

Paris, le 11 février 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-017

La Défenseure 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 ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ;

Vu le code de l'action sociale et des familles ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ;

Vu la circulaire n° 2003-135 du 8 septembre 2003 relative à l'accueil en collectivité des enfants et adolescents atteints de troubles de santé évoluant sur une longue période ;

Après consultation du collège compétent en matière de promotion et protection des droits de l'enfant ;

Saisie en juillet 2019 par Madame X et Monsieur Y, parents de Z, d'une réclamation relative au refus de renouvellement de l'admission de leur fils au sein du multi-accueil collectif de la commune de A, qu'ils estiment discriminatoire en raison de son état de santé ;

Conclut que le refus de renouveler l'admission de Z au multi-accueil collectif de A au cours de l'année 2019 constitue une discrimination fondée sur son état de santé en matière d'accès à un service public ;

Constate une violation du principe de non-discrimination de nature à entraîner l'illégalité du « *règlement de fonctionnement multi-accueil collectif petite enfance* » ;

Prend acte :

- de l'accord de la mairie de A et des parents de Z sur la signature d'un accord transactionnel et demande à être tenue informée dès la signature de celui-ci ;
- qu' « *une modification conséquente des différents règlements intérieurs des structures communales accueillant des enfants* » est actuellement en cours ;
- qu'une formation relative à l'administration de médicaments sera dispensée aux agents des structures multi-accueil de la commune par le médecin référent des structures ;

Recommande au maire de A :

- que le nouveau « *règlement de fonctionnement multi-accueil collectif petite enfance* » mentionne :
 - o le principe de non-discrimination dans l'accueil des enfants au sein de la structure ;
 - o la possibilité pour les enfants bénéficiant d'un projet d'accueil individualisé (PAI) d'être accueillis, quel que soit le motif de l'établissement de celui-ci ;
- d'accueillir sans distinction à la crèche municipale, tous les enfants des familles qui en font la demande, dans la limite des places disponibles, y compris ceux qui bénéficient d'un PAI, quelle que soit la raison pour laquelle il a été établi ;
- de s'assurer que les aménagements nécessaires à cet accueil soient mis en place pour le rendre effectif ;

Recommande au ministre des Solidarités et de la Santé de clarifier, dans le code de l'action sociale et des familles, les droits, devoirs et obligations des personnels d'accueil lorsqu'un médicament doit être administré dans le cadre d'un PAI en l'absence de personnel médical au sein des établissements d'accueil pour les jeunes enfants, à l'instar de ce qui est prévu à l'article L. 313-26 du code de l'action sociale et des familles.

La Défenseure des droits demande au maire de A et au ministre des Solidarités et de la Santé de l'informer des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai respectif de trois mois et de six mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Elle adresse la présente décision à l'association des maires de France dans sa version anonymisée pour information et diffusion à l'ensemble de ses membres.

Claire HÉDON

Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi organique du 29 mars 2011

I. FAITS ET PROCÉDURE

A. Les faits

1. Z, né le 30 juin 2017, était accueilli un mercredi par mois du 20 mai au 31 juillet 2019 au sein du multi-accueil collectif de A, dont la gestion est assurée par le centre communal d'action sociale (CCAS).
2. Le 4 juillet 2019, Z a fait une violente réaction allergique aux noisettes, nécessitant la mise en place d'un PAI.
3. Le 10 juillet 2019, les parents de Z ont informé la crèche du problème de santé de leur fils. La crèche leur aurait recommandé de se rapprocher du CCAS. Il leur aurait alors été signifié verbalement que les PAI n'étaient pas acceptés dans la structure.
4. Le 22 juillet 2019, Madame X et Monsieur Y ont contacté le directeur du CCAS. Celui-ci leur a alors indiqué que les dispositions du règlement de fonctionnement des multi-accueils de la commune ne permettaient pas d'accueillir les enfants bénéficiaires de PAI.
5. Le 26 juillet 2019, Madame X et Monsieur Y ont adressé une lettre recommandée au maire de A, alléguant une discrimination fondée sur l'état de santé de leur enfant.
6. Le 30 juillet 2019, un courrier de réponse leur a été adressé par le maire de A, président du CCAS, en ces termes : « *le fonctionnement actuel de la structure ne permet pas d'accueillir dans des conditions de sécurité optimales les enfants concernés par un PAI. Cela est indiqué sur le règlement de fonctionnement [...] signé lors de l'inscription de [Z], et rappelé lors de [l'] entretien avec la Directrice de l'établissement* ». Il ajoute que « *compte tenu de cette situation, [...] il ne sera plus possible d'accueillir [Z] sur la structure multi-accueil au terme du contrat, soit à compter du 31 juillet 2019* ».

