RAPPORT

Les droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD

Face au droit, nous sommes tous égaux

Défenseur des droits
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 04

I· LES DROITS ET LIBERTÉS DES PERSONNES AGÉES ACCUEILLIES EN EHPAD À L'ÉPREUVE DE LA RÉALITÉ 06

A· PRINCIPE DU LIBRE CHOIX, DU CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ ET DROIT À L'INFORMATION DE LA PERSONNE ACCUEILLIE 08

Le libre choix du lieu de résidence 08

La recherche du consentement éclairé 08

La formalisation du consentement par le contrat de séjour 09

Le droit à une information claire, compréhensible et adaptée 10

Le droit à la désignation d'une personne de confiance 10

B· LE DROIT À UNE PRISE EN CHARGE ET À UN ACCOMPAGNEMENT ADAPTÉS 12

La mise en place du projet personnalisé 12

Les freins institutionnels à la prise en charge et à l'accompagnement adaptés 13

Les conséquences sur la prise en charge et l'accompagnement des résidents 13

C· LE DROIT À LA SANTÉ 17

La coordination des soins 17

La prise en charge médicamenteuse 18

La prise en charge nocturne et les transferts aux urgences 19

La santé bucco-dentaire 19

L'accompagnement de la fin de vie 20

D· LA LIBERTÉ D'ALLER ET VENIR 23

Les entraves fondées sur la sécurité des résidents 23

Le recours aux dispositifs de géolocalisation 24

Le recours aux mesures de contention 24

E· LE DROIT À LA VIE PRIVÉE, À L'INTIMITÉ ET AU MAINTIEN DES LIENS FAMILIAUX 25

Le recours aux dispositifs de vidéosurveillance 26

Le droit à une vie personnelle et familiale 27

F· LE DROIT À LA PROPRIÉTÉ 28

La responsabilité des établissements 28

La maltraitance financière 29

G· LE DROIT AU RECOURS EFFECTIF ET À LA PROTECTION 30

Réclamation du résident 30

Signalement d'actes de maltraitance envers un résident 31

Gestion des événements indésirables en EHPAD 32

Évaluations et contrôles du respect des droits fondamentaux des résidents 32

II. L'IMPACT DE LA CRISE SANITAIRE SUR LES DROITS ET LIBERTÉS DES PERSONNES ACCUEILLIES EN EHPAD 35

A· LA FAIBLE LISIBILITÉ DES NORMES EN VIGUEUR 35

B· L'ABSENCE DE CADRE NORMATIF PERMETTANT DE FONDER LES RESTRICTIONS SPÉCIFIQUES 36

C· LES ENTRAVES AUX DROITS ET LIBERTÉS LIÉES AU RECOURS ACCRU AU « DROIT SOUPLE » 37

Une illustration de la limitation du droit de sortie des personnes résidant en EHPAD au cours du premier confinement 37

Une illustration de la suspension du principe de libre arbitre de la personne accueillie 38

L'assouplissement attendu des mesures postérieurement à la campagne nationale de vaccination contre la COVID-19 40

D· L'ÉLARGISSEMENT DES LIMITATIONS DE SORTIE ET DES RESTRICTIONS DE DÉPLACEMENT 41

E· LES ENTRAVES À LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE 42

Limitations de visites 42

Sentiment d'isolement et dégradation de l'état de santé 42

Fin de vie 43

F· L'ABSENCE DE CONTINUITÉ DES SOINS 43

G· LES DIFFICULTÉS D'ACCÈS AUX DROITS ET AU RECOURS EFFECTIF 44

RÉCAPITULATIF DES RECOMMANDATIONS 46

PRINCIPE DU LIBRE CHOIX, DU CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ ET DROIT À L'INFORMATION DE LA PERSONNE ACCUEILLIE 46

LE DROIT À UNE PRISE EN CHARGE ET À UN ACCOMPAGNEMENT ADAPTÉS 47

LE DROIT À LA SANTÉ 48

LA LIBERTÉ D'ALLER ET VENIR 49

LE DROIT À LA VIE PRIVÉE, À L'INTIMITÉ ET AU MAINTIEN DES LIENS FAMILIAUX 50

LE DROIT À LA PROPRIÉTÉ 50

LE DROIT AU RECOURS EFFECTIF ET À LA PROTECTION 50

L'IMPACT DE LA CRISE SANITAIRE SUR LES DROITS ET LIBERTÉS DES PERSONNES ACCUEILLIES EN EHPAD 51

ANNEXE : CONTEXTE ET CADRE NORMATIF DE LA CRISE SANITAIRE 53

RAPPEL DES DATES CLÉS 53

CADRE LÉGAL 54

CADRE RÉGLEMENTAIRE 55

Panorama du 1er janvier au 11 mai 2020 55

Panorama du 11 mai au 10 juillet 2020 55

Du 10 juillet au 16 octobre 2020 : au cours de la période transitoire 56

Du 17 octobre 2020 au 31 décembre 2020 : au cours de l'état d'urgence sanitaire 56

Notes 58

INTRODUCTION

Le Défenseur des droits, autorité administrative indépendante chargée par la Constitution de veiller au respect des droits et libertés, est régulièrement saisi de réclamations de personnes accueillies en établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) portant sur les atteintes à leurs droits et libertés. Il a été particulièrement interpellé à ce sujet depuis le début de la crise sanitaire liée à l'épidémie de la Covid-19.

Sur les six dernières années, le Défenseur des droits a ainsi instruit plus de 900 réclamations de personnes contestant les modalités de leur accompagnement médico-social ou celui de leurs proches[1]. 80%[2] de ces dossiers mettent en cause un EHPAD.

Lieux de vie collectifs dédiés à l'accompagnement médico-social des personnes âgées, les EHPAD ne cessent d'évoluer afin de répondre aux défis de l'allongement de l'espérance de vie et du nombre croissant de personnes âgées en situation de perte d'autonomie ou de handicap.

La France est l'un des pays européens qui compte la proportion la plus élevée de personnes âgées en EHPAD (8,8 % des 75 ans et plus)[3]. Près de 7 600 EHPAD accueillent plus de 600 000 personnes âgées en perte d'autonomie ou handicapées qui sont majoritairement des personnes en situation de vulnérabilité : 80% sont classées en GIR 1 à 4[4], 260 000 souffrent d'une maladie neurodégénérative et 28% sont sous régime de protection juridique des majeurs[5]. Les besoins en soins et les niveaux de dépendance des résidents continuent à progresser. Selon les projections de la DREES, en 2050, les plus de 60 ans seront 25 millions, dont 4 millions en situation de perte d'autonomie ou de handicap.

Le défi des EHPAD consiste dès lors à garantir un juste équilibre entre, d'une part, la sécurité et la protection de leurs résidents, notamment ceux en situation de particulière vulnérabilité et, d'autre part, le respect de leurs droits et libertés.

Toutes les personnes accueillies en EHPAD ont le droit au respect de leur dignité et à la protection contre toute forme de maltraitance. Le respect de la dignité de la personne humaine constitue la base même des droits fondamentaux. Ce principe implique de ne pas réduire l'être humain à son corps en le traitant comme un objet et que la personne humaine ne soit pas instrumentalisée ni « *utilisée simplement comme un moyen, mais toujours comme une fin* »[6]. Il exige également que les besoins vitaux de la personne soient assurés. Pourtant, les situations portées à la connaissance du Défenseur des droits montrent que la réalité n'est pas toujours conforme à ce principe.

En dépit de la reconnaissance juridique du droit de toute personne humaine au respect de sa dignité et de son intégrité[7], le Défenseur des droits constate au travers des réclamations dont il est saisi, qu'il arrive que les comportements adoptés pendant l'accompagnement quotidien du résident négligent ces droits fondamentaux, en particulier lorsque les considérations d'ordre organisationnel et budgétaire deviennent prédominantes. La grande majorité des professionnels font de leur mieux, avec un engagement qui doit être salué, mais souvent le manque de moyens ne leur permet pas toujours d'accompagner les résidents comme ils le devraient et le souhaiteraient.

Le Défenseur des droits a ainsi eu connaissance de plusieurs situations dans lesquelles, pour pallier le manque de personnel, des couches étaient systématiquement mises aux personnes âgées, sans considération de la réalité de leur situation. De la même manière, les horaires de lever et de coucher des résidents sont parfois fixés uniquement pour s'adapter aux emplois du temps des personnels.

A également été relevé à plusieurs reprises le non-respect des protocoles concernant l'hygiène, la fréquence des douches et des toilettes.

De tels actes, qui sont facilités voire rendus possibles par la vulnérabilité liée à la perte d'autonomie des personnes accueillies en EHPAD[8], sont constitutifs de maltraitance[9] et de discrimination[10].

Les situations dont le Défenseur des droits est saisi montrent que la maltraitance provient parfois d'actes individuels, plus ou moins conscients, mais aussi et surtout de carences de l'organisation liées à la pénurie de personnel, à la rotation importante, à l'épuisement des professionnels ou au manque d'encadrement.

Confrontées à des situations de maltraitance, les directions d'établissement sont parfois tentées de chercher un coupable unique afin de les réduire à des actes individuels. Or, la maltraitance institutionnelle s'ajoute à la maltraitance individuelle ; elle ne dilue pas les responsabilités individuelles mais souligne les responsabilités propres de l'institution dont la raison d'être est la protection des personnes vulnérables.

Il est en effet important de faire la distinction entre les actes de violence ou de négligence individuels en milieu institutionnel et la violence institutionnelle, où l'établissement lui-même engendre la violence ou la négligence[11]. La maltraitance peut être qualifiée d'institutionnelle chaque fois que l'institution laisse les faits perdurer sans réagir, notamment après de multiples signalements des familles des victimes. Les actes ou situations résultant du manque de moyens de l'établissement peuvent également être constitutifs de faits de maltraitance institutionnelle[12].

Dans un contexte budgétaire contraint, les EHPAD organisent le plus souvent leur offre de services selon une logique gestionnaire qui génère une standardisation des conditions de prise en charge. Or, une telle prise en charge ne peut pas répondre efficacement aux besoins individuels des personnes âgées vulnérables[13] dans le respect de leurs droits et libertés.

La crise sanitaire liée à la pandémie de la Covid-19 a mis en exergue les difficultés récurrentes auxquelles sont confrontés les EHPAD et les défaillances constatées par le Défenseur des droits. Depuis le début de la crise, l'institution est encore davantage interpellée sur les atteintes aux droits et libertés des résidents en EHPAD, concernant plus particulièrement leur droit au maintien des liens familiaux, leur liberté d'aller et venir et le respect de leur consentement. Certains résidents n'ont pas pu recevoir de visite et ont ainsi été maintenus au sein de l'EHPAD pendant plusieurs mois, en dépit de leur demande ou de celle de leurs proches, de sorties à proximité de l'établissement.

Face à l'ampleur du sujet, le Défenseur des droits a procédé à une analyse de l'ensemble des réclamations adressées à l'institution et réalisé, depuis le début de l'année 2019, des entretiens et des auditions d'associations, de syndicats, de fédérations, d'institutions et de professionnels des secteurs médico-social et sanitaire, mais également des visites au sein de plusieurs EHPAD. Dans le cadre de ses relations avec la société civile, il a consulté son comité d'entente sur l'avancée en âge, composé d'associations investies sur le sujet du vieillissement, pour faire le point de la situation en matière de respect des droits des personnes âgées accueillies en EHPAD. En complément, le Défenseur des droits a sollicité toutes les agences régionales de santé (ARS), qui lui ont transmis un état des lieux des réclamations et signalements qui leur avaient été adressés ainsi que la synthèse des inspections qu'elles avaient réalisées au cours des trois dernières années.

Partant de ces constats, la Défenseure des droits a décidé d'établir le présent rapport sur les droits et libertés fondamentales des personnes âgées accueillies en EHPAD et de formuler des recommandations afin d'en assurer l'effectivité.

I· LES DROITS FONDAMENTAUX DES PERSONNES ÂGÉES ACCUEILLIES EN EHPAD

La protection des droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD repose sur un ensemble de textes internationaux et européens ratifiés par la France et destinés à protéger tous les êtres humains, et en particulier les plus vulnérables d'entre eux.

S'il n'existe à ce jour aucun instrument international en matière de droit de la personne qui traite spécifiquement des droits des personnes âgées, l'ensemble des traités internationaux relatifs aux droits humains[14] s'applique à tous de la même manière, y compris aux personnes âgées.

En ce sens, notamment, le Pacte international des droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) imposent aux États l'obligation de garantir à tous l'exercice des droits qu'ils énoncent, parmi lesquels, le droit à un recours effectif, à la protection de la vie privée et familiale et à la jouissance du meilleur état de santé physique et mentale possible[15].

Plus spécifiquement, même si la vieillesse n'est pas synonyme de handicap, il n'en reste pas moins que les personnes âgées en situation de handicap ou de perte d'autonomie[16] peuvent se prévaloir de la protection offerte par la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH)[17].

En effet, au sens de la CIDPH, on entend par personnes handicapées les « *personnes qui présentent des incapacités*[18] *physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres* »[19].

La plupart des personnes âgées accueillies en EHPAD, même si elles ne jouissent pas d'une reconnaissance administrative au titre du handicap, répondent à cette définition.

La CIDPH fait d'ailleurs référence à l'âge concernant, par exemple, la mise en place d'aménagements adaptés en fonction de l'âge, l'importance de services d'assistance et de protection adaptés à l'âge ou encore dans le cadre des services de soins de santé destinés à réduire et à prévenir les nouveaux handicaps[20].

Ratifiée par la France en 2010, la CIDPH vise à réaffirmer le caractère universel, indivisible, interdépendant et indissociable de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales, et la nécessité d'en garantir la pleine jouissance aux personnes handicapées sans discrimination.

Cette Convention se fonde, entre autres, sur le respect de la différence, de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle et de l'indépendance des personnes, la participation et l'intégration pleines et effectives à la société, et l'égalité des chances. Elle proclame la prohibition des discriminations fondées sur le handicap, la reconnaissance de la personnalité juridique des personnes handicapées dans des conditions d'égalité, le droit d'être protégé contre la maltraitance et le droit de jouir du meilleur état de santé possible.

Au niveau européen, les personnes accueillies en EHPAD peuvent se prévaloir de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés

fondamentales (CESDH) qui consacre, notamment, le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale, l'interdiction de toute discrimination ainsi que le respect de la propriété[21].

La Charte sociale européenne révisée affirme également le droit à la protection de la santé et le droit des personnes âgées à une protection sociale incluant, pour celles vivant en établissement, la garantie d'une assistance appropriée dans le respect de la vie privée et la participation à la détermination des conditions de vie dans l'institution. Ces droits doivent être exercés sans discrimination[22].

En droit interne, l'exercice des droits et libertés individuels est garanti par l'article L. 311-3 du code de l'action sociale et des familles (CASF) à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

Il est ainsi précisé que la personne accueillie a droit : au respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité, de sa sécurité ; à aller et venir librement ; au libre choix entre les prestations adaptées qui lui sont offertes notamment dans le cadre d'une admission au sein d'un établissement spécialisé ; à une prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité, respectant son consentement éclairé ; à la confidentialité des informations la concernant ; à l'accès à l'information relative à sa prise en charge ; à une information sur ses droits fondamentaux et les protections légales et contractuelles dont elle bénéficie, ainsi que sur les voies de recours à sa disposition ; à la participation directe au projet d'accueil et d'accompagnement.

En vue d'assurer l'exercice effectif de ces droits « *et notamment de prévenir tout risque de maltraitance* »[23], une Charte des droits et des libertés de la personne accueillie (ci-après « *la Charte des droits* ») a été établie[24], laquelle doit être communiquée à chaque résident et affichée dans l'établissement. Y sont proclamés, notamment, les droits à la non-discrimination, à une prise en charge adaptée, à l'information, et le principe du libre choix, du consentement éclairé et de la participation de la personne accueillie.

Il existe donc un cadre juridique contraignant qui offre une protection élevée aux personnes âgées accueillies en EHPAD. Toutefois, il ressort nettement de l'examen des situations portées à la connaissance du Défenseur des droits que l'effectivité de ces droits n'est pas assurée.

A·

PRINCIPE DU LIBRE CHOIX, DU CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ ET DROIT À L'INFORMATION DE LA PERSONNE ACCUEILLIE

Toute personne, quel que soit son degré d'autonomie, a le droit d'exercer son libre arbitre et son droit de regard pour toutes les décisions qui concernent sa vie, avec le maximum d'autodétermination et d'indépendance au sein de la société[25].

LE LIBRE CHOIX DU LIEU DE RÉSIDENCE

Les personnes âgées en perte d'autonomie doivent avoir la possibilité de choisir leur lieu de résidence et de mener une existence indépendante dans leur environnement habituel aussi longtemps qu'elles le souhaitent et que cela est possible[26].

