

Paris, le 9 juillet 2015

Avis du Défenseur des droits n°15-19

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Auditionné le 29 juin 2015 par Madame Joëlle Huillier, rapporteure de la Commission des Affaires Sociales de l'Assemblée nationale sur le projet de loi n°2674 relatif à l'adaptation de la société au vieillissement,

Le Défenseur des droits a émis l'avis ci-joint.

Jacques TOUBON

A la demande de la Rapporteuse de la Commission des Affaires Sociales de l'Assemblée nationale, le Défenseur des droits a formulé ses observations et propositions d'amélioration sur le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement.

Le Défenseur des droits est en effet régulièrement appelé à intervenir sur des sujets relatifs à l'âge, au titre de plusieurs de ses missions (lutte contre les discriminations, résolution des litiges avec les services publics, défense des droits des enfants, ...). Dans le cadre de ses travaux, l'institution s'emploie à ne pas aborder la question de l'avancée en âge à partir de droits catégoriels mais à interroger l'effectivité des droits fondamentaux pour tous.

En matière de discriminations, depuis 2005, environ 6% des réclamations (environ 3000 dossiers) sont relatives à l'âge. Les $\frac{3}{4}$ de celles-ci concernent l'accès aux formations professionnelles et à l'emploi. En 2014, l'âge a constitué le 6ème critère de saisine pour discrimination (sur la totalité des 20 critères légaux).

L'institution traite de nombreux dossiers pour des faits de maltraitance à l'égard de personnes vulnérables dont les personnes âgées (20% des dossiers traités par le pôle santé) ; elle est également destinataire de nombreuses saisines sur des questions de retraite.

Partant de cette expérience, le Défenseur des droits a tout d'abord formulé des observations générales sur le projet de loi, puis commenté plus particulièrement certains de ses articles.

I. Observations générales

Le critère d'âge est mouvant, selon le domaine dans lequel il s'applique. Aussi, « l'adaptation de la société au vieillissement » constitue-t-elle une entrée opportune, afin de mieux garantir les droits fondamentaux de ces personnes.

Le Défenseur des droits observe cependant le maintien d'un cloisonnement artificiel entre deux catégories de population concernées par la perte d'autonomie (personnes âgées et personnes en situation de handicap), qui engendre des conséquences notamment en matière de prestations sociales. La législation continue en effet d'opérer une différence de traitement entre les personnes handicapées selon l'âge auquel survient le handicap : prestation de compensation du handicap (PCH), si le « handicap » est acquis avant 60 ans, et allocation personnalisée à l'autonomie (APA), si le « handicap » est acquis après 60 ans.

Sur cette question, le Défenseur des droits relève cependant que le projet de texte appelle le Gouvernement à remettre un rapport au Parlement, relatif à l'impact des seuils d'âge pour l'attribution de la PCH et de l'APA (cf. art.. 30 bis, nouveau).

Par ailleurs, la prévention de la perte d'autonomie pourrait être renforcée par la mise en place « d'un audit préventif » qui permettrait de mesurer et d'anticiper la vulnérabilité de la personne vieillissante par une expertise personnalisée et pluridisciplinaire. Il pourrait intégrer à la fois un bilan personnel (besoins médicaux, ménagers,...), familial (examen des relais dans l'entourage familial,..), patrimonial, juridique (logement, mandat de protection future) et financier (recherche de financements, d'assurances,...).

II. Observations sur des articles

Le Défenseur des droits constate la suppression de l'article 19 A du projet de texte, à l'issue des travaux de la Commission des affaires sociales du Sénat. Introduit par l'Assemblée nationale, cet article consacrait la perte d'autonomie comme critère prohibé de discrimination visé par la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 relative à la lutte contre les discriminations.

Par cette mesure, les députés ont souhaité, avec l'avis favorable du gouvernement, clarifier le cadre juridique de l'intervention du Défenseur des droits face aux situations de maltraitance, à l'égard notamment, des personnes en perte d'autonomie accueillies en établissement relevant du secteur privé.

Le Défenseur des droits souhaite que cette préoccupation, qui concourt à mieux assurer le respect des droits des majeurs et à lutter contre les maltraitances, soit réintégrée dans le projet de texte.

Il souligne toutefois que, dans sa rédaction initiale, l'article 19A (nouveau) apparaissait redondant avec le critère « handicap », visé à l'article 1er de la loi du 27 mai 2008, dont la définition couvre la perte d'autonomie.