B. La procédure devant le Défenseur des droits

7. Le 26 juillet 2019, Madame X et Monsieur Y ont saisi le Défenseur des droits de la situation de leur fils Z.
8. Par courrier du 29 août 2019, le Défenseur des droits a interrogé le maire de A, président du CCAS, afin de recueillir ses observations sur la situation.
9. Par courrier du 5 septembre 2019, le maire de A a transmis au Défenseur des droits des éléments de réponse.
10. Par courrier du 3 juin 2020, le Défenseur des droits a adressé au maire de A une note récapitulative, lui indiquant qu'il pourrait conclure à l'existence d'une discrimination prohibée par la loi.
11. Par courrier du même jour, le Défenseur des droits a également appelé l'attention du ministre des Solidarités et de la Santé sur cette situation qui soulève à nouveau la question des personnes habilitées à administrer un médicament à un enfant accueilli en structure d'accueil de la petite enfance, question sur laquelle le Défenseur des droits a déjà eu l'occasion d'appeler son attention.

12. Par courrier du 30 septembre 2020, le maire de A a indiqué à la Défenseure des droits avoir été « *soucieux d'apporter une solution rapide et pérenne à ce problème* » et avoir pris attache avec les parents de Z dès la mise en place du nouveau conseil municipal, le 4 juillet 2020. Il a précisé qu'un « *protocole d'accord transactionnel* » avec la famille était actuellement en cours de rédaction et qu'une « *modification conséquente des différents règlements intérieurs des structures communales accueillant des enfants* » était en cours.

13. Le maire de A relève cependant la persistance du flou juridique concernant l'administration de médicaments au sein des structures accueillant des jeunes enfants et les difficultés que cela entraîne au sein des services municipaux et des services gestionnaires de structures d'accueil.

14. Le courrier adressé au ministre des Solidarités et de la Santé à ce sujet est quant à lui resté sans réponse.

15. Le 10 décembre 2020, les services du Défenseur des droits ont contacté Monsieur Y, lequel leur a indiqué qu'aucun accord transactionnel n'avait à ce stade été signé.

II. DISCUSSION

16. Eu égard au cadre juridique applicable (A) et aux éléments transmis à la Défenseure des droits, celle-ci conclut à l'existence d'une discrimination fondée sur l'état de santé de Z (B). Elle relève en outre l'incertitude du cadre juridique relatif à l'administration des médicaments au sein des crèches (C).

A. Le cadre juridique applicable

17. Aux termes de l'article 3 alinéa 1^{er} de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE), dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

18. L'article 2 de cette même convention dispose quant à lui que « *Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune [...]* ».

19. Par ailleurs, selon l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, constitue une discrimination directe la situation dans laquelle une personne, sur le fondement de son état de santé, est traitée de manière moins favorable qu'une autre dans une situation comparable.

20. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, le premier alinéa du 3^o de l'article 2 de la loi n° 2008-496 précitée interdit toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'état de santé en matière d'accès aux biens et services.

21. L'article 4 de cette même loi dispose que « *toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».

22. En outre, en droit français, le principe d'égal accès des usagers au service public est un principe à valeur constitutionnelle, y compris pour les services publics facultatifs tels que les crèches municipales.