Choisir librement son lieu de vie suppose, pour la personne âgée en perte d'autonomie, une offre couvrant un large spectre de réponses adaptées à ses besoins, allant du logement individuel, avec ou sans accompagnement par des services spécialisés, jusqu'à l'accueil en EHPAD, en passant par d'autres formules intermédiaires, tel le logement collectif ou inclusif.

Or, aujourd'hui la décision de vivre en EHPAD résulte moins souvent d'un libre choix de la personne âgée, que de contraintes liées à l'impossibilité pour elle de rester à son domicile en raison, notamment, de l'insuffisance des réponses apportées en matière de compensation aux personnes âgées en situation de perte d'autonomie ou handicapées[27].

Le droit au libre choix du lieu de résidence s'entend également de la possibilité pour la personne âgée en perte d'autonomie de choisir l'établissement dans lequel elle souhaite être hébergée. Or, là aussi, ce choix est mis à mal par l'insuffisance de l'offre adaptée. L'indisponibilité de places dans les structures peut en effet conduire à un éloignement géographique et par conséquent familial.

Elle peut également se traduire par un accueil dans un établissement, certes plus proche de la famille, mais dont la prise en charge est inadaptée aux besoins de la personne âgée.

Enfin, peu d'établissements développent l'hébergement temporaire qui permet à la personne d'alterner les séjours en EHPAD et au domicile. Pourtant, ce court séjour offrirait à la personne la possibilité d'être accueillie pour une durée limitée, de se familiariser avec son futur lieu de vie et, ce faisant, de prendre une décision davantage éclairée.

LA RECHERCHE DU CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ

L'article L.311-3 du CASF pose le principe du libre choix de la personne accueillie en établissement entre les prestations qui lui sont offertes et du respect de son consentement éclairé quant aux conditions et aux modalités de sa prise en charge et de son accompagnement.

L'article 4 alinéa 2 de la Charte des droits oblige à rechercher le consentement éclairé de la personne en l'informant, par tous les moyens adaptés à sa situation, des conditions et des conséquences de la prise en charge et de l'accompagnement et en veillant à sa compréhension.

Conformément à l'article 12 de la CIDPH, les personnes placées sous un régime de protection juridique doivent bénéficier d'un régime de décision assistée qui respecte leur autonomie, leur volonté et leurs préférences, de sorte que leur consentement doit être recherché dès lors qu'elles sont dans la capacité d'exprimer leur volonté[28].

Dans les faits, les possibilités de recueillir le consentement effectif de la personne et de s'assurer des conditions d'un libre choix sont d'autant plus complexes à mettre en œuvre que l'entrée en établissement a souvent lieu en urgence, sans préparation préalable. La demande émane fréquemment des proches familiaux, ou des professionnels si la personne âgée est isolée.

Par ailleurs, les EHPAD accueillent une population de plus en plus dépendante, dont une proportion non négligeable de personnes atteintes de troubles cognitifs, ce qui représente une difficulté supplémentaire au recueil du consentement et à la participation des résidents. La faculté à consentir librement apparait ainsi « *inversement proportionnelle à la vulnérabilité des personnes. Lorsque les capacités physiques et cognitives déclinent ou sont altérées, les individus ne sont plus en mesure d'exprimer et de faire respecter leurs choix* »[29].

Face aux difficultés liées au recueil du consentement des personnes âgées à un hébergement en EHPAD – processus qui peut s'avérer long et qui nécessite un accompagnement –, le Défenseur des droits constate un recours très fréquent à des demandes de mise sous protection juridique du futur résident – sans analyse de l'opportunité ni de la proportionnalité de cette mesure – se traduisant notamment par des mesures de mise sous tutelle, par nature restrictives de droits.

En outre, la question du libre choix et du consentement de la personne accueillie « *se pose dans des termes d'autant plus complexes que les relations entre résidents et soignants sont marquées par une profonde asymétrie d'information et de pouvoir, ce qui peut inciter les premiers à s'en remettre à la volonté des seconds* »[30].

LA FORMALISATION DU CONSENTEMENT PAR LE CONTRAT DE SÉJOUR

Lors de son admission, le consentement du futur résident sur les objectifs et la nature de sa prise en charge et de son accompagnement doit être recueilli.

Afin de formaliser le consentement, l'article L.311-4 du CASF dispose qu'un contrat de séjour doit être conclu avec la participation de la personne accueillie ou de son représentant légal.

Par ailleurs, en application de l'article D.311, I du CASF, seule la personne qui sera accueillie et, le cas échéant, son représentant légal peuvent signer le contrat de séjour[31].

Dans les situations dont il est saisi, le Défenseur des droits observe un non-respect fréquent de la procédure de conclusion du contrat de séjour telle qu'établie par la loi. Indépendamment de la capacité à consentir du résident, son consentement n'est pas formalisé et de nombreux contrats ne sont pas signés ou le sont par une personne autre que le résident ou son représentant légal[32].

Concernant la procédure de conclusion du contrat de séjour, l'alinéa 5 de l'article L. 311-4 du CASF prévoit un entretien du futur résident avec le directeur de l'établissement, ou toute autre personne formellement désignée par lui, et « *chaque fois que nécessaire* », avec la participation du médecin coordonnateur de l'établissement. Le but de cet entretien est d'informer la personne « *de ses droits et s'assure[r] de leur compréhension* » ainsi que de rechercher le consentement. Il doit se faire « *hors de la présence de toute autre personne, sauf si la personne accueillie choisit de se faire accompagner par la personne de confiance* ».

Compte tenu de l'asymétrie d'information et de pouvoir évoquée plus haut, le Défenseur des droits considère que l'accompagnement de la personne doit être privilégié. Dès lors qu'une personne de confiance est désignée, elle devrait par conséquent être invitée à participer à l'entretien sauf si la personne accueillie s'y oppose.

Par ailleurs, si la recherche du consentement de la personne à son admission en EHPAD se matérialise par la signature du contrat de séjour, la délivrance d'informations erronées par le biais de stipulations abusives affaiblit la protection offerte par l'instrument contractuel.

En effet, il ressort des saisines du Défenseur des droits que certaines clauses abusives perdurent dans les contrats de séjour : clause indiquant que l'établissement ne peut être tenu responsable en cas de vol, perte ou détérioration des biens des résidents[33], clause concernant la date de départ de la facturation des prestations d'hébergement[34] ou encore celle ayant trait à la facturation automatique de frais de remise en état des lieux.

La rétention de la caution pour cause de dégradation est au surplus fréquente alors qu'aucun état des lieux contradictoire n'a été réalisé, ni à l'entrée, ni à la sortie du résident, obligation pourtant prévue à l'article L.311-7-1 du CASF[35].

LE DROIT À UNE INFORMATION CLAIRE, COMPRÉHENSIBLE ET ADAPTÉE

Si le consentement libre et éclairé du résident constitue le fondement de la relation d'accompagnement, il ne peut y avoir de véritable consentement sans information. Or, le Défenseur des droits remarque que la prise de décision est souvent entravée par le manque d'informations du résident.

Le droit à l'information sur les modalités de prise en charge du résident, ses droits, les protections particulières, légales et contractuelles, ainsi que sur les voies de recours à sa disposition est consacré à l'article L.311-3 alinéa 6 du CASF et à l'article 3 de la Charte des droits. Cette information doit être claire, compréhensible et adaptée aux besoins de la personne.

L'article L.311-4 du CASF traduit notamment ce droit par l'obligation de remise, au moment de l'admission, d'une copie des documents suivants : le livret d'accueil, la Charte des droits et des libertés de la personne accueillie, le règlement de fonctionnement et le contrat de séjour. Lors de la conclusion de ce contrat, le directeur de l'établissement doit informer le résident de ses droits et s'assurer de leur compréhension.

Or, le Défenseur des droits constate que ces documents ne sont pas systématiquement remis. Plus spécifiquement, l'information sur la tarification mise en place et les aides auxquelles la personne peut prétendre est rarement délivrée ou accessible. Ce défaut d'information concerne également le droit pour la personne accueillie de désigner une personne de confiance.

LE DROIT À LA DÉSIGNATION D'UNE PERSONNE DE CONFIANCE

Depuis la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement du 28 décembre 2015, la personne âgée accueillie en EHPAD dispose du droit de désigner une personne de confiance qui dispose d'attributions propres dans le secteur médico-social : accompagner le résident et veiller au respect de ses droits dans le cadre de sa prise en charge médico-sociale.

La personne de confiance peut ainsi être consultée par le résident lorsque ce dernier rencontre des difficultés dans la connaissance et la compréhension de ses droits ; l'accompagner lors de l'entretien en vue de la conclusion du contrat de séjour afin de s'assurer de la validité de son consentement ; proposer des modifications de l'éventuelle annexe au contrat de séjour dédiée aux aménagements des conditions d'accueil. De plus, le résident peut lui confier expressément les attributions classiques de la personne de confiance dans le secteur sanitaire, telles que prévues à l'article L.1116-1 du code de la santé publique (CSP) : l'assister dans ses démarches, en tant que patient, et l'accompagner aux entretiens médicaux afin de l'aider dans les décisions sur la prise en charge de sa santé.

Conformément à l'article L. 311-5-1 du CASF, l'établissement doit l'informer, avant la conclusion du contrat de séjour, de son droit de désigner une personne de confiance. Les conditions dans lesquelles l'information sur ce droit doit être fournie sont établies par le décret du 18 octobre 2016[36].

Or, le Défenseur des droits perçoit, au fil de l'instruction des réclamations dont il est saisi, que le résident n'est souvent pas informé de ce droit et, surtout, que le rôle de la personne de confiance n'est pas bien compris par les parties prenantes, fréquemment confondu avec celui du représentant légal.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°1

De veiller à ce que les directions de tous les EHPAD planifient, dans les meilleurs délais, un audit externe portant sur la validité des contrats de séjour de toutes les personnes accueillies et de procéder, le cas échéant, à leur régularisation.

RECOMMANDATION N°2

D'inciter les directions des EHPAD à proposer, lorsque cela possible, au futur résident d'alterner, dans un premier temps, les séjours en établissement et au domicile, afin de permettre un choix éclairé.

RECOMMANDATION N°3

D'inscrire dans une disposition réglementaire l'obligation d'intégrer dans le livret d'accueil, la Charte des droits, le règlement de fonctionnement et les contrats de séjour de l'EHPAD, un volet en « *facile à lire et à comprendre* » (FALC) pour tous ceux qui rencontrent des difficultés de compréhension.

RECOMMANDATION N°4

D'engager des actions de sensibilisation auprès des professionnels, des résidents et de leurs proches sur le rôle de la personne de confiance dans le secteur médico-social.

RECOMMANDATION N°5

De prévoir, par une disposition réglementaire, l'obligation d'inscrire le nom et les coordonnées de la personne de confiance désignée par le résident dans son dossier administratif.

RECOMMANDATION N°6

De modifier l'article L. 311-4 du CASF relatif à la présence de la personne de confiance lors de la conclusion du contrat de séjour afin que la personne de confiance désignée soit systématiquement invitée à participer à l'entretien sauf si la personne accueillie s'y oppose.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX AGENCES RÉGIONALES DE SANTÉ (ARS) ET AUX CONSEILS DÉPARTEMENTAUX (CD)

RECOMMANDATION N°7

De veiller à ce que les directions des EHPAD renforcent l'information du résident et de ses proches sur les modalités de prise en charge, les prestations proposées, les mesures de protection, les voies de recours ainsi que le droit pour la personne accueillie de désigner une personne confiance.

RECOMMANDATION N°8

D'inciter les directions des EHPAD à désigner un référent chargé de veiller à la recherche effective du consentement des résidents, la nomination de ce référent « *consentement* » s'inscrivant dans le projet d'établissement.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE

RECOMMANDATION N°9

De renforcer les contrôles des EHPAD par la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF) portant sur la vérification de l'absence de clauses abusives dans les contrats de séjour.

B·

LE DROIT À UNE PRISE EN CHARGE ET À UN ACCOMPAGNEMENT ADAPTÉS

L'article 19 de la CIDPH garantit aux personnes âgées en situation de handicap, résidant en établissement, l'accès aux services nécessaires pour « *leur permettre de vivre dans la société et de s'y insérer et pour empêcher qu'elles ne soient isolées ou victimes de ségrégation* ». La Charte sociale européenne assure quant à elle, dans son article 23, « *aux personnes âgées vivant en institution l'assistance appropriée dans le respect de la vie privée, et la participation à la détermination des conditions de vie dans l'institution* ».

Tout comme l'article L. 311-3 3° du CASF, l'article 2 de la Charte des droits affirme le droit à une prise en charge ou à un accompagnement adapté de la personne accueillie qui doit se voir proposer une prise en charge individualisée et la plus adaptée possible à ses besoins, dans la continuité des interventions.

LA MISE EN PLACE DU PROJET PERSONNALISÉ

Le droit à une prise en charge et à un accompagnement adaptés se traduit par la mise en place, pour chaque personne accueillie en EHPAD, d'un projet personnalisé qui comprend différents volets, tels que vie quotidienne, vie sociale, soins, soutien psychologique et accompagnement en fin de vie.

Le projet personnalisé permet de poser clairement les termes du compromis entre le respect de la liberté de choix des prestations par le résident et la mission de protection des personnes qui relève de l'institution. Son élaboration doit être l'occasion de proposer un accompagnement et des activités en adéquation avec les attentes et les besoins de chaque résident.

Alors que les EHPAD sont tenus d'élaborer un projet personnalisé pour chaque résident[37], cette obligation n'est assortie d'aucun texte règlementaire contraignant précisant les conditions et modalités de sa mise en œuvre. Seules existent des recommandations de bonnes pratiques formulées par l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM), aujourd'hui intégrée à la Haute Autorité de santé (HAS)[38]. Ce cadre apparaît insuffisant.

Le Défenseur des droits observe en effet que, bien que les établissements élaborent des documents nommés « *projets personnalisés* », ces derniers sont souvent réalisés unilatéralement par les professionnels, sans la participation du résident. Les EHPAD publics, en particulier ceux rattachés à un établissement hospitalier associent ainsi rarement les résidents au projet personnalisé[39], probablement en raison de la prédominance de la culture sanitaire.

En conséquence, ce projet est souvent inadapté aux besoins de la personne accueillie et est loin de constituer un contrat d'accompagnement traduisant la volonté et les choix exprimés par la personne elle-même.

De surcroît, alors que les règles de bonnes pratiques établissent que l'actualisation des projets personnalisés des résidents devrait être réalisée chaque année[40], dans la majorité des cas, ces projets ne sont pas réévalués, même en cas de dégradation de l'état de santé du résident[41].

Pourtant, impliquer le résident dans l'élaboration de son projet personnalisé et être à son écoute dès lors que ce dernier souhaite qu'il soit réévalué est déterminant. En effet, différentes études mettent en évidence le fait qu'encourager les personnes à exprimer leurs attentes et les faire participer aux prises de décisions non seulement renforcent leur satisfaction mais « *favorisent même leur rétablissement* »[42].

LES FREINS INSTITUTIONNELS À LA PRISE EN CHARGE ET À L'ACCOMPAGNEMENT ADAPTÉS

Une prise en charge individualisée suppose une formation ou au minimum une sensibilisation du personnel et, dans le cas où le personnel est habitué à une prise en charge sanitaire de type hospitalier, un certain renversement de perspective est nécessaire.

Le Défenseur des droits constate que le droit à l'accompagnement individualisé et adapté est compromis par le manque de moyens, humains et financiers, des établissements. Même certains soins, comme ceux qui relèvent de la toilette, sont organisés dans une logique comptable pour réduire les effectifs du personnel.

En vertu du II de l'article D.312-155-0 du CASF[43], les EHPAD doivent, pour assurer leurs missions, disposer d'une équipe pluridisciplinaire comprenant – outre le directeur et le personnel administratif – au moins un médecin coordonnateur, un professionnel infirmier, des aides-soignants, des aides médico-psychologiques (AMP), des accompagnants éducatifs et sociaux et des personnels psycho-éducatifs. Or, le Défenseur des droits remarque qu'une telle équipe n'est pas toujours mise en place au sein des établissements, ce qui compromet la qualité de la prise en charge, notamment paramédicale, de la personne accueillie.

Le Défenseur des droits souligne l'existence d'un décalage important entre les besoins des résidents et les effectifs réellement proposés par les EHPAD. La présence humaine – mesurée à travers le taux d'encadrement[44] – est largement insuffisante pour une prise en charge respectueuse des droits du résident[45]. Ces taux d'encadrement ne sont pas satisfaisants et ne correspondent pas aux besoins réels de la prise en charge. De plus, le ratio comprend le personnel soignant mais aussi le personnel administratif de l'EHPAD, qui n'accompagne pas directement les résidents[46].

Par ailleurs, le manque d'attractivité des métiers du secteur du grand âge (conditions de travail difficiles, salaires trop faibles, manque de reconnaissance, formation insuffisante…)[47] reste un facteur important des difficultés chroniques en matière de recrutement[48]. Les établissements se voient dès lors trop souvent contraints d'embaucher du personnel non formé et non qualifié.