Le Défenseur des droits préconise ainsi de revoir la rédaction de cet article afin que :

- soit complétée la définition de la discrimination, prévue à l'article 1er de la loi précitée, afin qu'elle intègre sans ambiguïté la notion de maltraitance, en indiquant que la discrimination inclut : « 1°bis Toute forme de maltraitance liée à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa de l'article 1er précité ».
Cette précision permettrait de sécuriser d'emblée les recours des victimes de maltraitance dans les établissements sanitaires, par application de l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique ;
- soit complété l'article L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles, de manière à garantir aux personnes accueillies en établissement ou service social ou médico-social « la protection contre toute forme de discrimination, telle que la maltraitance » ;
- soit rajouté un article additionnel après l'article 22 du projet de loi, qui consacrerait l'ajout à l'article L. 331-6-1 prévoyant les dispositions communes aux établissements soumis à autorisation et à déclaration (Titre III) d'une référence aux dispositions relatives aux droits des usagers prévues à l'article L311-3 et suivants, rédigée comme suit : « (...) et de la section II du Chapitre Ier du Titre Ier du Livre III ».

Le Défenseur relève avec satisfaction la consécration, par l'article 19, d'un droit à l'information sur les formes d'accompagnement et de prise en charge adaptées aux besoins et aux souhaits de la personne âgée en perte d'autonomie. Ceci constitue un préalable nécessaire à un consentement libre et éclairé.

Sur l'article 22, le Défenseur des droits relève qu'un certain nombre de recommandations émises par l'institution ont été reprises dans le projet de texte soumis en deuxième lecture à l'Assemblée nationale. Il en va ainsi:

- de la consécration implicite de la notion d'assentiment qui, en cas de déclin cognitif, permettrait de s'assurer au moins de l'« adhésion » de la personne âgée à l'accompagnement (elle ne consent pas, mais ne s'oppose pas à ce qui lui est proposé). Si la notion d'assentiment n'est pas expressément reprise par le texte,

l'alinéa 9 prévoit néanmoins l'obligation pour le directeur d'établissement de rechercher le consentement de la personne, en présence du médecin coordonnateur, lorsqu'elle est accueillie en établissement. Or, dans la rédaction initiale, le projet de texte imposait au directeur d'établissement de s'assurer du consentement de la personne (condition impossible à satisfaire en cas de déclin cognitif), sans que ne soit requis la présence du médecin coordonnateur.

- de la délivrance d'une information obligatoire sur la possibilité de désigner une personne de confiance avant l'entretien avec le Directeur de l'établissement, et non lors de la conclusion du contrat de séjour;
- des mesures relatives au droit de résiliation du contrat de séjour, le Défenseur ayant recommandé que soit fixée différemment la durée du délai de préavis suivant que l'initiative de résiliation émane du gestionnaire de l'établissement ou bien de la personne hébergée ;
- de l'ajout de la mention « sauf si cette inexécution ou ce manquement résulte de l'altération des facultés mentales ou corporelles de la personne accueillie » à l'alinéa 17 de l'article, afin de limiter les cas de rupture abusive de contrat de séjour à l'initiative du gestionnaire de l'établissement ;
- de la suppression du mot « notamment » de l'alinéa 19 prévoyant « les cas où la personne hébergée cesse de remplir les conditions d'admission dans l'établissement considéré » et de la précision « si son état de santé nécessite durablement des équipements ou des soins non disponibles dans cet établissement » ;
- de la possibilité de joindre au contrat de séjour une annexe définissant les mesures particulières pouvant être prises par l'établissement pour assurer l'intégrité physique et la sécurité des personnes accueillies. Le Défenseur des droits accueille avec satisfaction la mise en place d'une procédure collégiale associant l'ensemble des représentants de l'équipe médico-sociale ainsi que l'intégration de la personne de confiance parmi les personnes habilitées à solliciter la révision de cette annexe.

Le Défenseur des droits salue enfin l'amélioration apportée au dispositif de la personne de confiance, qui est étendu au secteur social et médico-social et la création d'un socle commun de référence de cette personne de confiance assurant ainsi la continuité du dispositif tout au long du parcours d'accompagnement de la personne âgée.

Au-delà de ces évolutions favorables, le Défenseur des droits regrette que lorsqu'une mesure de tutelle a été prononcée, en cas de révocation de la personne de confiance par le juge, le majeur protégé ne bénéficie plus du même niveau d'information ou d'accompagnement s'agissant notamment de son parcours médical.