23. Ainsi, la cour d'appel de Versailles a jugé, dans une décision du 28 décembre 2012, que *« les principes fondamentaux d'un service public, même facultatif dès lors qu'il a été créé, impose l'égal accès des usagers ; que toutefois dans la mesure où le service public ne serait pas en mesure d'accueillir l'ensemble des usagers, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier »*¹.

24. Par ailleurs, l'article L. 313-26 du code de l'action sociale et des familles dispose que *« Au sein des établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1, lorsque les personnes ne disposent pas d'une autonomie suffisante pour prendre seules le traitement prescrit par un médecin à l'exclusion de tout autre, l'aide à la prise de ce traitement constitue une modalité d'accompagnement de la personne dans les actes de sa vie courante.*

L'aide à la prise des médicaments peut, à ce titre, être assurée par toute personne chargée de l'aide aux actes de la vie courante dès lors que, compte tenu de la nature du médicament, le mode de prise ne présente ni difficulté d'administration ni d'apprentissage particulier.

Le libellé de la prescription médicale permet, selon qu'il est fait ou non référence à la nécessité de l'intervention d'auxiliaires médicaux, de distinguer s'il s'agit ou non d'un acte de la vie courante. »

25. L'article R. 2324-17 du code de la santé publique prévoit que *« les établissements et les services d'accueil non permanent d'enfants veillent à la santé, à la sécurité, au bien-être et au développement des enfants qui leur sont confiés. [...] Ils concourent à l'intégration des enfants présentant un handicap ou atteints d'une maladie chronique qu'ils accueillent. [...] »*.

26. L'article R. 2324-38 du même code prévoit que *« Les établissements et services d'une capacité supérieure à dix places veillent à s'assurer, compte tenu du nombre, de l'âge et des besoins des enfants qu'ils accueillent et de leur projet éducatif et social, le concours d'une équipe pluridisciplinaire composée de professionnels qualifiés, notamment dans les domaines psychologique, social, sanitaire, éducatif et culturel »*.

27. L'article R. 2324-39 dispose quant à lui que, *« I.- Les établissements et services d'une capacité supérieure à dix places s'assurent du concours régulier d'un médecin spécialiste ou qualifié en pédiatrie, ou, à défaut, de celui d'un médecin généraliste possédant une expérience particulière en pédiatrie, dénommé médecin de l'établissement ou du service. [...] IV.- En liaison avec la famille, le médecin de l'enfant et l'équipe de l'établissement ou du service, et en concertation avec son directeur ou le professionnel de santé mentionné à l'article R. 2324-35, le médecin de l'établissement ou du service s'assure que les conditions d'accueil permettent le bon développement et l'adaptation des enfants dans l'établissement ou le service. En particulier, il veille à l'intégration des enfants présentant un handicap, d'une affection chronique, ou de tout problème de santé nécessitant un traitement ou une attention particulière, et, le cas échéant, met en place un projet d'accueil individualisé ou y participe. »*

28. L'article R. 4311-7 du code de la santé publique prévoit que l'infirmier ou l'infirmière est habilité à administrer des médicaments soit en application d'une prescription médicale qui,

¹ CAA de Versailles, 28 décembre 2012, Commune de Neuilly-Plaisance

sauf urgence, est écrite, qualitative et quantitative, datée et signée, soit en application d'un protocole écrit, qualitatif et quantitatif, préalablement établi, daté et signé par un médecin.

29. La circulaire n° 2003-135 du 8 septembre 2003 relative à l'accueil en collectivité des enfants et adolescents atteints de troubles de santé évoluant sur une longue période prévoit que « *Les dispositions proposées ont pour but d'harmoniser les conditions d'accueil en collectivité des enfants atteints de maladie chronique, d'allergie et d'intolérance alimentaires en offrant un cadre et des outils susceptibles de répondre à la multiplicité des situations individuelles rencontrées. Elles doivent permettre aux enfants et adolescents concernés de suivre leur scolarité ou d'être accueillis en collectivité tout en bénéficiant de leur traitement, de leur régime alimentaire, d'assurer leur sécurité et de compenser les inconvénients liés à leur état de santé* ».