L'absence de formation continue du personnel, notamment en matière de lutte contre la maltraitance, se surajoute à ces difficultés. Or, la formation des professionnels sur des sujets tels que les spécificités du public accueilli, la bientraitance, la douleur… permet de répondre de manière plus adéquate aux besoins des personnes accompagnées. Elle favorise une consolidation des compétences et des pratiques professionnelles sur les aspects complexes de l'accompagnement.

Au grand nombre de postes vacants s'ajoute un important taux d'absentéisme qui touche massivement les métiers du grand âge[49], en lien avec la pénibilité des postes et le découragement lié aux conditions de prise en charge des résidents. Sont rapportés au Défenseur des droits des témoignages de professionnels qui affirment préférer quitter leur poste plutôt que continuer à travailler dans des conditions qui les rendent eux-mêmes maltraitants ou complices de certains actes.

LES CONSÉQUENCES SUR LA PRISE EN CHARGE ET L'ACCOMPAGNEMENT DES RÉSIDENTS

Au regard des réclamations dont est saisi le Défenseur des droits, plusieurs aspects de la prise en charge du résident, affectés par l'insuffisance des moyens des EHPAD, doivent faire l'objet d'une vigilance particulière.

LE GLISSEMENT DES TÂCHES

Afin de pallier le manque de personnel, d'importants glissements de tâches – attribution de nouvelles tâches sans que les fiches de poste n'aient évolué – se mettent en place dans plusieurs établissements.

Il est fréquent d'observer des aides-soignants effectuant des actes infirmiers, des aides médico-psychologiques exécutant des tâches d'aides-soignants au lieu d'animer des activités culturelles, sociales, des loisirs,

ou encore des « *dames de compagnie* »[50] se substituant au personnel de l'établissement (aide au repas, toilettes, changes), voire même s'immisçant dans les soins aux résidents, sans aucun contrôle de la part de certaines directions d'établissement.

Ces glissements de tâches sont facilités par les nombreuses défaillances dans la gestion des ressources humaines, comme le manque d'élaboration des fiches de poste ou leur imprécision, la non vérification des diplômes, un défaut de planning, des entretiens annuels d'évaluation insuffisants et non formalisés, comme le soulèvent certaines ARS dans leur contribution écrite au Défenseur des droits.

LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE DES RÉSIDENTS

La protection du résident nécessite, tout d'abord, la satisfaction de ses besoins les plus fondamentaux. La sécurité alimentaire est primordiale.

S'agissant de l'organisation de la distribution des repas, selon les informations transmises au Défenseur des droits par plusieurs ARS, certains EHPAD s'exposent à des risques en ne disposant pas de protocoles définissant les échanges entre l'équipe de cuisine, le diététicien et les services sécurisant la chaîne alimentaire, notamment pour les personnes qui doivent suivre des régimes spéciaux.

Le Défenseur des droits a pu également relever que l'alimentation proposée aux résidents n'est pas toujours adaptée à leur degré d'autonomie. Par exemple, certains proches de résidents regrettent que les repas soient servis moulinés ou mixés plutôt qu'une aide humaine soit octroyée au résident qui ne peut plus couper seul ses aliments. Les régimes alimentaires sont aussi rarement pris en compte. Or, le manque de qualité et l'inadéquation de la nourriture ainsi que l'insuffisance d'apport hydrique sont à l'origine de nombreux cas de malnutrition et de déshydratation, quand ils ne viennent pas plus directement dégrader l'état de santé.

Concernant les rythmes alimentaires, certaines ARS ont confirmé les informations issues des réclamations dont est destinataire le Défenseur des droits : certains établissements ne respectent pas les recommandations de bonnes pratiques relatives aux intervalles entre les repas – intervalle minimum de 12 heures entre le dîner et le petit déjeuner et intervalle minimum de 3 heures entre le gouter et le dîner[51]. Il semble pourtant évident que l'organisation des repas doit être centrée autour des besoins des résidents et non des contraintes organisationnelles de l'établissement.

L'ACCÈS AUX AIDES TECHNIQUES

Le Défenseur des droits constate des difficultés récurrentes concernant l'obtention, la réfection ainsi que l'entretien des aides techniques nécessaires à la compensation du handicap ou de la perte d'autonomie (lunettes, appareils auditifs, prothèses dentaires…) de nature à porter atteinte à la dignité et à l'autonomie des personnes concernées. La déficience visuelle ou auditive, bien qu'elle ne soit pas visible, peut avoir des conséquences importantes sur la qualité de vie des résidents en EHPAD ainsi que sur leurs fonctions cognitives.

En pratique, l'accès à ces aides techniques dépend principalement de l'action individuelle, en particulier des familles. Les besoins des résidents isolés, n'ayant pas de proches pouvant se charger de ces démarches, sont rarement pris en compte par les établissements. Les fréquentes pertes et parfois vols d'appareils, suivis des difficultés de réfection, aggravent la situation, d'autant que le déplacement de la personne âgée est la plupart du temps nécessaire (pour réaliser des empreintes chez le dentiste, consulter l'ophtalmologue …).

L'ACCÈS À LA VIE CULTURELLE ET AUX ACTIVITÉS DE LOISIRS

La personne accueillie en EHPAD a le droit de participer, sur la base de l'égalité avec les autres, à la vie culturelle et à des activités de loisirs[52]. La participation des personnes âgées aux activités culturelles et de loisirs est d'autant plus importante que ces activités sont créatrices de liens sociaux.

Des personnes ayant différents niveaux d'autonomie se côtoient au sein d'un même EHPAD. Il revient dès lors à l'établissement de proposer des activités compatibles avec l'état de santé et le degré d'autonomie de chaque résident. La palette des activités proposées doit donc être suffisamment variée. De plus, les activités n'ont pas vocation à se dérouler exclusivement dans l'EHPAD.

Or, dans la pratique, les obstacles sont nombreux. Si l'individualisation de l'accompagnement du résident, dans la perspective de favoriser son autonomie personnelle, suppose une diversification des activités proposées, le financement de l'accompagnement de la dépendance en établissement, prévu par le décret du 21 décembre 2016, est basé sur la grille nationale AGGIR (autonomie-gérontologie-groupe iso ressources). Cette grille permet d'évaluer le degré de perte d'autonomie mais l'évaluation se limite à l'accomplissement des actes essentiels à la vie quotidienne[53] : s'habiller, faire sa toilette, se déplacer à l'intérieur du lieu de vie, en dehors du lieu de vie. Ainsi, les difficultés d'accès à d'autres droits – activité culturelle, inclusion dans la cité – résultant de leur perte d'autonomie ne sont pas compensées par ce financement.

Dès lors, le Défenseur des droits constate que c'est davantage une prise en charge standard, non individualisée, avec des activités définies uniquement en fonction des moyens de l'établissement qui sont proposées. Les contraintes organisationnelles et les contingences du quotidien ne permettent pas, en général, une personnalisation de l'accompagnement. Si la personne accueillie est écoutée dans ses choix et habitudes, une distorsion se produit dès lors que les professionnels doivent y adjoindre l'impératif de continuité du service. En conséquence de cette offre inadaptée, près de la moitié des résidents ne participe pas chaque semaine aux activités proposées[54].

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°10

D'adopter, au-delà des recommandations de la Haute Autorité de santé (HAS), un cadre réglementaire définissant les conditions d'élaboration du projet personnalisé du résident.

RECOMMANDATION N°11

De fixer un ratio minimal de personnels travaillant en EHPAD en fonction du niveau d'autonomie et des soins requis des résidents. Elle recommande de suivre la proposition du Conseil de l'âge du Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge (HCFEA) qui fixe un objectif de norme d'encadrement de 0,8 effectif à temps plein (ETP) par résident.

RECOMMANDATION N°12

De revaloriser les diplômes et les parcours professionnels liés aux métiers de l'accompagnement à l'autonomie, comme préconisé dans le rapport El Khomri « *Plan de mobilisation nationale en faveur de l'attractivité des métiers du grand âge* ».

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS ET AUX CD DE S'ASSURER, LORS DES CONTRÔLES ET DES INSPECTIONS

RECOMMANDATION N°13

Que le rôle et l'intervention des tiers, notamment des « *dames de compagnie* », au sein des EHPAD sont clarifiés dans le règlement intérieur de l'établissement.

RECOMMANDATION N°14

Que les directions des EHPAD proposent des activités accessibles et adaptées aux résidents les moins autonomes.

RECOMMANDATION N°15

Que le projet personnalisé est élaboré dans les délais et réévalué périodiquement avec la participation du résident. Une attention particulière sera portée aux aides techniques.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS

RECOMMANDATION N°16

De soutenir toute démarche initiée par les directions des EHPAD visant à mettre en place le marquage des appareils (prothèses auditives, dentaires...) afin de limiter les pertes d'appareillages.

RECOMMANDATION N°17

De s'assurer, lors des contrôles et inspections, de la mise en place à l'attention du personnel d'actions de sensibilisation et de prévention relatives aux risques de dénutrition et de déshydratation, ainsi que de l'adéquation de la nourriture et des solutions d'hydratation au degré d'autonomie du résident.

C.

LE DROIT À LA SANTÉ

Le droit fondamental de toute personne de jouir du meilleur état de santé possible sans discrimination est consacré par divers textes internationaux et régionaux[55].

Dans l'ordre juridique interne, le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle au droit à la santé sur le fondement de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 qui énonce que « *la Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* »[56].

Issu de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, l'article L. 1110-1 du code de la santé publique dispose que « *le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne* ». Ce code garantit également à toute personne, dans ses articles L.1110-5 et L.1112-4, le droit aux soins les plus adaptés à son état, la prise en charge de la douleur ainsi que le droit d'avoir une fin de vie digne. Le droit à la sécurité, garanti par l'article L.311-3 alinéa 1er du code de l'action sociale et des familles, et par l'article 7 de la Charte des droits, crée l'obligation à la charge de l'établissement d'assurer la sécurité de la personne accueillie, y compris sanitaire, sa santé ainsi que son droit à un suivi médical et paramédical adapté.

Pourtant, dans les situations portées à sa connaissance, le Défenseur des droits constate régulièrement certaines défaillances dans l'accompagnement sanitaire de la personne âgée en EHPAD. Celles-ci concernent principalement la coordination des soins, la prise en charge médicamenteuse, la prise en charge nocturne et les transferts au service des urgences, la santé bucco-dentaire et l'accompagnement de la fin de vie.

LA COORDINATION DES SOINS

Plusieurs dispositions réglementaires assurent la protection du résident par la coordination des soins. L'EHPAD doit, notamment, réunir au minimum deux fois par an la commission de coordination gériatrique (CCG), instance chargée d'organiser l'intervention des professionnels salariés et libéraux au sein de l'établissement au bénéfice de la qualité de l'accompagnement des résidents[57].

Le médecin coordonnateur de l'établissement assure également un rôle important. Il élabore notamment le projet de soins de l'établissement et coordonne le travail d'équipe du personnel médical[58]. Toutefois, au vu des difficultés de recrutement que rencontrent les EHPAD, ce poste n'est pas toujours pourvu ou son titulaire se voit attribuer des fonctions qui dépassent son domaine d'action, comme exécuter les actes relevant normalement du médecin traitant.

S'agissant du médecin traitant, le principe du libre choix par le patient, prévu à l'article L.1110-8 du CSP, est en pratique difficile à mettre en œuvre. D'une part, il est rare que le résident puisse conserver son médecin traitant, l'établissement d'accueil étant trop éloigné ou la patientèle du médecin trop importante pour lui permettre les visites à domicile. D'autre part, les personnes hébergées ne peuvent bénéficier que de soins dispensés par des professionnels ayant conclu une convention d'intervention avec l'organisme gestionnaire, conforme à un modèle réglementaire[59]. Or, certains praticiens refusent de signer une telle convention, la jugeant trop restrictive et attentatoire à leur indépendance. Un médecin est alors proposé par l'EHPAD. Pour la personne en perte d'autonomie, ce changement participe à une perte de repères. Le Conseil d'État a néanmoins considéré que cette restriction ne représentait pas une atteinte au principe de libre choix[60].

Au final, il n'est pas rare que les actes de soins à l'égard des résidents soient réalisés par le médecin coordonnateur. Il est certes prévu, dans certaines situations particulières – urgence, risque vital, risque exceptionnel

ou collectif nécessitant une organisation adaptée des soins – qu'il puisse réaliser des prescriptions pour les résidents. Cependant, il ne lui appartient pas de prescrire les traitements de manière habituelle ou régulière et ainsi de se substituer au médecin traitant. Il lui incombe plus spécifiquement de dresser, en collaboration avec les médecins traitants, un référentiel commun des médicaments à utiliser de façon préférentielle dans les prescriptions destinées aux résidents de l'EHPAD. Cette situation a pour effet de réduire le temps normalement dévolu à la coordination médicale de l'établissement qui est pourtant essentielle à la qualité de la prise en charge.

Par ailleurs, le dossier médical du résident constitue l'outil essentiel de la coordination des soins[61]. Il contient les informations concernant la santé de la personne, recueillies par les professionnels de santé. Il assure la traçabilité des actions effectuées et représente par conséquent un dispositif d'information, de communication et de coordination pour les acteurs de soins du résident. La bonne tenue de ce dossier permet également de mieux gérer les situations de transfert au service des urgences d'un établissement de santé, en tenant compte de la pathologie du résident et des soins prescrits par son médecin traitant.

Or, et ainsi que le confirment plusieurs ARS, la communication est largement insuffisante, tant entre les différents professionnels (auxiliaires médicaux, infirmiers, médecin coordonnateur, soignants), qu'entre les équipes de jour et de nuit, ou encore avec les intervenants extérieurs, tels les médecins traitants. Les transmissions d'informations (symptômes, résultats d'examens, traitements prescrits, conduite à tenir…) n'apparaissent ni homogènes, ni régulières dans le temps ; elles sont parfois simplement absentes. Sans information à jour, la continuité et la qualité des soins sont gravement compromises, d'autant plus que les EHPAD hébergent des personnes de plus en plus dépendantes et atteintes de polypathologies.

À ce titre, le développement de la pratique avancée en soins infirmiers contribuerait également, en permettant à des infirmiers d'exercer des missions jusque-là dévolues aux seuls médecins, à réduire les délais d'attente et améliorer la qualité des parcours des patients.

De même, le recours à la téléconsultation simplifierait l'accès à un médecin pour les résidents et réduirait les transferts inutiles de patients vers des structures hospitalières. Ce dispositif nécessite d'identifier les « *zones blanches* », zones du territoire national peu couvertes numériquement. En France, trop de régions font encore face à une disparité d'accès à Internet.

LA PRISE EN CHARGE MÉDICAMENTEUSE

Contrairement au secteur sanitaire[62], la prise en charge médicamenteuse en EHPAD n'est réglementée par aucun texte spécifique[63]. Or, il ressort des réclamations dont est saisi le Défenseur des droits ainsi que des réponses de plusieurs ARS, que le circuit du médicament – de la pharmacie de ville à l'EHPAD et au sein même de l'établissement – n'est pas suffisamment sécurisé.

À titre liminaire, il faut rappeler qu'au sein de l'EHPAD, selon l'article L. 313-6 du code de l'action sociale et des familles, « *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.* ». Toutefois, la notion de « *personne chargée de l'aide aux actes de la vie courante* » n'est pas tranchée par le droit positif ; ce flou participe au manque de sécurisation du circuit du médicament.

Ensuite, selon l'état des lieux établi par les ARS à l'attention du Défenseur des droits, la prise en charge médicamenteuse est généralement informatisée, notamment pour les étapes de prescription et d'administration du médicament. Cependant, les logiciels utilisés ne sont pas toujours adaptés à l'activité d'un

EHPAD. Leur appropriation par les médecins traitants des résidents et le personnel soignant n'est pas satisfaisante, ce qui donne lieu à des prescriptions hors logiciel ou à une traçabilité différée de l'administration des médicaments. Toutes les bonnes pratiques d'administration du médicament, dont l'identitovigilance – l'ensemble des mesures mises en œuvre pour fiabiliser l'identification de l'usager afin de sécuriser ses données de santé, à toutes les étapes de sa prise en charge –, peuvent alors être mises à mal.

Enfin, si toute personne a le droit de recevoir le traitement le plus adapté à son état de santé, le Défenseur des droits a été saisi de situations dans lesquelles des ordonnances renouvelant le traitement étaient préparées par l'infirmière de l'EHPAD ou par le pharmacien, puis signées par le médecin traitant sans aucun réexamen du patient[64]. Il arrive également qu'un traitement médicamenteux soit administré au résident, alors qu'il est inadapté à son état, parce que ce traitement figure dans le référentiel commun des médicaments à utiliser au sein de l'EHPAD. Des cas de surmédication – provoquant chutes, endormissements et dégradation de l'état cognitif du résident – ont ainsi été rapportés au Défenseur des droits.

