formation et le déroulement 240
b) La certification 241
B- L'éducateur(trice) spécialisé(e) 243
a) L'accès à la formation et le déroulement 244
b) La certification 246

II - Les services à la personne 248
§1 – Le (la) technicien(ne) en intervention sociale et familiale (TISF) 248
a) L'accès à la formation et le déroulement 248
b) La certification 250
§2 - L'auxiliaire de vie sociale (AVS) 252
a) L'accès à la formation et le déroulement 253
b) La certification 254

III – Les services mandataires judiciaires à la protection des majeurs 256
§1 - La mesure judiciaire à la protection des majeurs (MJPM) 257
a) L'accès à la formation 257
b) Le déroulement de la formation mention MJPM 259
§2 - Le déroulement de la formation mention MAJ 262
a) La mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) 263
b) Le mandataire en charge de la mesure d'accompagnement judiciaire 263
§3 - La validation de la formation 265

SECTION 2 - L'AMELIORATION DE LA QUALITE PAR CELLE DES CONDITIONS DE TRAVAIL DES SALARIES 266
I - Le plan « métiers de la dépendance » pour la professionnalisation 267
II - L'unification des conventions collectives 272
§1- La convention unique des services à domicile à but non lucratif 272
A - Le système de prévoyance, les conditions de travail et l'expression des salariés 274
B.- L'organisation de la continuité de la prise en charge 277
C - La prise en compte de la formation des salariés 279
D – La prise en compte de la déontologie 280

§2- La convention unique des services à domicile à but lucratif 281
A - Le système de prévoyance, les conditions de travail et l'expression des salariés 282
B.- L'organisation de la continuité de la prise en charge 286
C - La politique de l'emploi et la prise en compte de la formation 287
D - Prise en compte de la déontologie 289

SECTION 3 - LES DISPOSITIFS DE CONTROLE DE LA QUALITE 290
I - Les évaluations internes et externes obligatoires 291
II - La certification facultative 295

Conclusion du chapitre premier 297

CHAPITRE 2 :
LE RENFORCEMENT NECESSAIRE DE LA LEGISLATION POUR UNE MEILLEURE PROTECTION DES UTILISATEURS 299

SECTION 1 - LA PERSONNE AGEE ET LA PERSONNE HANDICAPEE, VULNERABLES ET VICTIMES POTENTIELLES 300
I - La prévention de la spoliation 303
§1 - L'abus de confiance 303
§2 - L'abus de faiblesse 304
§3 - L'extorsion de fonds 312
§4 - Les libéralités abusives 313

II - Les actes de maltraitance par le salarié et la responsabilité civile du service 317
§1 - La responsabilité pénale du salarié 319
A - La maltraitance physique 320
B - La maltraitance par omission, l'abandon 323
C - Les atteintes aux biens 326
§2 - La responsabilité civile du salarié 327
A - La responsabilité civile pour faute. 327
B - La responsabilité administrative pour faute 331
§3 - La responsabilité disciplinaire du salarié 334
§4 - La responsabilité civile du service 336
A - la responsabilité délictuelle 336
B - La responsabilité contractuelle 338
§5 - La responsabilité administrative 339

SECTION 2 - LES METIERS DE L'AIDE A DOMICILE AU REGARD DU SECRET PROFESSIONNEL 341
I - Le secret professionnel, preuve de confiance et de loyauté de la relation 342
§1 - L'obligation de se taire 342
A - La nature de l'infraction 342
B - Les éléments constitutifs de l'infraction 348

§2 - L'autorisation et l'obligation de parler et le partage des informations 352
A - La liberté de conscience avec la permission de la loi 352
B - L'obligation absolue de parler et l'inopposabilité du secret professionnel 355
C - Le partage des informations appelé « secret partagé » 358

II - L'obligation de porter secours et de témoignage en justice 361
§1 - L'obligation de porter secours 361
§2 - L'obligation de témoigner en justice 362

SECTION 3 - LE DEMARCHAGE COMMERCIAL ET LES CLAUSES ABUSIVES 363
I - Le démarchage à domicile 363
II - Les clauses abusives des contrats de service 365

Conclusion du Chapitre second 369

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 371

CONCLUSION GENERALE 375

BIBLIOGRAPHIE 379

INDEX ANALYTIQUE 395

TABLE DES MATIERES 399

Les services à domicile pour les personnes âgées et les personnes handicapées.

La solvabilisation de l'accès aux services et la protection des bénéficiaires

Résumé

Depuis une cinquantaine d'années l'action sociale en faveur des personnes âgées et des personnes handicapées s'est construite par empilements successifs de dispositifs législatifs et réglementaires sans une volonté d'harmonisation et de cohérence.

Les services à domicile, sanitaires ou médico-sociaux, créés ces vingt dernières années n'échappent pas à ce mouvement, qu'ils soient en direction des enfants ou des adultes handicapés, ou des personnes âgées.

Cette thèse fait l'état de ce qui existe en recherchant comment les bénéficiaires utilisateurs ont accès aux services, par leurs propres moyens financiers, par un financement public ou par le biais de la solidarité nationale. Des propositions de simplification des dispositifs, de mise en cohérence entre eux sont faites pour permettre un plus large accès.

La recherche de la protection des bénéficiaires y est présente notamment d'une part, par la qualité du service, dans l'étude des processus de professionnalisation des acteurs à travers leur formation ou l'organisation professionnelle du secteur. D'autre part, la protection des bénéficiaires est également étudiée sous l'angle des dispositifs juridiques existants, pour lesquels il semble nécessaire d'y apporter un renforcement. Enfin, pour développer le soutien aux aidants familiaux, pilier essentiel de la prise en compte de la dépendance des personnes âgées et des personnes handicapées, il faut modifier le droit actuel.

Mots clefs français :

Abus de confiance, aide sociale, action sociale, assistance, allocation, autorisation, agrément qualité convention collective unique, conditions de travail, dépendance, Etat-providence, handicap, médico-social, protection, sanitaire, secret professionnel, service à domicile, soins, solvabilisation, vieillesse,

Home services for the elderly and the disabled persons.

The solvency of access to services and users protection

Abstract

Since fifty years the social action for the elderly and disabled persons has been built by successive stacks of legislation and regulations without desire for harmonization and consistency.

Home services created in the last twenty years are no exception to this trend, whether towards children and adults with disabilities and the elderly, health or medico-social.

This thesis is the state that exists by searching how recipient users have access to services through their own financial resources, through public funding or through national solidarity. Proposals for simplification of the devices, to ensure consistency between them are made to allow wider access.

The search for the protection of beneficiaries is present, especially in the study of processes of professionalization, through training or professional organization of the sector. Proposals are made there. The protection of beneficiaries is also studied in terms of existing legal frameworks, where it seems necessary to make it stronger. Finally to expand the support for family caregivers, an essential pillar of taking into account the dependence of the elderly and disabled persons, we have to change the current law.

Keywords :

Breach of trust, welfare, social welfare, assistance, allocation, authorization, accreditation quality single collective agreement, working conditions, dependency, welfare state, disability, medical and social protection, health, professional secrecy, home service, care, solvency, old age,

Unité de recherche/Research unit : *Droit et perspectives du droit, LERDP, 1 place Déliot, 59000 Lille http://crdp.univ-lille2.fr/*

Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n°74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr*, http://edoctorale74.univ-lille2.fr

Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille,* http://www.univ-lille2.fr