30. Cette circulaire prévoit en outre que :

« il appartient au médecin prescripteur, en liaison avec le médecin de la structure d'accueil, de décider si la prise d'un médicament même en cas d'urgence nécessite exclusivement l'intervention d'un auxiliaire médical ou d'un médecin au regard notamment des précisions apportées par la circulaire du ministère de l'emploi et de la solidarité (DGS-DAS) n° 99-320 du 4 juin 1999 relative à la distribution de médicaments.

En situation d'urgence, s'il s'agit d'une pathologie chronique à risque vital immédiat et dans le cas où le protocole de soins d'urgence établi par le médecin prescripteur préconise une auto-injection d'un traitement médicamenteux, il est important d'avoir prévu les dispositions pour qu'elle puisse être pratiquée à tout moment selon les instructions médicales précisées dans le projet d'accueil individualisé. Ces cas exceptionnels et subordonnés à une situation d'urgence, conduisent les adultes de la communauté d'accueil à tout mettre en œuvre pour que le traitement injectable puisse être administré en attendant l'arrivée des secours ; ils doivent être strictement définis par le protocole de soins d'urgence dont l'un des enjeux est de prévoir toute assistance adéquate à l'élève en situation de danger. Le médecin ou l'infirmière de la collectivité fournira une information aux personnels accueillant l'enfant bénéficiaire du PAI sur les modalités de l'injection. L'aide et le conseil du médecin régulateur du SAMU peuvent être sollicités à tout moment. »

B. La discrimination à raison de l'état de santé

1) Sur l'illégalité du règlement de fonctionnement de la structure

31. Le maire de A a joint à son courrier du 5 septembre 2019 adressé au Défenseur des droits une copie du « *règlement de fonctionnement multi-accueil collectif petite enfance* ».

32. L'article 3.2. dudit règlement est relatif à l'admission des enfants. Son dernier alinéa prévoit que « *le médecin de l'établissement rédige le certificat d'aptitude à la vie en collectivité pour les enfants de quatre mois ou présentant un handicap ou atteint d'affection chronique, d'un problème de santé nécessitant un traitement ou une attention particulière, à l'exception des PAI. Aucun PAI ne pourra être mis en place durant l'année d'accueil de l'enfant* ».

33. L'article 1.1. du règlement, portant sur le rôle de la directrice, prévoit quant à lui que cette dernière « *veille notamment, en concertation avec le médecin de l'établissement et la famille [...] à l'intégration des enfants présentant un handicap, une affection chronique ou un autre problème de santé nécessitant des soins ou une attention particulière, mais ne nécessitant pas de PAI* ».

34. L'article 7.2. relatif aux « *maladies et protections sanitaires* » dispose que « *tout traitement médical à administrer sur l'établissement devra être fourni et noté au nom de l'enfant (hors PAI)* ».

35. Ainsi, il ressort du règlement de fonctionnement et des déclarations du maire que tout enfant souffrant d'allergies alimentaires bénéficiant d'un PAI ne peut être admis au multi-accueil de la commune de A. Le refus d'admission, systématique, est donc fondé sur l'état de santé des enfants.

36. Afin de justifier cette position, le maire précise aux termes de son courrier du 5 septembre 2019 que « *l'organisation actuelle de la structure, notamment au niveau de la composition du personnel, ne permet pas d'accueillir dans des conditions de sécurité optimales les enfants concernés par un PAI* ». En effet, il indique que « *sur les structures multi-accueil, seules les Directrices sont habilitées à administrer aux enfants des médicaments, et donc en leur absence, les auxiliaires de puériculture n'ont pas la compétence pour administrer un traitement médical à un enfant prévu dans le cadre d'un P.A.I. en cas d'allergie, et, le temps plus que limité pour faire face à une crise grave ne permet pas l'intervention des pompiers ou l'intervention par téléphone du médecin régulateur du SAMU* ».