LA PRISE EN CHARGE NOCTURNE ET LES TRANSFERTS AUX URGENCES

Le manque d'information concernant la prise en charge du résident, notamment la traçabilité médicamenteuse, rend difficile la réalisation des soins en urgence. La personne peut être hospitalisée sans que soient transmises les informations sur sa pathologie et les éventuelles contre-indications médicamenteuses. La formation des professionnels à l'utilisation du dossier de liaison d'urgence (DLU) s'avère, en outre, insuffisante[65]. Enfin, peu d'établissements rédigent des protocoles de soins pour la gestion des urgences. Or, améliorer la qualité des soins en EHPAD implique une meilleure prise en charge des situations d'urgence pouvant mener à une hospitalisation.

À ce titre, le Défenseur des droits, tout comme les ARS, constate l'absence généralisée de postes de personnel infirmier de nuit dans les EHPAD. Or, la présence d'un soignant est nécessaire pour une prise en charge immédiate des troubles ainsi que leur surveillance la nuit. Cette absence de permanence infirmière est à l'origine de nombreux transferts de résidents aux urgences hospitalières, souvent injustifiés.

Plusieurs hospitalisations au service des urgences d'un établissement de santé pourraient être évitées si les pathologies associées, les comorbidités, étaient davantage prévenues ou mieux prises en charge en EHPAD.

Ces hospitalisations non programmées, potentiellement évitables, parfois même inappropriées, outre leur coût, ont un impact négatif sur les patients âgés fragiles ou en perte d'autonomie. Elles favorisent le déclin fonctionnel et cognitif. Si la prise en charge du résident aux urgences se centre sur les urgences vitales et peut, par exemple, permettre de déceler des cas graves de déshydratation ou de dénutrition, elle n'est le plus souvent pas adaptée à l'état de vulnérabilité du résident, compte tenu des impératifs de ce service et de son flux de patients.

LA SANTÉ BUCCO-DENTAIRE

La plupart des personnes nouvellement accueillies en EHPAD présentent un état dentaire détérioré. L'avancée en âge et la survenue de troubles cognitifs sont des facteurs aggravants d'une mauvaise santé buccale. Pourtant, le dépistage des maladies bucco-dentaires, le suivi et l'administration des soins dentaires sont rarement effectués au sein des EHPAD d'après les témoignages de proches ; l'hygiène dentaire des résidents est négligée[66].

Or, les pathologies buccales peuvent être à l'origine de plusieurs maladies. Elles créent également le besoin d'une alimentation adaptée et emportent donc des conséquences sur l'état nutritionnel de la personne.

Elles accélèrent aussi la perte d'autonomie des personnes âgées. La prévention et les soins dentaires doivent être intégrés dans le parcours de soins du résident.

L'ACCOMPAGNEMENT DE LA FIN DE VIE

En vertu du respect de la dignité du patient, le résident bénéficie de droits lorsqu'il se trouve en phase de fin de vie[67], notamment le droit d'accès aux soins palliatifs et à un accompagnement[68]. L'article 9 de la Charte des droits dispose ainsi : « *Les moments de fin de vie doivent faire l'objet de soins, d'assistance et de soutien adaptés dans le respect des pratiques religieuses ou confessionnelles et convictions tant de la personne que de ses proches ou représentants* ».

Les soins palliatifs visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage[69]. L'article L.1110-5-3 du CSP créé par la loi du 6 février 2016[70] confirme le droit au meilleur traitement possible de la souffrance, notion plus étendue que celle de la douleur[71].

Depuis, la loi du 6 février 2016, le résident détient également le droit d'accès à la sédation profonde et continue[72]. En effet, lorsque les actes médicaux apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris pour éviter toute obstination déraisonnable[73]. L'arrêt du traitement en fin de vie peut être source de difficultés lorsque le résident n'est plus en état de manifester sa volonté et qu'il n'a pas préalablement désigné de personne de confiance ou rédigé de directives anticipées.

Toute personne majeure peut, en effet, rédiger des directives anticipées et indiquer ainsi ses souhaits concernant sa fin de vie, s'agissant notamment des conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou de refus de traitement[74]. Elles doivent prendre la forme d'un document écrit[75]. Le résident sous mesure de tutelle peut faire une telle déclaration avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Ces volontés s'imposent dorénavant aux médecins, sauf lorsqu'elles apparaissent manifestement inappropriées[76].

En EHPAD, la fin de vie n'est souvent pas suffisamment préparée ainsi que l'a souligné l'ANESM[77] : absence de sensibilisation et de concertation avec le résident et la famille ou les proches, défaut de recherche des directives anticipées, carence dans la formation des professionnels aux soins palliatifs.

Plus récemment, l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS)[78] a confirmé que l'accès aux soins palliatifs et le nombre de personnes formées demeurent faibles, même s'il existe sur le terrain de nombreux projets qui concourent à mobiliser les acteurs au service d'un meilleur accompagnement en fin de vie. Des équipes mobiles de soins palliatifs (EMSP) existent mais ces réseaux restent surchargés par les établissements de soins et n'ont pas, par conséquent, les moyens d'accomplir cette mission au sein des EHPAD. La Société française d'accompagnement et de soins palliatifs (SFAP)[79] a également indiqué au Défenseur des droits que les structures qui ne peuvent pas s'appuyer sur du personnel interne formé pour accompagner la fin de vie des résidents ont un taux d'hospitalisation en urgence plus important.

Au surplus, selon les informations communiquées par certaines ARS, la plupart des EHPAD ne disposent pas de procédures concernant la prise en charge du décès du résident, particulièrement lorsqu'il survient par suicide. Le Défenseur des droits a également pu relever que certaines questions liées à la prise en charge funéraire – garde et transport du corps du défunt, facturation – ne sont pas suffisamment claires et peuvent constituer une source de conflits avec les familles en deuil[80].

COORDINATION DES SOINS

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS

RECOMMANDATION N°18

D'engager des actions visant à développer le réseau des partenariats entre les EHPAD et les professionnels libéraux, les centres de santé spécialisés (kinésithérapeutes, orthophonistes...) pour améliorer l'accès aux spécialités médicales en recourant si nécessaire à la télémédecine.

RECOMMANDATION N°19

D'inscrire dans les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM) des EHPAD un objectif de coordination des équipes soignantes avec les intervenants extérieurs.

RECOMMANDATION N°20

D'inciter les directions des EHPAD à mettre en place des outils adaptés de partage d'informations médicales entre les professionnels participant à la prise en charge du résident pour maintenir à jour son dossier médical.

RECOMMANDATION N°21

De s'assurer, lors des contrôles et des inspections, que le médecin coordonnateur de l'EHPAD n'exerce pas, à titre habituel, la fonction de médecin traitant des résidents, hors convention spécifique ou prises en charge en urgence.

PRISE EN CHARGE MÉDICAMENTEUSE

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS

RECOMMANDATION N°22

De s'assurer, lors des contrôles et des inspections, de la mise en place au sein de l'EHPAD d'une évaluation régulière des procédures liées à la sécurisation et à la traçabilité du circuit du médicament.

PRISE EN CHARGE NOCTURNE ET TRANSFERTS AUX URGENCES

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°23

De valoriser le déploiement au sein du secteur médico-social d'infirmiers en pratique avancée (IPA).

RECOMMANDATION N°24

D'établir une cartographie des EHPAD situés en zone blanche ou grise sur l'ensemble du territoire et d'envisager leur couverture numérique afin qu'ils puissent déployer des dispositifs de télémédecine pour améliorer l'accès aux spécialités médicales.

RECOMMANDATION N°25

De promouvoir la permanence des soins de nuit par la généralisation d'une présence infirmière, le cas échéant, mutualisée entre les établissements médico-sociaux ou sanitaires.

RECOMMANDATION N°26

De prévoir dans une disposition réglementaire la désignation d'un cadre d'astreinte dans chaque EHPAD.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS

RECOMMANDATION N°27

De structurer dans chaque territoire des parcours d'admission directe non programmée à l'hôpital pour les résidents afin d'éviter les passages aux urgences inutiles.

RECOMMANDATION N°28

De s'assurer que les EHPAD et les hôpitaux de référence ont mis en place une procédure de gestion des urgences.

SANTÉ BUCCO-DENTAIRE

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ, AVEC L'APPUI DE L'ORDRE NATIONAL DES CHIRURGIENS-DENTISTES

RECOMMANDATION N°29

De veiller à ce que les directions des EHPAD organisent la réalisation d'un bilan de stomatologie à l'arrivée du résident et s'assurent de la réalisation d'un suivi dentaire tout au long de son séjour.

ACCOMPAGNEMENT DE LA FIN DE VIE

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°30

De développer la prise en charge des soins palliatifs au sein des EHPAD et de demander aux ARS d'inscrire dans les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM) des EHPAD un objectif portant sur les partenariats avec des réseaux ou équipes mobiles en soins palliatifs.

D·

LA LIBERTÉ D'ALLER ET VENIR

La liberté d'aller et venir est une liberté fondamentale reconnue par les textes internationaux, notamment consacrée par l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 12 du PIDCP et l'article 2 du protocole n°4 de la CESDH. Elle est, par ailleurs, consubstantielle au droit à l'autonomie de chaque personne en situation de handicap, consacré par les articles 3 et 19 de la CIDPH[81] et par l'article 15 de la Charte sociale européenne, qui suppose que chaque personne ait le droit de se déplacer librement.

Composante de la liberté personnelle, elle est en outre un principe à valeur constitutionnelle, rattachée aux articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[82] et qualifiée de liberté fondamentale par le Conseil d'État[83].

Le Défenseur des droits rappelle que les mesures consistant à restreindre une liberté fondamentale ne peuvent être qu'exceptionnelles et, dans tous les cas, strictement nécessaires et proportionnées.

LES ENTRAVES FONDÉES SUR LA SÉCURITÉ DES RÉSIDENTS

Le droit de toute personne accueillie en établissement médico-social d'aller et venir librement est rappelé à l'article L.311-3 1° du CASF.

Les personnes accueillies en EHPAD et présentant un besoin accru de surveillance, comme ceux atteints de la maladie d'Alzheimer ou de troubles apparentés, ont également le droit de circuler librement[84].

En 2004, la Conférence de consensus sur la liberté d'aller et venir[85], rappelant que la liberté d'aller et venir est un droit inaliénable, a mis en exergue la problématique principale en ces termes : « *réussir à concilier pour chaque personne deux principes apparemment opposés : respecter la liberté et assurer la sécurité. L'ajustement continu à ces impératifs a pour but de permettre au personnel soignant d'assumer sa responsabilité de garantir la sécurité sanitaire des personnes et de respecter leur liberté* ».

Pourtant, les réclamations reçues par le Défenseur des droits font état d'atteintes à la liberté d'aller et venir des résidents, tant pour circuler au sein de l'EHPAD que pour en sortir[86]. Certains témoignages évoquent l'interdiction de se rendre dans la chambre d'un autre résident, d'autres au restaurant avec des amis, sans qu'aucune contre-indication médicale n'ait été posée[87].

Plusieurs établissements imposent également des horaires d'entrée et de sortie pour les résidents et établissent des limitations de sortie, voire des interdictions. Le plus souvent, les contraintes organisationnelles de l'établissement – horaires des repas ou des soins, par exemple – sont à l'origine de ce type de règles. Par ailleurs, tous les EHPAD ne disposent pas de la même configuration architecturale – accès sécurisé à un espace extérieur ; en centre-ville sans jardin ou patio, etc. – et ne permettent de ce fait pas la même liberté d'aller et venir.

De fait, le Défenseur des droits constate que le cadre réglementaire en vigueur, applicable aux établissements médico-sociaux, auquel les responsables et les professionnels des EHPAD se réfèrent pour définir les règlements de fonctionnement des structures et fonder leurs pratiques, est insuffisant pour garantir la liberté d'aller et venir des résidents.

Ainsi, l'article L. 311-4-1 du CASF et le décret du 15 décembre 2016[88] fixent le cadre normatif de référence, en créant notamment l'annexe 3-9-1 du CASF, relatif aux mesures individuelles permettant d'assurer l'intégrité physique et la sécurité du résident tout en favorisant l'exercice de sa liberté d'aller et venir. La procédure de mise en place de ces mesures est décrite à l'article R. 311-0-7 du CASF[89].

Si l'annexe 3-9-1 du CASF se réfère explicitement aux dispositions constitutionnelles garantissant la liberté d'aller et venir des personnes[90] et prévoit que « *les mesures prises par l'établissement ne doivent pas être disproportionnées aux*

risques encourus par le résident et sont prévues seulement lorsqu'elles s'avèrent strictement nécessaires », il n'en reste pas moins que certaines dispositions du décret sont attentatoires à la liberté individuelle des résidents.

En effet, le décret permet l'adoption de mesures individuelles restrictives de liberté d'aller et venir, pouvant durer jusqu'à six mois, sans réévaluation ni contrôle judiciaire. Cette faculté concerne les résidents y ayant consenti mais également les résidents dans l'impossibilité de donner leur consentement, tant que la mesure apparaît nécessaire pour garantir leur sécurité. En organisant une telle privation de liberté, le cadre règlementaire actuel méconnaît la liberté individuelle[91].

LE RECOURS AUX DISPOSITIFS DE GÉOLOCALISATION

Certains établissements décident de recourir à des dispositifs de géolocalisation de leurs résidents, ce qui n'est pas sans conséquence sur leur liberté d'aller et venir.

En 2013, le Comité national de bientraitance et des droits (CNBD)[92] a présenté une charte sur les bonnes pratiques relatives à l'emploi des dispositifs de géolocalisation en gérontologie au bénéfice de personnes âgées présentant des troubles des fonctions intellectuelles. Suivant le principe général de cette charte (article 1er), le recours à la géolocalisation ne peut s'inscrire que dans le cadre d'un projet personnalisé de soins et d'accompagnement. Neuf autres articles énoncent des garanties pour la personne[93].

La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a également formulé des recommandations sur les systèmes de suivi et d'assistance électroniques des personnes âgées ou désorientées, le 24 juillet 2013. Selon la CNIL, les dispositifs de suivi et d'assistance électroniques ne doivent pas se substituer à l'intervention humaine. Ainsi, en aucun cas, il ne doit s'agir d'un substitut au manque de personnel. Il convient de tenter de recueillir l'accord de la personne concernée pour la mise en place du dispositif.

Les dispositifs doivent pouvoir être désactivés et réactivés aisément. La procédure de gestion des alertes doit être formalisée. Lorsque l'initiative de la surveillance émane de tiers, la mise en œuvre des dispositifs doit reposer sur une logique de prévention individuelle du risque. Plus généralement, la pertinence de la mise en œuvre des dispositifs doit être analysée au cas par cas, notamment sur avis médical.

Si le recours aux dispositifs de géolocalisation est susceptible de permettre une certaine liberté en favorisant la sécurité de la personne, il comporte des risques pour le respect de la vie privée et pour la liberté de circuler. En conséquence, au regard de son caractère potentiellement attentatoire aux droits fondamentaux et aux libertés fondamentales des personnes concernées, le Défenseur des droits considère que le recours à un dispositif de géolocalisation pour les personnes accueillies en EHPAD devrait être encadré par la loi[94]. La liberté d'aller et venir doit demeurer la règle ; la mise en place d'un dispositif de géolocalisation doit être exceptionnelle et ne concerner que les personnes désorientées. De plus, la mesure doit être nécessaire et proportionnée, et donc individualisée. Enfin, le consentement du résident doit être obtenu.

LE RECOURS AUX MESURES DE CONTENTION

La torture et les peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants sont prohibés par divers textes internationaux et européens[95]. La Convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, ratifiée par la France en décembre 1986, définit la torture dans son article premier comme « *tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne (...)* ».

S'agissant de la contention en psychiatrie, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a considéré que le fait de sangler un homme à un lit pendant une durée de 23 heures, alors qu'il n'est pas prouvé qu'il était strictement nécessaire de maintenir cette

mesure pendant toute cette durée, caractérise pour la Cour un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la CESDH[96].

En droit interne, sans vouloir justifier le bien-fondé de telles dispositions[97], il convient de souligner que le législateur n'attribue un cadre juridique à la contention que dans le seul secteur sanitaire psychiatrique[98].

Or, le Défenseur des droits note que la pratique de la contention physique – attachement, installation de barrières, *etc*. – et médicamenteuse – sédation – est répandue en EHPAD sur tout le territoire. Elle est notamment utilisée pour pallier le manque de personnel ou encore l'inadaptation de l'établissement à l'état de la personne. Le recours aux moyens de contention peut ainsi avoir pour simple origine des installations qui ne sont pas suffisamment sécurisées ou adaptées aux besoins du résident. De plus, le recours aux mesures de contention au sein de ces établissements est laissé à la libre appréciation des équipes. Il peut ainsi s'effectuer sans analyse de la proportionnalité, sans prescription médicale, sans limite dans le temps et sans être tracé[99].