Sur l'article 23 du projet de loi visant à étendre aux accueillants familiaux et aux intervenants à domicile l'interdiction, faite aujourd'hui aux établissements et services médico-sociaux, de recevoir une donation ou un legs de la part de la personne handicapée ou âgée accueillie ou accompagnée, le Défenseur des droits considère que cette disposition est discriminatoire en

ce qu'elle interdit *de facto* aux personnes handicapées et âgées de disposer de leurs biens au seul motif de leur handicap et de leur âge.

Cette disposition a, en effet, pour conséquence de priver la personne handicapée et la personne âgée de sa capacité juridique à disposer de ses biens en se fondant sur le postulat, par définition non argumenté et non débattu, que toute personne handicapée ou âgée souffre de fragilité mentale et se trouve nécessairement, du fait de son handicap ou de son âge, en situation de vulnérabilité.

Tout en reconnaissant la nécessité de protéger les personnes handicapées ou âgées, en situation de vulnérabilité, contre les risques de maltraitements financiers dont elles peuvent être victimes, le Défenseur des droits estime ces dispositions contraires à l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), ratifiée par la France en 2010, qui impose aux Etats de garantir aux personnes handicapées la jouissance de leur capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité.

Il convient de rappeler que l'arsenal juridique français permet d'ores et déjà d'assurer la protection des personnes en situation de vulnérabilité du fait de l'âge, de la maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique, contre la maltraitance financière et les abus d'influence : régime de l'action en nullité pour insanité d'esprit (articles 414-1 et 414-2 du code civil), période suspecte (article 464 du code civil), droit des successions, régime de l'action en abus de faiblesse (article 223-15-2 du code pénal).

Sur le dispositif du mandat de protection future, l'article 27 bis du projet de texte prévoit l'inscription des mandats sur un registre spécial dont les modalités et l'accès sont réglés par décret en Conseil d'État. Le Défenseur des droits regrette toutefois, qu'à la suite des travaux de la commission des affaires sociales du Sénat, le mandat de protection future ne soit plus assorti d'une quelconque durée de validité. Une durée de validité de cinq ans permettait en effet de s'assurer que les choix du mandant quant à la désignation du mandataire demeurent opérants.

Le Défenseur des droits relève l'avancée que constitue l'introduction de l'article 28 bis qui, pour les migrants âgés, permettra la naturalisation des personnes âgées de 65 ans au moins, résidant régulièrement et habituellement en France depuis au moins 25 ans ; il regrette néanmoins que ne soient concernées que les personnes ascendantes directes d'un ressortissant français.

Sur l'instauration d'un « droit au répit » au bénéfice du proche aidant prévue à l'article 36 du projet de texte, le Défenseur des droits indique que cette aide, prévue dans le cadre de l'APA, ne concernera qu'un nombre limité de personnes, les personnes aidant des personnes âgées non bénéficiaires de l'APA se trouvant exclues du dispositif. Le Défenseur regrette par ailleurs qu'un véritable statut des aidants, qui sont en très grande majorité des femmes, ne soit pas consacré par le texte. Le Défenseur des droits regrette par ailleurs le retrait par le Sénat de l'article 37 du projet de texte, qui instaurait l'expérimentation du « baluchonnage », dispositif jugé pertinent dans la lutte contre la maltraitance.

Enfin, l'article 46 bis nouveau prévoit, à l'instar des associations intervenant dans le domaine de la santé, que les associations régulièrement déclarées ayant une activité dans le domaine de la qualité de la prise en charge des personnes en situation de handicap, des personnes âgées et des personnes en difficulté sociale puissent être agréées dans les conditions

prévues au premier alinéa de l'article L. 1114-1 du code de la santé publique. Rédigé en l'état, cet article reprend les recommandations émises par le Défenseur des droits dans sa décision MSP-MLD-2013-57. Une réflexion devra cependant être engagée sur les critères d'agrément, afin de déterminer si les critères utilisés dans le secteur sanitaire sont adaptés au secteur médico-social.

Le Défenseur des droits appelle enfin de ses vœux la mise en place d'un dispositif effectif de médiation pour régler les conflits eu sein des établissements sociaux et médico-sociaux, le conseil de la vie sociale et le dispositif de la personne qualifiée (quand il est mis en œuvre) restant largement méconnus du grand public comme des acteurs. Aussi, la clause de médiation des contrats de séjour apparaît-elle inefficace.