37. Le maire met donc en avant le principe de précaution au regard de la responsabilité engagée par la commune et par l'ensemble du personnel en charge de la garde et de la surveillance des enfants fréquentant le multi-accueil en cas d'incident.

38. Si la sécurité peut constituer un motif légitime en rapport avec l'objet du service, la seule allégation d'impératifs de sécurité sans que la réalité des risques ne soit précisément démontrée ne peut suffire à justifier le refus d'accueil. Cet argument ne peut être recevable que s'il est avéré que l'accueil de l'enfant soulève des problèmes de sécurité auxquels la structure d'accueil n'est pas en mesure de répondre, au besoin en mettant en place des mesures appropriées. L'argument selon lequel de telles mesures ne peuvent être mises en place, au motif de leur caractère excessif et disproportionné, ne peut être retenu que dans la mesure où la situation individuelle de l'enfant a réellement été évaluée, les aménagements nécessaires identifiés et concrètement envisagés et l'impossibilité de les mettre en place objectivement démontrée.

39. Il convient de rappeler que pèse sur la structure d'accueil une obligation positive de démontrer que la décision de ne pas accueillir un enfant est intervenue après avoir tenté de mettre en place des aménagements adaptés à ses besoins spécifiques.

40. Or, en l'espèce, le règlement intérieur se contente d'exclure purement et simplement l'admission de l'ensemble des enfants bénéficiaires de PAI, et ce avant même tout avis médical.

41. En effet, le refus d'admission intervient avant avis du médecin de l'établissement et du médecin de l'enfant.

42. En outre, bien que la crèche municipale soit un service public facultatif, dès lors que ce service est créé par une commune, il se doit de respecter le principe d'égal accès des usagers aux services publics, comme rappelé précédemment.

43. À ce titre, si le principe de la libre administration des communes donne au maire la liberté de créer un service de crèche municipale, il ne lui donne pas un pouvoir souverain d'appréciation quant au droit d'accès au service et lui interdit notamment de refuser l'accès au service pour des motifs discriminatoires.

44. Ainsi, selon une jurisprudence constante, le juge administratif considère comme entachés d'illégalité car discriminatoires, les règlements et délibérations municipales qui tendraient à établir « *de manière systématique* » une distinction entre les enfants dans l'accès à un service public du fait d'une intolérance alimentaire. Dans une décision du 9 mars 2009², la cour administrative d'appel de Marseille a ainsi jugé que les dispositions du règlement intérieur des crèches de la ville « *qui aboutissent à exclure de manière systématique d'un accueil en crèche durant la période des repas, sans prise en compte du degré ou de la complexité de l'intolérance dont il est affecté, tout enfant atteint d'une allergie alimentaire, méconnaît le principe d'égalité de traitement, en établissant une discrimination fondée sur l'état de santé des enfants* ».

45. Il résulte de ce qui précède que, rédigé ainsi, le règlement de fonctionnement de la structure de A exclut purement et simplement les enfants bénéficiaires de PAI, et ce de manière systématique. Ainsi, le règlement de fonctionnement induit des pratiques discriminatoires dans la mesure où il permet de refuser l'accès à la crèche à des enfants sur le seul fondement de leur état de santé, sans tenir compte du degré ou de la complexité de leur pathologie et des éventuelles contraintes inhérentes à leur accueil.

46. Par conséquent, la Défenseure des droits constate une violation du principe de non-discrimination de nature à entraîner l'illégalité du « *règlement de fonctionnement multi-accueil collectif petite enfance* ».

47. Par courrier du 30 septembre 2020, le maire de A a informé la Défenseure des droits qu'une modification conséquente des différents règlements intérieurs des structures communales accueillant des enfants était actuellement en cours.