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°31

De modifier le cadre règlementaire en vigueur afin de garantir la liberté d'aller et venir des résidents, en prévoyant notamment une réévaluation des mesures individuelles restrictives de liberté avant six mois.

RECOMMANDATION N°32

D'inscrire dans le plan de contrôle des ARS de s'assurer que les restrictions de la liberté d'aller et venir de la personne désorientée sont nécessaires à la préservation de sa sécurité, strictement proportionnées au but poursuivi et limitées dans le temps.

RECOMMANDATION N°33

De diligenter une mission de l'IGAS sur le recours aux mesures de contention dans les établissements médico-sociaux.

LA DÉFENSEURE DES DROITS APPELLE L'ATTENTION DU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°34

Sur l'absence de fondement législatif autorisant le recours à la géolocalisation de personnes accueillies en EHPAD et lui recommande d'adopter, le cas échéant, un cadre législatif spécifique.

E. LE DROIT À LA VIE PRIVÉE, À L'INTIMITÉ ET AU MAINTIEN DES LIENS FAMILIAUX

Le droit à la vie privée et à l'intimité pour les résidents en EHPAD est protégé en droit international par l'article 17 du PIDCP, l'article 22 de la CIDPH, l'article 8 de la CESDH et l'article 23 de la Charte sociale européenne, qui dispose que les États parties s'engagent « *à garantir aux personnes âgées vivant en institution l'assistance appropriée dans le respect de la vie privée, et la participation à la détermination des conditions de vie dans l'institution* ».

Le droit au respect de la vie privée est également affirmé par l'article 9 du Code civil, l'article L.311-3 1° du CASF ainsi que l'article 12 de la Charte des droits. S'agissant des majeurs protégés, l'article 459 alinéa 3 du Code civil précise que « *sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne protégée* ».

Matériellement, chaque personne accueillie doit, au minimum, avoir à disposition un espace qui lui permette de se préserver du regard d'autrui lorsqu'elle le souhaite. Comme l'a indiqué l'ANESM : « *En collectivité, le risque d'atteinte à la dignité est multiplié par la proximité et le regard des autres. Alors que le corps constitue la base et le support privilégié du sentiment d'identité, le respect*

de l'intimité corporelle est déterminant. Le respect de la vie privée suppose qu'elle soit protégée activement et que l'on prévienne ses éventuelles atteintes »[100].

Le règlement de fonctionnement de l'EHPAD énumère les lieux qui relèvent d'un usage collectif et ceux qui sont exclusivement réservés à un usage privatif. Le logement, généralement la chambre et la salle de bain, constitue cet espace privé. Ainsi, même s'il a été jugé que la chambre du résident n'est pas considérée comme son domicile[101], elle demeure son logement et un lieu privatif et d'intimité.

Or, les saisines adressées au Défenseur des droits révèlent de fréquentes atteintes à l'intimité et à la dignité des résidents, telles que les toilettes et changes réalisés avec la porte de la chambre ouverte, l'absence de paravent dans les chambres doubles, l'impossibilité pour le résident de fermer sa chambre à clé, *etc*.

LE RECOURS AUX DISPOSITIFS DE VIDÉOSURVEILLANCE

La question du respect de la vie privée se pose de manière de plus en plus prégnante du fait du recours croissant aux dispositifs de vidéosurveillance au sein des EHPAD. En effet, l'installation de caméras à la demande des familles – dans le but de prévenir le risque de maltraitance – ou à l'initiative des directions d'établissement pour la sécurité du résident, se confronte au droit à la vie privée, à l'intimité et à l'image de la personne hébergée[102].

Dans les lieux ouverts au public, c'est-à-dire les lieux accessibles à toute personne tels les abords de l'EHPAD, l'usage de la vidéosurveillance ou vidéoprotection est encadré par les articles L. 251-1 et suivants du code de la sécurité intérieure et doit satisfaire aux exigences de protection des données issues des textes européens, notamment du règlement général sur la protection des données (RGPD)[103]. Le code de la sécurité intérieure prévoit que l'installation d'un système de vidéoprotection doit faire l'objet d'une demande d'autorisation adressée au préfet territorialement compétent et une analyse d'impact sur la protection des données peut être conduite pour évaluer la nécessité et la proportionnalité du dispositif au regard des finalités poursuivies. En outre, les personnes susceptibles d'être filmées doivent en être informées par voie d'affiches[104]. Les caméras installées dans les lieux dont l'accès est limité sont, quant à elles, soumises aux dispositions de la loi « *informatique et libertés* »[105].

L'article 226-1 du code pénal établit une présomption de consentement de la personne si les actes susceptibles de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui ont été accomplis au vu et au su des intéressés, ce qui implique que la personne soit en mesure de s'y opposer en raison de sa compréhension de la situation.

Tel ne peut être le cas lorsque l'altération des facultés de la personne compromettent sa bonne compréhension et l'expression de son consentement. Ainsi, selon le cas, il peut s'avérer nécessaire de rechercher le consentement éclairé de l'intéressé et, le cas échéant, de solliciter l'accord du tuteur[106]. À défaut, l'article 226-1 2° du code pénal sanctionne les atteintes à la vie privée par la voie de l'image, l'infraction étant constituée lorsque l'image d'une personne est fixée, enregistrée ou transmise, sans son consentement, alors qu'elle se trouve dans un lieu privé.

Par ailleurs, l'article 226-18 du même code sanctionne le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite et l'article 226-21, le détournement de la finalité du dispositif.

En tout état de cause, le Défenseur des droits rappelle que la mise en place d'un système de vidéosurveillance à l'initiative de l'établissement ne peut en aucun cas se substituer à l'accompagnement humain et suppléer le manque d'effectifs. Il rappelle également que toute mesure de nature à porter atteinte au droit à la vie privée et familiale ne doit pas excéder ce qui est nécessaire à la protection de la santé ou des droits et libertés d'autrui[107], conformément au principe de proportionnalité précisé par la jurisprudence européenne[108].

Surtout, le résident doit donner son consentement à la surveillance de sa chambre, lieu de vie privatif, d'intimité.

LE DROIT À UNE VIE PERSONNELLE ET FAMILIALE

Le droit au maintien des liens sociaux et familiaux est garanti aux personnes accueillies en EHPAD par l'article 23 de la CIDPH et par l'article L. 311-9 du CASF. S'agissant des majeurs protégés, l'article 459-2 du Code civil précise que toute personne sous mesure de protection juridique entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non, et qu'elle a le droit d'être visitée par lui.

La Charte des droits rappelle l'importance accordée au maintien des liens entre le résident et sa famille ou ses proches. Selon son article 6 – *Droit au respect des liens familiaux* –, la prise en charge doit favoriser le maintien des liens familiaux et la participation de la famille aux activités de la vie quotidienne est favorisée dans le respect du projet d'accueil et d'accompagnement individualisé ainsi que du souhait de la personne. L'article 8 – *Droit à l'autonomie* – précise dans le cadre de la liberté de circuler : « *À cet égard, les relations avec la société, les visites dans l'institution, à l'extérieur de celle-ci, sont favorisées* ». Enfin, l'article 9 – *Principe de prévention et de soutien* – énonce clairement que les conséquences affectives et sociales qui peuvent résulter de la prise en charge doivent être prises en considération et que le rôle des familles ou des proches doit être facilité par l'institution.

Toutefois, les limitations de visites observées par le Défenseur des droits sont très fréquentes. Les jours, les horaires, les lieux – dans les parties communes de l'établissement, par exemple – peuvent être imposés. Des restrictions de visites, voire des interdictions de visites sans motif médical, sont parfois édictées en guise de représailles pour les familles considérées comme trop exigeantes. Or toute restriction au droit de visite ne peut qu'être exceptionnelle et justifiée au regard du bénéfice qu'elle peut apporter au résident.

Il est également important de souligner que la vie affective des résidents n'est pas prise en considération. Très peu d'établissements offrent une prise en charge adaptée à la vie de couple. Le manque de chambres doubles ou de places au sein d'un même établissement conduit trop souvent à un hébergement séparé des conjoints.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°35

D'inscrire dans une disposition du CASF le droit de visite quotidien du résident par ses proches s'il le souhaite.

RECOMMANDATION N°36

D'élaborer un guide à l'usage des professionnels explicitant le cadre juridique de la mise en place des systèmes de vidéosurveillance.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS ET AUX CD

RECOMMANDATION N°37

De mener des actions de sensibilisation des personnels des EHPAD sur le respect du droit à l'intimité et à la vie privée.

F·

LE DROIT À LA PROPRIÉTÉ

Par une décision du 16 janvier 1982 portant sur la loi de nationalisation, le Conseil constitutionnel a consacré le droit de propriété comme un droit fondamental[109]. Il est défini par l'article 544 du Code civil comme étant « *Le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Ce droit est également protégé par l'article 1er du premier protocole additionnel à la CESDH qui énonce que toute personne a le droit au respect de ses biens. Par ailleurs, l'article 8 de la Charte des droits affirme que « *la personne résidente peut, pendant la durée de son séjour, conserver des biens, effets et objets personnels et (...) disposer de son patrimoine et de ses revenus* ».

LA RESPONSABILITÉ DES ÉTABLISSEMENTS

À cet égard, l'EHPAD est tout d'abord tenu d'informer quant à sa responsabilité à l'égard des biens de la personne accueillie. Ainsi, l'article R. 1113-1 du CSP dispose que toute personne hébergée est invitée, lors de son entrée, à effectuer le dépôt des choses mobilières dont la nature justifie la détention durant son séjour dans l'établissement et qu' « *à cette occasion, une information écrite et orale est donnée (...). Elle précise les principes gouvernant la responsabilité* » de l'établissement « *en cas de vol, perte ou détérioration de ces biens, selon qu'ils ont ou non été déposés (...). La personne admise ou hébergée, ou son représentant légal, certifie avoir reçu l'information (...). Mention de cette déclaration est conservée par l'établissement* ».

L'article L. 1113-1 du CSP dispose ensuite que l'établissement est responsable « *de plein droit du vol, de la perte ou de la détérioration des objets déposés (...)* ». En outre, l'article L. 1113-3 du même code précise que « *La responsabilité prévue à l'article L. 1113-1 s'étend sans limitation aux objets de toute nature détenus, lors de leur entrée dans l'établissement, par les personnes hors d'état de manifester leur volonté [...] et qui, de ce fait, se trouvent dans l'incapacité de procéder aux formalités de dépôt dans les conditions prévues à l'article L. 1113-1. Dans ce cas, ces formalités sont accomplies par le personnel de l'établissement* ».

En l'absence de dépôt, l'article L. 1113-4 du CSP prévoit que l'établissement n'est responsable que dans le cas où une faute est établie à l'encontre de l'établissement ou à l'encontre des personnes dont il doit répondre.

Dans sa recommandation n° 08-02 du 13 décembre 2007 relative aux contrats proposés par certains établissements hébergeant des personnes âgées, la Commission des clauses abusives a indiqué que les contrats proposés par les EHPAD comportant des clauses qui excluent de manière générale la recherche de toute responsabilité, imputable à l'établissement, en cas de vol ou de perte des biens des résidents, « *sont abusives en ce qu'elles éludent la responsabilité des établissements* ». Elle a ainsi recommandé la suppression des clauses interdisant de rechercher la responsabilité des EHPAD, en cas de vol ou de perte des biens des résidents, lorsqu'aucune possibilité de dépôt auprès d'un préposé n'avait été envisagée.

Pourtant, l'instruction de certaines réclamations adressées au Défenseur des droits fait apparaître que des établissements se dégagent de leur responsabilité en invoquant une clause du contrat de séjour ou une disposition du règlement de fonctionnement indiquant que l'établissement ne peut être tenu responsable en cas de vol, de perte ou de détérioration des biens des résidents, que l'établissement dispose ou non d'une possibilité de dépôt de leurs biens.

LA MALTRAITANCE FINANCIÈRE

La maltraitance financière peut être définie comme « *tout acte commis sciemment en vue de l'utilisation ou de l'appropriation de ressources financières d'une personne à son détriment, sans son consentement ou en abusant de sa confiance ou de son état de faiblesse physique ou psychologique* »[110].

Elle peut ainsi être réprimée par le code pénal au titre du vol (article 331-3), de l'escroquerie (articles 313-1 et 313-2), de l'abus de confiance (article 314-1) ou de faiblesse (article 223-15-2 alinéa 1er), du chantage (article 312-10) ou encore de l'extorsion (article 312-1).

Le Défenseur des droits a ainsi pu constater des pertes et vols d'objets (bijoux, parfum, vêtements...), des prêts non désirés conduisant à des situations de surendettement inattendues ou encore des dons et legs à des associations malintentionnées.

Mais, ainsi que le précise la Fédération Internationale des Associations de Personnes Agées (FIAPA)[111], « *au-delà de ces manifestations plus visibles, existent des formes d'abus moins flagrantes, mais répétées ou multiples, qui ont pour effet de déposséder la personne âgée et de l'exposer à une situation de précarité matérielle et financière. (...) Toutes ces dérives sont porteuses de privations ou de négations graves des droits et libertés fondamentales de la personne âgée* ».

Alors que la Charte des droits rappelle que la personne accueillie doit pouvoir disposer de ses biens et de ses revenus, le Défenseur des droits constate que certains résidents ne peuvent pas accéder à leurs comptes bancaires et sont laissés sans pécule ou avec un montant insuffisant, ou encore sont interdits de sortie pour aller au restaurant avec des amis par la famille « *pour ne pas dépenser* ».

Bien que concernant les services à la personne à domicile, il est à noter que dans sa décision du 12 mars 2021[112], le Conseil constitutionnel a censuré comme portant une atteinte disproportionnée au droit de propriété les dispositions de l'article L. 116-4 du CASF qui limitent la capacité de toutes les personnes âgées ou handicapées bénéficiant d'aide à domicile à disposer librement de leur patrimoine.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS ET AUX CD

RECOMMANDATION N°38

De sensibiliser les directions des EHPAD aux pratiques de repérage, de signalement et de prévention de la maltraitance financière.

RECOMMANDATION N°39

De veiller à ce que les directions des EHPAD renforcent l'information du résident sur les règles relatives à la responsabilité de l'EHPAD en cas de vol, de perte ou de détérioration de ses objets.

RECOMMANDATION N°40

De s'assurer, lors des contrôles et des inspections, que l'inventaire des biens du résident est signé par ce dernier.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE

RECOMMANDATION N°41

De renforcer les contrôles des EHPAD par la DGCCRF portant sur la vérification de l'absence de clauses interdisant de rechercher la responsabilité des établissements, en cas de vol, de perte ou de détérioration des biens des résidents.

G. LE DROIT AU RECOURS EFFECTIF ET À LA PROTECTION

Différents instruments de protection des droits de l'homme garantissent le droit à un recours effectif à toute personne dont les droits fondamentaux ont été violés et la Charte des droits garantit aux personnes accueillies le droit à la protection[113]. Pourtant, le Défenseur des droits observe que plusieurs facteurs limitent, en pratique, l'effectivité de ces droits et des recours prévus par la loi.

RÉCLAMATION DU RÉSIDENT

Si le résident peut formuler ses doléances par courrier recommandé auprès de la direction de l'établissement, la démarche s'effectue souvent de manière informelle auprès de l'équipe d'encadrement. En outre, il peut être fait appel au conseil de la vie sociale (CVS)[114].

Le CVS, instance élue qui représente l'ensemble des personnes participant à la vie de la structure – résidents, familles, salariés et représentant de l'organisme gestionnaire –, donne son avis et fait des propositions sur toutes les questions liées au fonctionnement de l'établissement : qualité des prestations, amélioration du cadre de vie… Son rôle est consultatif.

Dans les faits, les auteurs de réclamations auprès du Défenseur des droits ont pu indiquer que les membres du CVS, qui sont résidents ou proches de résidents, ne sont pas toujours entendus lorsqu'ils évoquent des situations à risque de maltraitance. Le Défenseur des droits regrette ainsi qu'il n'existe pas, à l'instar de ce qui se fait dans le secteur sanitaire, d'instance de médiation – médiateur médical, médiateur non médecin, commission des usagers.

Certains recours en dehors de la sphère de l'établissement sont également à la disposition de la personne accueillie et de ses proches afin de les aider à faire valoir leurs droits. Néanmoins, le Défenseur des droits remarque que leur effectivité demeure limitée.

APPEL À UNE PERSONNE QUALIFIÉE

L'article L.311-5 du CASF prévoit que, en vue de faire valoir leurs droits, les personnes accueillies en établissement médico-social ou leur représentant légal peuvent faire appel à une personne qualifiée, bénévole et dont l'intervention est gratuite, qu'ils choisissent sur une liste établie dans leur territoire. Le décret du 14 novembre 2003[115] en précise les modalités. Certains contrats de séjour comportent une clause de médiation prévoyant la saisine de la personne qualifiée avant la saisine éventuelle du juge.