48. La Défenseure des droits en prend acte.

49. La Défenseure des droits recommande que le nouveau « *règlement de fonctionnement multi-accueil collectif petite enfance* » mentionne :

- le principe de non-discrimination dans l'accueil des enfants au sein de la structure ;
- la possibilité pour les enfants bénéficiant d'un PAI d'être accueillis, quel que soit le motif de l'établissement de celui-ci.

50. La Défenseure des droits prend également acte qu'une formation relative à l'administration de médicaments sera dispensée aux agents des structures multi-accueil de la commune par le médecin référent des structures et s'en réjouit.

2) Sur le refus d'accueil de Z

51. Par courrier du 30 juillet 2019, le maire de A, président du CCAS, a informé les parents de Z que « *le fonctionnement actuel de la structure [multi-accueil] ne permet pas d'accueillir dans des conditions de sécurité optimales les enfants concernés par un P.A.I. Cela est indiqué sur le règlement de fonctionnement que vous avez signé lors de l'inscription de votre enfant, et rappelé lors de votre entretien avec la Directrice de l'établissement. Compte tenu de cette situation, nous avons le regret de vous informer qu'il ne sera plus possible d'accueillir votre enfant sur la structure multi-accueil au terme du contrat, soit à compter du 31 juillet 2019* ».

52. Le refus de renouvellement du contrat d'accueil de Z est donc fondé sur le seul motif qu'il devait bénéficier d'un PAI, en l'absence même d'étude approfondie de la situation de l'enfant. Cette décision a été prise par le maire de Z, président du CCAS, avant même que le

² CAA Marseille, 9 mars 2009, n° 08MA03041

PAI de l'enfant n'ait été rédigé, de sorte que le maire n'était pas en mesure de savoir si l'état de santé de l'enfant pouvait nécessiter une administration de médicaments.

53. En outre, et même si tel devait être le cas, il ressort du règlement de fonctionnement que la directrice de l'établissement multi-accueil est infirmière. Ainsi, outre le médecin référent de la structure, la directrice est également habilitée à administrer des médicaments, notamment dans le cadre d'un PAI, conformément à l'article R. 4311-7 du code de la santé publique.

54. Dès lors, le maire de A ne démontre pas qu'en l'espèce, la crèche n'était pas en mesure de faire face aux besoins de l'enfant dans des conditions de sécurité satisfaisantes. Aucune solution, ni aucun aménagement, n'a été proposé aux parents de Z, afin que leur fils soit accueilli au multi-accueil de A.

55. Z, qui devait bénéficier d'un PAI, a donc été traité de manière moins favorable que les autres enfants, ne pouvant pas prétendre à une admission au multi-accueil de A.

56. Conformément à l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée, un aménagement de la charge de la preuve est prévu pour établir la discrimination, en matière civile. Il appartient alors à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

57. Or, en l'espèce, le maire de A, président du CCAS, ne prouve pas que le refus de renouveler l'admission de Z au multi-accueil est fondé sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

58. Dès lors, la Défenseure des droits conclut qu'il s'agit là d'une discrimination fondée sur l'état de santé en matière d'accès à un service public, en application de l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée.

59. La Défenseure des droits rappelle au maire de A :

- la valeur constitutionnelle en droit français du principe d'égal accès des usagers du service public, y compris pour les services publics facultatifs tels que les crèches municipales ;
- qu'il lui incombe d'accueillir tous les enfants, quel que soit leur état de santé, en respectant le principe de non-discrimination, le principe de la libre administration des communes ne donnant pas au maire un pouvoir souverain d'appréciation quant au droit d'accès au service.

60. La Défenseure des droits prend acte de l'accord de la mairie de A et des parents de Z sur la signature d'un accord transactionnel et demande à être tenue informée dès la signature de celui-ci.

61. La Défenseure des droits recommande au maire de A :

- d'accueillir sans distinction à la crèche municipale, tous les enfants des familles qui en font la demande, dans la limite des places disponibles, y compris ceux qui bénéficient d'un PAI, quelle que soit la raison pour laquelle il a été établi ;
- de s'assurer que les aménagements nécessaires à cet accueil soient mis en place pour le rendre effectif.