Cette instance reste cependant méconnue du grand public et n'est pas mise en place sur la totalité du territoire. En effet, l'établissement de la liste des personnes qualifiées est complexe car elle doit être fixée conjointement, pour chaque département, par le préfet, le président du conseil départemental et le directeur général de l'ARS compétente, si bien que les listes disponibles en ligne ne sont pas systématiquement à jour. De plus, les compétences des personnes qualifiées demeurent mal définies et leur formation à la médiation est insuffisante.

RÉCLAMATION AUPRÈS DE L'ARS ET/OU DU CONSEIL DÉPARTEMENTAL

Dans le cadre de leurs missions[116], les ARS et les conseils départementaux recueillent, transmettent et traitent des signalements effectués par les usagers et leurs proches.

Toutefois, le Défenseur des droits a pu observer, dans le cadre des réclamations qui lui sont adressées, que les faits dénoncés peuvent relever de la compétence conjointe de ces deux autorités et que ces autorités ne collaborent pas systématiquement lors du traitement des litiges. Ainsi, une saisine concernant les mêmes faits peut parfois donner lieu à des réponses contradictoires.

PLAINTE À L'AUTORITÉ JUDICIAIRE

Il a également été fait part au Défenseur des droits des difficultés que peuvent rencontrer les résidents et, le plus souvent, leurs proches pour porter plainte. Les personnes chargées de recevoir et de traiter les plaintes ne sont pas toujours sensibilisées à la prise en charge des personnes en perte d'autonomie et à la problématique de la maltraitance. Les plaintes ne sont donc pas toujours enregistrées. Certains faits restent encore banalisés et il peut être fait preuve d'une plus grande tolérance envers les auteurs en raison des conditions de travail difficiles dans le secteur médico-social[117].

Surtout, de nombreuses familles craignent de signaler certains comportements ou dysfonctionnements portant préjudice à leurs proches, de peur de représailles de la part de l'établissement, tant vis-à-vis des résidents qu'envers les familles elles-mêmes, notamment par des limitations de visites voire des interdictions.

SIGNALEMENT D'ACTES DE MALTRAITANCE ENVERS UN RÉSIDENT

L'article 434-3 du code pénal oblige toute personne qui a connaissance « *de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés (...) 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 (...)* » à en informer les autorités judiciaires ou administratives. Le code pénal réprime également, à l'article 223-6, « *la non-assistance à personne en danger* »[118].

Par ailleurs, la loi prévoit la protection des auteurs des signalements. Ainsi, le chapitre 2 de la loi du 9 décembre 2016[119] établit les modalités de protection générale des lanceurs d'alerte et un dispositif particulier de protection des agents des Établissements et Services Sociaux et Médico-Sociaux (ESSMS) est prévu par le CASF[120]. De surcroît, le code pénal délie des conséquences pénales l'atteinte portée à un secret protégé par la loi, comme le secret professionnel[121].

Pourtant, en pratique, les professionnels se heurtent à plusieurs difficultés pour signaler des actes de maltraitance. La méconnaissance de ce qui constitue un acte de maltraitance, de la réaction à avoir face à une situation de maltraitance[122], des obligations de signalement

ainsi que la complexité des procédures, la multitude d'acteurs concernés et, parfois, leur manque de coordination constituent autant de freins au signalement. À cela s'ajoutent le conflit de loyauté – identification du professionnel avec le collègue qui maltraite plutôt qu'avec la personne âgée maltraitée, la crainte des représailles de la part de la hiérarchie comme des pairs[123], la peur de perdre son emploi…

Au travers des dossiers individuels dont il a été saisi, le Défenseur des droits a mesuré combien le parcours d'un lanceur d'alerte est difficile. La législation est complexe, les conditions à remplir pour bénéficier du régime de protection sont nombreuses. Le dispositif est aussi lacunaire. L'employé n'est protégé que contre les représailles de son employeur ; seules les situations les plus graves – crimes ou délits – sont visées[124].

GESTION DES ÉVÉNEMENTS INDÉSIRABLES EN EHPAD

Les articles L.331-8-1 et L.331-8-2 du CASF[125] imposent aux établissements médico-sociaux l'obligation de signaler tout dysfonctionnement grave susceptible d'affecter la prise en charge des usagers, dont les cas de maltraitance présumés[126], aux autorités administratives ainsi qu'au procureur de la République et, s'il s'agit d'un majeur protégé, au juge chargé des tutelles. L'article L.1413-14 du CSP[127] impose à tout professionnel de santé l'obligation de signaler à l'ARS un événement indésirable grave lié aux soins (EIGS).

L'obligation de signalement d'un événement indésirable fait ainsi partie intégrante de la démarche de protection de l'usager et représente une avancée dans la lutte contre la maltraitance institutionnelle. Le Défenseur des droits s'interroge cependant sur l'effectivité de ces dispositions légales car aucune sanction n'est prévue en cas de non-respect des obligations de signalement.

Le Défenseur des droits note que la prévention et la gestion des événements indésirables font défaut dans de nombreux EHPAD[128]. Les causes sont diverses mais elles se cristallisent autour du manque de formalisme et de précision des protocoles et des outils destinés à traiter les événements indésirables. Et lorsque ces protocoles et ces outils existent, ils sont mal ou peu utilisés. Le Défenseur des droits a constaté lors de son enquête auprès des ARS en novembre 2019, que les évènements indésirables n'étaient pas suffisamment pris en considération, par manque de précision et de formalisme des protocoles et des outils de traitement.

Une autre difficulté soulevée par les ARS concerne le traitement de ces signalements et, par conséquent, la visibilité globale du phénomène de la maltraitance. En effet, la procédure de traitement des signalements n'est pas uniforme selon qu'il s'agit d'un « *EIGS* » relevant du code de la santé publique ou d'un « *dysfonctionnement grave dans leur gestion ou leur organisation* » relevant du code de l'action sociale et des familles. Les « *EIGS* » sont déclarés via le portail national de signalements et ces déclarations sont exploitables pour des analyses statistiques. Or, les « *dysfonctionnements graves* » font l'objet d'une déclaration sur un formulaire spécifique, non intégré dans le portail national des signalements ; ces données ne sont pas saisies dans une base de données.

Le Défenseur des droits regrette qu'un outil de mesure fiable et partagé par l'ensemble des autorités de régulation et de contrôle, au niveau national, permettant d'évaluer, d'objectiver et de comparer les différentes situations de maltraitance, fasse défaut[129].

ÉVALUATIONS ET CONTRÔLES DU RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX DES RÉSIDENTS

ÉVALUATIONS INTERNES ET EXTERNES

Pour répondre aux besoins des résidents et garantir leurs droits, les EHPAD doivent s'inscrire dans une démarche continue de recherche de la qualité des prestations qu'ils délivrent. Ils doivent également rendre compte de leur démarche d'évaluation et de l'avancement de leur plan d'action aux autorités de contrôle et de tarification. En effet, le pilotage de la qualité est un processus

continu qui nécessite une vigilance constante pour le bien-être des personnes accueillies. Les évaluations internes et externes contribuent à l'amélioration des pratiques[130].

Dans les faits, selon les informations communiquées par les ARS au Défenseur des droits, les EHPAD semblent respecter le cycle des évaluations internes et externes. Cependant, l'absence de désignation, ou la faible disponibilité de la personne désignée comme référent qualité, fragilise le pilotage et la traçabilité de ce processus. Souvent, les établissements ne disposent pas d'un plan d'action structuré, assorti d'un tableau de suivi.

À la suite notamment du rapport de l'IGAS[131], la loi du 24 juillet 2019[132] a confié à la HAS l'élaboration d'un nouveau dispositif d'évaluation ainsi que d'un cahier des charges auquel seront soumis les organismes pouvant procéder à cette évaluation. Ce texte prévoit non seulement la transmission du rapport d'évaluation à l'autorité ayant délivré l'autorisation et à la HAS, mais également sa publication. Ces nouvelles dispositions vont dans le sens d'une meilleure garantie d'impartialité et d'efficacité de l'évaluation des EHPAD.

CONTRÔLE ADMINISTRATIF

Indépendamment du traitement des réclamations, le dépistage des situations et des facteurs de risque est essentiel afin de prévenir toutes les formes de maltraitance. Dans ce cadre, l'article 16 de la CIDPH impose à l'État de mettre en place un contrôle des établissements médico-sociaux par des autorités indépendantes.

Le code de l'action sociale et des familles[133] et le code de la santé publique[134] confient le rôle d'inspection et de contrôle de ces établissements aux ARS et aux conseils départementaux. Le décret du 17 décembre 2019[135] a précisé et renforcé les contrôles par les autorités administratives[136].

Concernant les inspections réalisées par les ARS et les conseils départementaux, il n'existe actuellement aucun référentiel commun comme base de contrôle. La durée de la procédure s'avère très longue et l'insuffisance de moyens au sein de ces entités pour effectuer les inspections requises est à relever.

Par ailleurs, lorsque les évaluations pointent des défaillances importantes ou que les contrôles mettent en évidence des difficultés telles qu'une amélioration suffisante des conditions d'accueil et de prise en charge n'est pas envisageable, la sécurité des résidents doit pouvoir conduire à la fermeture de l'établissement ou du service[137]. Or, qu'il s'agisse du retrait ou du non renouvellement de l'autorisation, ou encore du retrait de l'habilitation, ces mesures demeurent rares.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°42

De mettre en place des observatoires régionaux permettant de mieux répondre aux situations de maltraitance signalées sur un territoire.

RECOMMANDATION N°43

De rendre obligatoire une formation initiale et continue à la bientraitance et à la lutte contre la maltraitance à l'attention de tous les professionnels intervenant dans l'accompagnement et le soin des résidents.

RECOMMANDATION N°44

De structurer et de mettre en place un dispositif effectif de médiation dans le secteur médico-social.

RECOMMANDATION N°45

De mettre en œuvre une plus grande collaboration entre les ARS et les CD sur le traitement des plaintes ainsi que sur la coordination des contrôles et inspections en élaborant un référentiel partagé.

RECOMMANDATION N°46

De prendre des mesures appropriées pour protéger le résident en EHPAD de toutes représailles à son encontre à la suite d'une plainte de ses proches concernant des défaillances liées à sa prise en charge.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DE L'INTÉRIEUR

RECOMMANDATION N°47

De sensibiliser les personnels chargés de recueillir les plaintes du résident et de ses proches portant sur des faits de maltraitance au sein des EHPAD.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS ET AUX CD

RECOMMANDATION N°48

De s'assurer de l'organisation effective et régulière dans les EHPAD d'actions de formation et de sensibilisation des professionnels sur la conduite à adopter face à la maltraitance, sur l'obligation de signalement et les conditions de levée du secret.

RECOMMANDATION N°49

De veiller à ce que les directions des EHPAD renforcent la gestion et le suivi des événements indésirables au sein de l'établissement.

RECOMMANDATION N°50

D'assurer un suivi coordonné des établissements ayant fait l'objet d'injonctions à l'issue d'un contrôle, dans un délai raisonnable.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE À LA HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ (HAS)

RECOMMANDATION N°51

D'intégrer dans le nouveau dispositif d'évaluation des structures médico-sociales la publication des résultats sous forme d'indicateurs afin de mettre à disposition du grand public des informations qualitatives sur les différents établissements.

II· L'IMPACT DE LA CRISE SANITAIRE SUR LES DROITS ET LIBERTÉS DES PERSONNES ACCUEILLIES EN EHPAD

Une année après l'apparition du SARS-CoV-2 en France, et alors que les droits et libertés individuels de toute la population française sont limités, encadrés par un régime juridique spécial[138] visant à la protéger contre cette pandémie, le Défenseur des droits dresse les premiers constats quant à la situation des personnes résidant en EHPAD[139].

Selon le Défenseur des droits, la crise sanitaire a mis en évidence les difficultés, pour les pouvoirs publics, à concilier les enjeux de santé publique avec la nécessité d'une réponse appropriée aux besoins spécifiques des personnes âgées accueillies en EHPAD afin de préserver non seulement leur santé, mais aussi leurs droits et libertés.

Le Défenseur des droits rappelle que les mesures prises pour gérer la crise actuelle, ayant pour effet de restreindre les droits et libertés, ne peuvent être qu'exceptionnelles et, dans tous les cas, strictement nécessaires et proportionnées. Les personnes âgées accueillies en EHPAD ne font pas exception.

A· LA FAIBLE LISIBILITÉ DES NORMES EN VIGUEUR

De nombreuses normes ont été adoptées dans ce contexte d'urgence afin de donner les moyens au pouvoir exécutif de prendre toutes les mesures utiles pour lutter contre l'épidémie et protéger la santé publique.

Le système normatif instauré est venu bouleverser le cadre juridique habituellement en vigueur : modification des compétences dévolues à chaque autorité administrative, levée de certaines contraintes processuelles, limitations accrues des libertés et droits fondamentaux…

Ce nouveau cadre juridique a été mis en place principalement par le pouvoir exécutif au niveau national, notamment par le Premier ministre et le ministre chargé des Solidarités et de la Santé, qui ont chacun la possibilité d'habiliter les représentants de l'Etat à prendre des mesures pour appliquer les normes nationales ou à décider eux-mêmes de mesures à l'échelle du département[140].

Il est donc composé de l'ensemble des normes prises dans le contexte de la gestion de l'épidémie, et des normes de droit commun qui n'ont pas été explicitement suspendues.

C'est dans ce cadre inédit, mêlant le droit commun avec des normes nouvelles, exceptionnelles et temporaires, conférant des pouvoirs exorbitants à plusieurs autorités, que le respect des droits et libertés des personnes

en situation de perte d'autonomie ou de handicap doit être apprécié.

Or, les lois, les ordonnances, les décrets, les arrêtés et les recommandations se sont succédés depuis le début de la pandémie au niveau national, auxquels s'ajoutent les mesures prises à l'échelon local – notamment par les préfets de département, spécialement habilités, en concertation avec les ARS – et moins faciles d'accès que les normes nationales publiées au Journal officiel.

Si cette succession de normes a pu être nécessaire afin de prescrire les mesures les plus adaptées à une situation sanitaire en constante évolution, leur multitude, leur accumulation notamment au plan national mais aussi local, et leur publication sous des formes variables, en des lieux et supports différents, rendent difficilement accessibles et intelligibles les règles applicables, comme le Défenseur des droits l'a signalé au Parlement lors de l'examen du projet de loi relatif à la prorogation de l'état d'urgence sanitaire en septembre 2020.

Bien que les autorités nationales s'emploient à rechercher un équilibre entre les mesures utiles à la lutte contre la pandémie et la garantie des droits et libertés individuels, ces droits et libertés sont émoussés par cette confusion normative.

L'instauration d'un régime juridique exceptionnel crée une confusion quant à l'applicabilité des normes de droit commun, de sorte que les droits et libertés individuels actuellement conservés par les citoyens sont mal identifiés.

Le Défenseur des droits a ainsi été saisi de la situation de personnes résidant en EHPAD s'interrogeant sur la légalité des mesures de limitation, voire d'interdiction totale, de visites ou de sorties qui leurs sont opposées et le respect de leur liberté d'aller et venir et le droit à leur vie privée et familiale.

À l'occasion de l'instruction de ces réclamations, le Défenseur des droits a constaté cette difficile lisibilité et accessibilité des normes en vigueur, et n'a pu avoir accès qu'aux seules normes publiées au Journal officiel et reproduites sur internet, ainsi qu'aux recommandations disponibles sur le site internet du ministère chargé des Solidarités et de la Santé dédié à la Covid-19.

Cette difficile accessibilité des règles en vigueur au cours de la pandémie est particulièrement vive pour les personnes en situation de perte d'autonomie ou de handicap, isolées en EHPAD.

B. L'ABSENCE DE CADRE NORMATIF PERMETTANT DE FONDER LES RESTRICTIONS SPÉCIFIQUES

Les personnes âgées accueillies en EHPAD ont été identifiées comme étant particulièrement vulnérables à la Covid-19, notamment en raison de leur âge et des pathologies ou comorbidités possibles qu'elles peuvent présenter.

Ce constat a conduit les autorités à organiser une protection accrue pour ces personnes par l'adoption de mesures restrictives rigoureuses, dérogatoires au droit commun, hors cadre normatif spécifique.

Alerté dans le cadre de ses saisines sur la restriction des droits des personnes résidant en EHPAD, le Défenseur des droits a examiné le cadre juridique des mesures de lutte contre la Covid-19 prises depuis le début de la crise sanitaire et jusqu'au début de l'année 2021.

La loi du 23 mars 2020[141] a créé le régime d'exception de l'état d'urgence sanitaire. Elle prévoit notamment que le Premier ministre est compétent pour réglementer[142] la circulation des personnes et des véhicules, restreindre ou interdire à toute personne de sortir de son domicile, placer des personnes en quarantaine ou en isolement, ordonner la fermeture d'établissements recevant du public, limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique.

Le décret du 23 mars 2020 a édicté les mesures générales pour lutter contre la Covid-19[143]. Il est à noter que les déplacements pour l'assistance d'une personne vulnérable figurent parmi les motifs dérogatoires de déplacement. Ce décret est demeuré en

vigueur jusqu'au 11 mai 2020, date à laquelle il a été abrogé pour être remplacé par un nouveau décret[144].

Aucun autre décret du Premier ministre, relatif à la situation des personnes résidant en EHPAD, n'a été pris au cours de la période du 23 mars au 11 mai 2020 ; le ministre chargé des Solidarités et de la Santé n'a pas non plus pris de mesures réglementaires concernant les personnes résidant en EHPAD[145].

En parallèle, par ordonnance n°2020-313 du 25 mars 2020, le Président de la République a ordonné des mesures d'adaptation de l'organisation et du fonctionnement des établissements sociaux et médico-sociaux[146].

Elles prévoient notamment que les établissements et services sociaux et médico-sociaux peuvent, d'une part, adapter leurs conditions d'organisation et de fonctionnement (dérogation aux règles d'organisation de l'établissement en unités de vie, et aux règles relatives à la composition du personnel et à ses qualifications ; recours possible à un lieu d'exercice différent ou à une répartition différente des activités et des personnes prises en charge) et, d'autre part, dispenser des actes non prévus dans leur acte d'organisation.

Toutefois, les règles encadrant l'activité des EHPAD et relatives à la liberté d'aller et venir[147] ne sont pas visées par l'article 1er de l'ordonnance. Le droit commun demeure donc applicable sans dérogation.

Il ressort de l'examen détaillé de l'ensemble de ces normes que les personnes âgées et/ou en situation de perte d'autonomie ou de handicap, y compris celles résidant dans une structure médico-sociale, sont soumises aux mêmes restrictions que le reste de la population française.

Il n'existe, en effet, aucun autre texte qui aurait servi de base à une restriction nationale de la liberté de circulation des personnes résidant en EHPAD.

C. LES ENTRAVES AUX DROITS ET LIBERTÉS LIÉES AU RECOURS ACCRU AU « DROIT SOUPLE »

Alors qu'un cadre normatif temporaire dédié à la gestion de la crise sanitaire a été créé par la loi du 23 mars 2020 pour faire face à la pandémie de Covid-19, attribuant d'importants pouvoirs et compétences au pouvoir exécutif pour prendre toutes mesures utiles, ce dernier a organisé la réponse à la crise sanitaire au sein des EHPAD sous forme de droit souple.

Au niveau national, les mesures dictées pour organiser la gestion des EHPAD ont été prises sous formes de « *protocoles* », de « *recommandations* », de « *plan* », publiés sur le site internet du ministère chargé des Solidarités et de la Santé[148].

Or, ces normes sont dépourvues de force de loi et sont, de ce fait, rarement soumises à un contrôle juridictionnel. Elles ne peuvent l'être que dans la mesure où elles constituent un acte administratif faisant grief du fait de leur caractère décisoire[149] ou impératif[150] et à caractère général[151], ou dès lors qu'elles ont un effet notable sur les droits ou les situations[152].

UNE ILLUSTRATION DE LA LIMITATION DU DROIT DE SORTIE DES PERSONNES RÉSIDANT EN EHPAD AU COURS DU PREMIER CONFINEMENT

S'agissant de la limitation du droit de sortie des personnes résidant en EHPAD au cours du premier confinement, le 31 mars 2020, le ministère chargé des Solidarités et de la Santé a publié sur son site internet dédié à la Covid-19, un document relatif à l'appui des EHPAD ; concomitamment, il a mis à disposition une « *Foire aux questions* » relative aux consignes à appliquer dans les établissements sanitaires et médico-sociaux pour les personnes âgées et les personnes handicapées.

Cette « *Foire aux questions* » donne notamment pour consigne de suspendre les sorties individuelles et les sorties collectives des résidents.

Cette consigne a été maintenue et rappelée par la publication d'un « *Protocole relatif aux consignes applicables sur le confinement dans les ESSMS et unités de soins de longue durée* » en date du 20 avril 2020, qui précise que les résidents ne peuvent sortir de l'établissement que sur autorisation « *exceptionnelle* » de la direction.

Tout d'abord, il convient de souligner que ces deux documents sont les plus anciens documents de consignes du ministère chargé des Solidarités et de la Santé encore accessibles en date du 31 décembre 2020 sur le site internet.

Alors que la formulation de ces directives témoigne de l'existence de consignes antérieures visant à suspendre les sorties des personnes résidant en EHPAD, ces sources ne sont aujourd'hui plus accessibles, ou non identifiées. On ne peut que regretter le flou relatif à la source édictant cette instruction, comme à sa base légale.

C'est par ailleurs sous forme de droit souple, certes publié mais non impératif, que la consigne d'interdiction de sortie des personnes résidant en EHPAD a initialement été donnée par le ministère des Solidarités et de la Santé aux directions des EHPAD, sans qu'aucune mesure d'ordre législatif ou réglementaire n'ait fixé de limites spécifiques aux personnes résidant en EHPAD. Par conséquent, les garanties procédurales prévues par le législateur sur les mesures de mise en quarantaine et d'isolement, et notamment le contrôle du juge des libertés et de la détention sur les mesures individuelles décidées par les représentants de l'Etat, ne sont pas applicables.

Alors que les recommandations du ministère chargé des Solidarités et de la Santé usent de termes impératifs, celles-ci reportent la décision sur les directions d'établissement. Là encore la confusion est source d'insécurité, voire d'illégalité, alors même que les mesures consistant à « *suspendre les sorties* » des résidents en dehors de l'établissement constituent des mesures aussi contraignantes qu'une assignation à résidence, et ne devraient pouvoir être prises que conformément au cadre légal prévu à cet effet.

Le cadre législatif et règlementaire de droit commun relatif aux mesures de limitation de circulation dans l'établissement est pourtant clair : elles ne peuvent être prises que dans le cadre du contrat de séjour souscrit par la personne et par l'établissement. En effet, comme rappelé précédemment, l'article L.311-4-1 du CASF et le décret du 15 décembre 2016[153] ont fixé un cadre normatif de référence, en créant notamment l'annexe 3-9-1 du CASF, relative aux mesures individuelles permettant d'assurer l'intégrité physique et la sécurité du résident et de favoriser l'exercice de sa liberté d'aller et venir. Ce texte réglementaire impose d'annexer à chaque contrat de séjour un document contenant les mesures individuelles de restriction de la liberté d'aller et venir nécessaires à l'état du résident. La procédure de mise en place de ces mesures est décrite à l'article R.311-0-7 du CASF. À défaut, les mesures collectives de restrictions de la liberté d'aller et venir doivent être prévues au règlement de fonctionnement de l'établissement[154], conformément à l'article R.311-37-1 du CASF.

Dès lors, le Défenseur des droits constate que les mesures mises en place lors de la crise sanitaire l'ont été en dehors des cadres prévus à cet effet et ne présentent pas les garanties procédurales prévues par le législateur.

UNE ILLUSTRATION DE LA SUSPENSION DU PRINCIPE DE LIBRE ARBITRE DE LA PERSONNE ACCUEILLIE

Des mesures de précaution relatives aux personnes âgées accueillies en EHPAD ont été préconisées par le ministère chargé des Solidarités de la Santé sous forme de droit souple, comme l'illustre un autre protocole du 20 avril 2020 relatif aux consignes applicables sur le confinement dans les ESSMS et unités de soins de longue durée précité.

Dans l'hypothèse où des personnes résidant en EHPAD ne souhaitaient pas se confiner volontairement, ce protocole prévoyait que la direction de l'établissement pourrait décider de les confiner dans leur chambre, après une analyse collégiale de chaque situation avec les membres du personnel.

La direction de l'établissement pouvait, selon ce protocole, décider en lieu et place du résident, le cas échéant, et si nécessaire mettre en œuvre cette mesure de manière contraignante.

Aucun rappel du principe de libre arbitre de la personne accueillie n'était effectué au sein de ces recommandations. De plus, le confinement du résident dans sa chambre n'était pas soumis au recueil et l'obtention de son consentement à ces mesures.

Nonobstant le fait que le recueil du consentement effectif de la personne résidant en EHPAD peut s'avérer complexe (notamment en raison de l'accueil d'une population de plus en plus dépendante, dont une proportion non négligeable de personnes atteintes de troubles cognitifs), ce protocole a érigé à hauteur de principe l'absence d'autonomie de la décision de la personne accueillie, remettant le pouvoir de décider exclusivement à la direction de l'établissement.

Cette situation apparaît, de plus, en contradiction avec la volonté du législateur. Au cours de l'examen par le Parlement de la loi du 23 mars 2020, la question de l'isolement contraint ou volontaire a été débattue ; le choix « *de la confiance* » fut celui qui l'emporta, et celui de la contrainte fut écarté[155].

Ainsi, aucun isolement contraint d'une personne potentiellement contaminée n'a été édicté s'agissant des personnes présentes sur le territoire national.

Or, la situation des personnes résidant en EHPAD n'était pas régie par un ensemble de normes législatives spécifiques. Avec l'adoption et la mise en œuvre de ce protocole, qui était contraire au droit de toute personne d'exercer son libre arbitre, le choix du législateur n'a pas été respecté.

Une nouvelle illustration de la suspension du principe de libre arbitre des personnes accueillies est intervenue lors de la publication, par le ministère chargé des Solidarités et de la Santé, de nouvelles consignes concernant les fêtes de fin d'année 2020[156]. Il était rappelé que « *Les résidents des établissements pour personnes âgées doivent bénéficier, comme le reste de la population générale, de la possibilité de passer les fêtes de fin d'année en compagnie de leurs proches*. ».

Ces consignes prévoyaient également que, postérieurement aux sorties des résidents en famille, facilitées à titre exceptionnel, « *à leur retour dans l'établissement, les résidents réalisent un test RT-PCR ou antigénique* ». Or, les tests de dépistage de la Covid-19 constituent un acte médical, et ne peuvent donc être réalisés qu'avec l'accord du patient.

Il est éloquent de constater la différence de vocabulaire employé entre les consignes à destination des résidents d'une part, et celles à destination des proches, du personnel de l'établissement, des intervenants extérieurs ou des bénévoles d'autre part : les premiers « *réalisent* » un test alors que les seconds se voient « *conseiller* » ou « *proposer systématiquement* » un test de dépistage.

Le Défenseur des droits a été saisi de situations de tests de dépistage réalisés sans recueil de consentement de la personne concernée, et parfois malgré son refus explicite, en méconnaissance de ses droits, sous contrainte par contention.

Le Défenseur des droits a constaté que ces recommandations passent sous silence le nécessaire consentement à l'acte de dépistage pour les personnes résidant dans un EHPAD.

L'ASSOUPLISSEMENT ATTENDU DES MESURES POSTÉRIEUREMENT À LA CAMPAGNE NATIONALE DE VACCINATION CONTRE LA COVID-19

Le 27 décembre 2020, le Gouvernement a annoncé l'organisation du déploiement de la campagne vaccinale[157], en priorisant les publics les plus vulnérables et susceptibles de développer des formes graves de maladie, au nombre desquels les personnes résidant en EHPAD.

Au 2 mars 2021, 57,9% des résidents en EHPAD, et 26,1% des professionnels y exerçant avaient reçu une couverture vaccinale complète[158] (à savoir deux injections), pour atteindre 73% des résidents au 6 avril 2021[159].

Toutefois, le ministère des Solidarités et de la Santé a maintenu la recommandation de « *suspension des sorties* » des personnes résidant en EHPAD, se traduisant fréquemment par une interdiction de sortie prononcée par les directions des EHPAD, sauf motif exceptionnel et notamment médical.

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat a été saisi d'un recours en référé-liberté à l'encontre des recommandations publiées le 28 janvier 2021, sur lesquelles il a accepté d'exercer un contrôle.

Ainsi, par ordonnance du 3 mars 2021[160], le juge des référés du Conseil d'Etat a ordonné la suspension des recommandations litigieuses en tant qu'elles prescrivent, de manière générale et absolue, dans un contexte d'une importante couverture vaccinale, d'interdire les sorties des résidents des EHPAD.

Le juge des référés a estimé que les sorties des résidents vaccinés étaient compatibles avec la sécurité de l'ensemble des résidents et des personnels. Toutefois, il a ajouté qu'il revenait au responsable de l'établissement de décider de ces sorties dans les conditions qu'il devait définir en tenant compte de l'ensemble des éléments suivants : « *de la taille de l'établissement, de la nature de la sortie envisagée, du taux de vaccination des résidents et des personnels ou encore de la proportion constatée des nouveaux variants au niveau départemental ou infra départemental et accompagnées de l'application de mesures de protection renforcée lors du retour dans l'établissement.* »[161].

Par la suite, de nouvelles recommandations actualisées ont été publiées par le ministère des Solidarités et de la Santé[162]. Pour autant, le Défenseur des droits a constaté que l'interdiction de sortie des personnes, mêmes vaccinées, résidant en EHPAD a été maintenue dans un certain nombre d'établissements, les directions ne souhaitant assouplir les mesures que dans une situation dans laquelle l'ensemble des indicateurs de la crise était rassurants (couverture vaccinale complète de l'ensemble des résidents et personnels, absence de variant circulant dans le département, *etc*.).

Le Défenseur des droits considère que l'adoption ou le maintien de telles restrictions, gravement attentatoires à la liberté d'aller et venir, ne peut être laissé à la seule appréciation des directions d'EHPAD. Ces mesures doivent, en effet, faire l'objet d'un encadrement strict, garantissant l'appréciation de leur caractère nécessaire et proportionné, sur la base de l'égalité avec les dispositions prises pour l'ensemble de la population.

D·

L'ÉLARGISSEMENT DES LIMITATIONS DE SORTIE ET DES RESTRICTIONS DE DÉPLACEMENT

A la sortie du premier confinement, le 11 mai 2020, la liberté est redevenue le principe, et la restriction l'exception. Pourtant le Défenseur des droits a constaté un déconfinement à deux vitesses.

En effet, dès le début du déconfinement, toute personne a pu circuler librement dans la limite de son département et dans un rayon de cent kilomètres autour de son lieu de résidence. Ces dernières restrictions ont été levées à compter du 31 mai 2020. En outre, les rassemblements sur la voie publique étaient autorisés, dans la limite de dix personnes.

Toutefois, lors de la période de déconfinement, l'attention du Défenseur des droits a été appelée sur des situations de maintien des restrictions de circulation au sein des EHPAD, notamment pour les accès aux extérieurs (jardin, patio, etc.), pour rendre visite à son conjoint résidant également au sein de l'établissement, ainsi que pour se rendre au bureau de vote lors du second tour des élections municipales, sans que soit par ailleurs mis en place de système de procuration.

Plusieurs réclamations de personnes âgées, en situation de perte d'autonomie ou de handicap, mais en capacité de se déplacer, sont parvenues au Défenseur des droits exposant ainsi l'interdiction de sortie qui leur était faite. Cette interdiction concerne également les personnes habituées à sortir régulièrement de l'établissement, à faire des courses, et parfois à rendre visite à leurs proches.

D'ailleurs, les sorties non programmées des résidents sont qualifiées de « fugues », y compris pour les personnes qui ne font pas l'objet d'une prise en charge particulière pour trouble cognitif[163].

Encore, avant même l'instauration d'un nouvel état d'urgence sanitaire, les consignes de certaines agences régionales de santé ont conduit à l'interdiction des sorties collectives et individuelles « *sauf raison impérieuse incluant le suivi médical des patients* »[164]. Des consignes similaires ont également été publiées par le ministère chargé des Solidarités et de la Santé en date du 10 octobre 2020, selon lesquelles : « *Le principe général est celui d'une limitation des sorties individuelles dans la famille aux situations exceptionnelles* ».

Or, le Défenseur des droits a reçu des témoignages selon lesquels les résidents souffrent de ne pas pouvoir sortir, marcher dans la rue, de ne plus « *voir la vie* » et jouir ainsi d'une forme de participation au monde.

Le Défenseur des droits a également constaté, lorsque les sorties individuelles des résidents ont pu être autorisées pour des visites médicales ou à l'occasion des fêtes de fin d'année, qu'elles ont été fréquemment assorties d'une condition d'isolement pendant une durée de sept jours environ au retour au sein de l'EHPAD. Ces mêmes mesures d'isolement ont également été constatées lors de l'entrée en établissement, ou au retour d'une hospitalisation.

Enfin, le Défenseur des droits a constaté des situations de confinement contraint en chambre, lors de la suspicion d'apparition de cas de Covid-19 au sein de l'établissement, y compris par précaution, après la réalisation d'un test de dépistage dont le résultat était négatif.

Lors de l'instruction des réclamations, et pour aucune d'entre elles, le Défenseur des droits n'a pu constater que ces mesures étaient intervenues en application d'une décision du ministre chargé des Solidarités et de la Santé ou d'une décision préfectorale. Par ailleurs, celles-ci n'avaient pas fait l'objet d'une modification du contrat de séjour du résident ou du règlement de fonctionnement de l'EHPAD.