C. Sur l'incertitude du cadre juridique relatif à l'administration de médicaments au sein des crèches

62. La situation soumise à la Défenseure des droits soulève à nouveau la question des personnes habilitées à administrer un médicament à un enfant, question sur laquelle l'institution a déjà eu l'occasion d'appeler l'attention du ministère des Solidarités et de la Santé.

63. Conformément au droit en vigueur, il convient de distinguer l'aide à la prise de médicaments et l'administration de médicaments.

64. L'article L. 313-26 du code de l'action sociale et des familles précité donne des précisions s'agissant de l'aide à la prise de médicaments. Toutefois, cet article n'est applicable qu'aux « établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1 ». Or, la longue liste figurant à cet article vise essentiellement les services d'accueil de mineurs en danger, des personnes handicapées, des personnes âgées, des adultes atteints de maladie chronique ou encore des personnes en situation d'exclusion. Il ne vise pas les crèches.

65. Face au flou juridique qui entoure l'application de ce dispositif à de très jeunes enfants qui, *a priori*, n'ont pas la capacité de prendre des médicaments seuls, le ministère des Solidarités et de la Santé a régulièrement été interpellé sur la possibilité, pour des personnes qui ne seraient ni infirmières ni puéricultrices, de fournir des médicaments à des enfants en structures d'accueil de la petite enfance.

66. En avril 2017, un guide ministériel sur les établissements d'accueil du jeune enfant a été publié. La page 50 est consacrée à l'aide à la prise de médicaments. Il y est indiqué : « *Le cadre réglementaire actuel permet une aide à la prise de médicaments. Celle-ci se distingue de l'administration de médicaments non en raison des gestes opérés par les professionnel.le.s (le geste occasionné par une aide à la prise étant naturellement différent en ce qui concerne un tout-petit qu'en ce qui concerne un adulte), mais par le fait que les professionnel.le.s ne décident ni de la substance ingérée, ni de ses quantités, et se limitent à appliquer les prescriptions de l'ordonnance. L'aide à la prise de médicaments se fait en accord avec les parents et à condition que l'établissement soit en possession du double de l'ordonnance. Cette modalité doit être précisée dans le règlement de fonctionnement. Les professionnel.le.s peuvent souhaiter réaliser une aide à la prise sous la supervision d'un infirmier, notamment un infirmier libéral auquel l'établissement ferait ponctuellement appel à cette fin* ».

67. Toutefois, le guide ne tranche pas la question de l'administration de médicaments par les professionnels.

68. En février 2018, Monsieur Philippe PEMEZEC, sénateur, a de nouveau interrogé le ministre des Solidarités et de la Santé en ces termes : « *Il existe une contradiction entre le cadre légal, défini par le code de la santé publique, et le cadre réglementaire qui oblige chaque établissement à en faire sa propre interprétation. S'il est autorisé une « aide à la prise » de médicaments sur prescription médicale dans la mesure où cela est assimilé à un acte de la vie courante, qu'en est-il dans le cas de jeunes enfants, trop jeunes pour effectuer ces actes eux-mêmes et pour lesquels les professionnels doivent « administrer les médicaments » ?* »³.

69. Dans sa réponse du 15 novembre 2018, la ministre des Solidarités et de la Santé se contente de reprendre les termes du guide relatifs à la question de l'aide à la prise de médicaments⁴.

³ Question écrite n° 03365 de M. Philippe PEMEZEC (Hauts-de-Seine - Les Républicains) publiée dans le JO Sénat du 22/02/2018 - page 781

⁴ Réponse du ministère des solidarités et de la santé publiée dans le JO Sénat du 15/11/2018 - page 5823

70. La circulaire n° 2003-135 du 8 septembre 2003 relative à l'accueil en collectivité des enfants et adolescents atteints de troubles de santé évoluant sur une longue période prévoit qu' « *il appartient au médecin prescripteur, en liaison avec le médecin de la structure d'accueil, de décider si la prise d'un médicament même en cas d'urgence nécessite exclusivement l'intervention d'un auxiliaire médical ou d'un médecin au regard notamment des précisions apportées par la circulaire du ministère de l'emploi et de la solidarité (DGS-DAS) n° 99-320 du 4 juin 1999 relative à la distribution de médicaments* ».

71. Or, en application du principe de la hiérarchie des normes, une circulaire ne saurait ajouter aux règles posées par la loi ou prévoir des dérogations au cadre légal. Cette circulaire doit donc être entendue très strictement afin d'être compatible avec les termes du code de la santé publique.

72. En effet, si un enfant est capable de prendre son traitement lui-même, les auxiliaires de puériculture, assistantes maternelles, éducateurs de jeunes enfants ou d'autres professionnels pourront effectivement l'aider à prendre des médicaments, cette action relevant d'un acte de la vie courante. Ils pourront l'aider par exemple en lui donnant un verre d'eau, lui rappeler l'heure de la prise, sécuriser la conservation du médicament etc.

73. À l'inverse, si l'enfant n'a pas la capacité de le faire seul, notamment parce qu'il est trop jeune ou parce que la prise exige une préparation ou une injection, seule une personne qui appartient au personnel médical pourra administrer un médicament à un enfant accueilli dans ces structures en application du cadre légal existant à ce jour.

74. Dans la mesure où il existe une réelle incertitude juridique concernant les notions d'administration et d'aide à la prise de médicaments visant les enfants accueillis dans des structures d'accueil de la petite enfance, la Défenseure des droits recommande au ministre des Solidarités et de la Santé de clarifier, dans le code de l'action sociale et des familles, les droits, devoirs et obligations des personnels d'accueil lorsqu'un médicament doit être administré dans le cadre d'un PAI en l'absence de personnel médical au sein des établissements d'accueil pour les jeunes, à l'instar de ce qui est prévu à l'article L. 313-26 du code de l'action sociale et des familles.

DÉCISION

Au vu de ce qui précède, la Défenseure des droits :

Conclut que le refus de renouveler l'admission de Z au multi-accueil collectif de A au cours de l'année 2019 constitue une discrimination fondée sur son état de santé en matière d'accès à un service public ;

Constate une violation du principe de non-discrimination de nature à entraîner l'illégalité du « *règlement de fonctionnement multi-accueil collectif petite enfance* » ;

Prend acte :

- de l'accord de la mairie de A et des parents de Z sur la signature d'un accord transactionnel et demande à être tenue informée dès la signature de celui-ci ;
- qu' « *une modification conséquente des différents règlements intérieurs des structures communales accueillant des enfants* » est actuellement en cours ;
- qu'une formation relative à l'administration de médicaments sera dispensée aux agents des structures multi-accueil de la commune par le médecin référent des structures ;

Recommande au maire de A :

- que le nouveau « *règlement de fonctionnement multi-accueil collectif petite enfance* » mentionne :
 - o le principe de non-discrimination dans l'accueil des enfants au sein de la structure ;
 - o la possibilité pour les enfants bénéficiant d'un projet d'accueil individualisé (PAI) d'être accueillis, quel que soit le motif de l'établissement de celui-ci ;
- d'accueillir sans distinction à la crèche municipale, tous les enfants des familles qui en font la demande, dans la limite des places disponibles, y compris ceux qui bénéficient d'un PAI, quelle que soit la raison pour laquelle il a été établi ;
- de s'assurer que les aménagements nécessaires à cet accueil soient mis en place pour le rendre effectif ;

Recommande au ministre des Solidarités et de la Santé de clarifier, dans le code de l'action sociale et des familles, les droits, devoirs et obligations des personnels d'accueil lorsqu'un médicament doit être administré dans le cadre d'un PAI en l'absence de personnel médical au sein des établissements d'accueil pour les jeunes enfants, à l'instar de ce qui est prévu à l'article L. 313-26 du code de l'action sociale et des familles.

Claire HÉDON