E·

LES ENTRAVES À LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE

LIMITATIONS DE VISITES

Acceptées pendant la première période de confinement strict, les limitations de visites ont par la suite été parfois vécues comme injustes par certaines familles. La longue durée de ces suspensions et/ou limitations de visites, et la venue dans l'établissement de nombreuses autres personnes extérieures – coiffeuse ou esthéticienne, par exemple –, ont participé à l'incompréhension de ces restrictions imposées aux seuls proches.

Nombreux sont les établissements, objets de réclamations, dans lesquels les visites n'ont été possibles qu'à une faible fréquence : visites hebdomadaires, parfois moins, voire bimensuelles ; limitées à 30 ou 45 minutes ; sur des plages horaires pouvant être imposées ; et, en tout état de cause, systématiquement limitées à un ou deux visiteurs.

Les aidants familiaux, se rendant habituellement quotidiennement dans les EHPAD pour aider leur proche, notamment à s'alimenter, n'ont guère obtenu de dérogations à ces limitations de visites (fréquence et durée). Des situations ubuesques ont été rapportées au Défenseur des droits telles que l'interruption brutale du repas en raison de la fin du temps de visite octroyé. Les situations de perte de poids de personnes résidant en EHPAD ont également fréquemment été dénoncées.

Les résidents et leurs proches ont rapidement constaté que le rapport entre le nombre de créneaux de visites et le nombre de résidents limitait de fait les possibilités de visites, notamment en raison de l'insuffisance de personnels des établissements mobilisés pour organiser et surveiller le bon respect des gestes barrières. Pour les personnes d'ordinaire fortement entourées (famille nombreuse notamment), cela à conduit à étaler sur plusieurs mois les visites de leurs proches.

Les conditions de visites ont été couramment décrites comme celles d'un « *parloir* », de personnes en détention sous la surveillance d'un membre du personnel.

Le respect des gestes barrières (port du masque, respect de distance d'au moins deux mètres, et parfois la présence d'une paroi en plexiglas) a rendu la communication impossible avec les personnes souffrant notamment de malvoyance, de déficience auditive ou de pathologies dégénératives.

À compter de l'automne 2020, puis du rebond de l'épidémie, les interdictions de visites dont a été saisi le Défenseur des droits ont été principalement liées à l'apparition de cas de Covid-19 dans les établissements. Ces interdictions de visites se sont s'ajoutées aux restrictions en vigueur depuis le mois de mars 2020.

Le Défenseur des droits constate que ces mesures attentatoires aux droits et libertés fondamentaux n'apparaissent, de fait, pas limitées dans le temps et ont pu revêtir, par là même, un caractère disproportionné.

SENTIMENT D'ISOLEMENT ET DÉGRADATION DE L'ÉTAT DE SANTÉ

Une part des réclamations reçues par le Défenseur des droits témoigne de la dégradation majeure de l'état psychologique et/ou physique des personnes résidant en EHPAD, constatée lors de la réouverture des établissements.

Ce constat se poursuit depuis lors, et nombre de témoignages et réclamations font état de personnes ayant perdu le goût de la vie, souffrant de dépression, exprimant le sentiment d'être emprisonnée ou encore leur envie de ne plus vivre. Le Défenseur des droits a également reçu de nombreux témoignages de proches craignant que la personne résidant en EHPAD ne meure de tristesse et de solitude.

En effet, à raison d'une moyenne d'une visite de trente à quarante-cinq minutes par semaine, les résidents ne bénéficient de contact avec un proche qu'à raison de trois heures par mois environ, et demeurent parfois

même confinés en chambre.

Il est à noter que nombre de personnes résidant en EHPAD n'ont jamais pu sortir de leur établissement depuis le mois de mars 2020 ; les contacts avec le monde extérieur et les échanges avec leurs proches sont limités depuis lors.

Le droit à la vie privée et familiale a donc été grandement entravé au cours de la crise sanitaire, et de façon bien plus importante pour les personnes résidant en EHPAD que pour le reste de la population.

FIN DE VIE

Deux problématiques liées à la fin de vie se sont posées, l'une relative à l'accompagnement de la personne et l'autre relative aux conditions de tenue des cérémonies funéraires.

Au début de la crise sanitaire, c'est d'abord la seconde qui a fait l'objet de mesures normatives. En effet, le décret du 1er avril 2020[165] a interdit, pour une durée d'un mois, la réalisation des soins de conservation, la pratique de la toilette mortuaire et a ordonné la mise en bière immédiate des défunts probablement atteints du Covid-19 au jour de leur décès.

Le Défenseur des droits a ainsi été saisi de situations où les proches n'ont pas eu la possibilité de voir le défunt, immédiatement mis en bière.

Ces dispositions ont finalement été abrogées le 11 mai 2020[166] et annulées par le Conseil d'Etat en date du 22 décembre 2020[167].

En parallèle et au cours de la suite de la pandémie, le Défenseur des droits a été saisi de situations où des personnes résidant en EHPAD sont décédées seules, sans accompagnement de leur proche, en raison du maintien de strictes mesures de précaution suspendant toute visite dans le cas d'apparition de cas de Covid-19 dans l'établissement.

F·

L'ABSENCE DE CONTINUITÉ DES SOINS

Le premier confinement et le déconfinement progressif ont donné lieu à des limitations de venues des personnels paramédicaux extérieurs à l'établissement.

Parmi les saisines reçues au cours du premier confinement, le Défenseur des droits a tout d'abord été alerté par des professionnels de santé concernant les conditions d'hospitalisation des personnes résidant en EHPAD[168], et les conditions d'approvisionnement en matériel de protection et ou de dépistage.

L'accès aux autres soins que ceux liés à la Covid-19 semble avoir été restreint pour les résidents d'EHPAD. Des directeurs d'établissement et des médecins coordonnateurs ont affirmé au Défenseur des droits que, livrés à eux-mêmes avec des patients dans un état grave, ils ont reçu des consignes orales de ne pas amener les résidents aux services des urgences.

Le Défenseur des droits a été saisi de situations de rupture de la prise en charge médicale ou paramédicale, ou de prise en charge réduite, notamment par les kinésithérapeutes, en raison de l'impossibilité d'entrer dans l'établissement. L'Ordre des masseurs kinésithérapeutes a d'ailleurs directement saisi le Défenseur au motif que ses membres étaient soumis aux mêmes restrictions que les visiteurs extérieurs.

Ainsi, le Défenseur des droits a pu observer le non-respect du droit à une prise en charge adaptée prévue par l'article L. 311-3 3° du CASF et l'article 2 de la Charte des droits.

G.

LES DIFFICULTÉS D'ACCÈS AUX DROITS ET AU RECOURS EFFECTIF

Jusqu'au 11 mai 2020, le Défenseur des droits a reçu peu de saisines concernant des personnes résidant en EHPAD en lien avec la crise sanitaire. Les premières saisines sont parvenues au mois d'avril 2020, et ont afflué à compter du mois de mai 2020 sans cesser depuis lors.

Le Défenseur des droits a ainsi été saisi des nombreuses réclamations et témoignages dénonçant une augmentation, de la part des directions des établissements, de violations de la liberté d'aller et venir des résidents ainsi que de leur droit au maintien des liens familiaux.

Le faible nombre de saisines au cours du confinement et leur afflux postérieurement renseignent sur les difficultés rencontrées par les personnes en situation de perte d'autonomie ou de handicap pour exercer leur droit au recours effectif[169].

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ, LORS D'UNE CRISE SANITAIRE

RECOMMANDATION N°52

D'adopter un cadre juridique spécifique garantissant le respect par les EPHAD du caractère nécessaire et proportionné des mesures prises dans le cadre d'une crise sanitaire et susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes accueillies.

RECOMMANDATION N°53

De limiter le recours au droit souple pour toute mesure attentatoire aux droits et libertés des personnes accueillies.

RECOMMANDATION N°54

De mettre en place, des dispositifs de soutien sanitaire aux directions des EHPAD à l'échelle du territoire, sous la coordination des ARS, intégrant les astreintes "personnes âgées", les filières gériatriques, les équipes mobiles de soins palliatifs et l'appui de l'espace éthique régional. Les noms et coordonnées des référents médicaux seraient diffusés à tous les EHPAD du territoire concerné.

RECOMMANDATION N°55

De renforcer, pendant une crise sanitaire, la plateforme nationale « *Renfort-RH* » afin de mobiliser, en complément de la réserve sanitaire, les profils utiles (paramédicaux, cuisiniers…) en renfort dans les EHPAD.

RECOMMANDATION N°56

De faciliter l'accès à la régulation en demandant aux ARS d'identifier un référent EHPAD au sein des Service d'aide médicale urgente (SAMU).

RECOMMANDATION N°57

De renforcer l'organisation de la prise en charge en hospitalisation à domicile (HAD) des résidents relevant d'une hospitalisation mais ne requérant pas de surveillance continue 24/24 en soins intensifs.

RECOMMANDATION N°58

D'organiser l'information des directions des EHPAD, le plus en amont possible, de la mise en place de nouvelles mesures.

RECOMMANDATION N°59

De veiller à ce que toutes les décisions liées au renforcement des mesures de contrainte sanitaire (restriction de visites, limitation de la liberté d'aller et venir) soient prises pour une durée déterminée et limitée dans le temps, et proportionnées aux situations individuelles.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS ET AUX CD

RECOMMANDATION N°60

De garantir l'individualisation de la mise en œuvre par les responsables d'EHPAD des consignes et recommandations émises par les ministères et autorités sanitaires.

RECOMMANDATION N°61

D'actualiser le dispositif « *plan bleu* » et le « *plan de continuité d'activité* » au regard de la crise sanitaire de la Covid-19 afin d'adapter au mieux l'alerte, l'information et la coordination à l'échelle du territoire.

Elle recommande que le conseil de la vie sociale (CVS) de chaque EHPAD soit consulté sur le « *plan de continuité d'activité* ».

RECOMMANDATION N°62

De mettre en place une cellule d'expertise et de ressources pour répondre aux difficultés rencontrées par les directions des EHPAD.

RECOMMANDATION N°63

De veiller à ce que les directions des EHPAD informent et consultent par tout moyen le CVS de l'EHPAD sur toute décision liée au renforcement des mesures de contrainte sanitaire et s'assurent que celles-ci sont fixées pour une durée déterminée et limitée dans le temps et proportionnées aux situations individuelles.

RECOMMANDATION N°64

De veiller, à ce que les directions des EHPAD proposent et organisent des modalités de communication à distance pour les résidents (téléphone, vidéoconférence, courriel, applications dédiées, mise à disposition de papier et stylos…) permettant à l'ensemble des personnes de garder un contact avec leurs proches.

RÉCAPITULATIF DES RECOMMANDATIONS

PRINCIPE DU LIBRE CHOIX, DU CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ ET DROIT À L'INFORMATION DE LA PERSONNE ACCUEILLIE

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°1

De veiller à ce que les directions de tous les EHPAD planifient, dans les meilleurs délais, un audit externe portant sur la validité des contrats de séjour de toutes les personnes accueillies et de procéder, le cas échéant, à leur régularisation.

RECOMMANDATION N°2

D'inciter les directions des EHPAD à proposer, lorsque c'est possible, au futur résident d'alterner, dans un premier temps, les séjours en établissement et au domicile, afin de permettre un choix éclairé.

RECOMMANDATION N°3

D'inscrire dans une disposition réglementaire l'obligation d'intégrer dans le livret d'accueil, la Charte des droits, le règlement de fonctionnement et les contrats de séjour de l'EHPAD, un volet en « *facile à lire et à comprendre* » (FALC) pour tous ceux qui rencontrent des difficultés de compréhension.

RECOMMANDATION N°4

D'engager des actions de sensibilisation auprès des professionnels, des résidents et de leurs proches sur le rôle de la personne de confiance dans le secteur médico-social.

RECOMMANDATION N°5

De prévoir, par une disposition réglementaire, l'obligation d'inscrire le nom et les coordonnées de la personne de confiance désignée par le résident dans son dossier administratif.

RECOMMANDATION N°6

De modifier l'article L. 311-4 du CASF relatif à la présence de la personne de confiance lors de la conclusion du contrat de séjour afin que la personne de confiance désignée soit systématiquement invitée à participer à l'entretien sauf si la personne accueillie s'y oppose.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX AGENCES RÉGIONALES DE SANTÉ (ARS) ET AUX CONSEILS DÉPARTEMENTAUX (CD)

RECOMMANDATION N°7

De veiller à ce que les directions des EHPAD renforcent l'information du résident et de ses proches sur les modalités de prise en charge, les prestations proposées, les mesures de protection, les voies de recours ainsi que le droit pour la personne accueillie de désigner une personne confiance.

RECOMMANDATION N°8

D'inciter les directions des EHPAD à désigner un référent chargé de veiller à la recherche effective du consentement des résidents, la nomination de ce référent « *consentement* » s'inscrivant dans le projet d'établissement.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE

RECOMMANDATION N°9

De renforcer les contrôles des EHPAD par la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF) portant sur la vérification de l'absence de clauses abusives dans les contrats de séjour.

LE DROIT À UNE PRISE EN CHARGE ET À UN ACCOMPAGNEMENT ADAPTÉS

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°10

D'adopter, au-delà des recommandations de la Haute Autorité de santé (HAS), un cadre réglementaire définissant les conditions d'élaboration du projet personnalisé du résident.

RECOMMANDATION N°11

De fixer un ratio minimal de personnels travaillant en EHPAD en fonction du niveau d'autonomie et des soins requis des résidents. Elle recommande de suivre la proposition du Conseil de l'âge du Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge (HCFEA) qui fixe un objectif de norme d'encadrement de 0,8 effectif à temps plein (ETP) par résident.

RECOMMANDATION N°12

De revaloriser les diplômes et les parcours professionnels liés aux métiers de l'accompagnement à l'autonomie, comme préconisé dans le rapport El Khomri « *Plan de mobilisation nationale en faveur de l'attractivité des métiers du grand âge* ».

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS ET AUX CD DE S'ASSURER, LORS DES CONTRÔLES ET DES INSPECTIONS

RECOMMANDATION N°13

Que le rôle et l'intervention des tiers, notamment des « *dames de compagnie* », au sein des EHPAD sont clarifiés dans le règlement intérieur de l'établissement.

RECOMMANDATION N°14

Que les directions des EHPAD proposent des activités accessibles et adaptées aux résidents les moins autonomes.

RECOMMANDATION N°15

Que le projet personnalisé est élaboré dans les délais et réévalué périodiquement avec la participation du résident. Une attention particulière sera portée aux aides techniques.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS

RECOMMANDATION N°16

De soutenir toute démarche initiée par les directions des EHPAD visant à mettre en place le marquage des appareils (prothèses auditives, dentaires...) afin de limiter les pertes d'appareillages.

RECOMMANDATION N°17

De s'assurer, lors des contrôles et inspections, de la mise en place à l'attention du personnel d'actions de sensibilisation et de prévention relatives aux risques de dénutrition et de déshydratation, ainsi que de l'adéquation de la nourriture et des solutions d'hydratation au degré d'autonomie du résident.

LE DROIT À LA SANTÉ

LA COORDINATION DES SOINS

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS

RECOMMANDATION N°18

D'engager des actions visant à développer le réseau des partenariats entre les EHPAD et les professionnels libéraux, les centres de santé spécialisés (kinésithérapeutes, orthophonistes…) pour améliorer l'accès aux spécialités médicales en recourant si nécessaire à la télémédecine.

RECOMMANDATION N°19

D'inscrire dans les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM) des EHPAD un objectif de coordination des équipes soignantes avec les intervenants extérieurs.

RECOMMANDATION N°20

D'inciter les directions des EHPAD à mettre en place des outils adaptés de partage d'informations médicales entre les professionnels participant à la prise en charge du résident pour maintenir à jour son dossier médical.

RECOMMANDATION N°21

De s'assurer, lors des contrôles et des inspections, que le médecin coordonnateur de l'EHPAD n'exerce pas, à titre habituel, la fonction de médecin traitant des résidents, hors convention spécifique ou prises en charge en urgence.

LA PRISE EN CHARGE MÉDICAMENTEUSE

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS

RECOMMANDATION N°22

De s'assurer, lors des contrôles et des inspections, de la mise en place au sein de l'EHPAD d'une évaluation régulière des procédures liées à la sécurisation et à la traçabilité du circuit du médicament.

LA PRISE EN CHARGE NOCTURNE ET TRANSFERTS AUX URGENCES

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°23

De valoriser le déploiement au sein du secteur médico-social d'infirmiers en pratique avancée (IPA).

RECOMMANDATION N°24

D'établir une cartographie des EHPAD situés en zone blanche ou grise sur l'ensemble du territoire et d'envisager leur couverture numérique afin qu'ils puissent déployer des dispositifs de télémédecine pour améliorer l'accès aux spécialités médicales.

RECOMMANDATION N°25

De promouvoir la permanence des soins de nuit par la généralisation d'une présence infirmière, le cas échéant, mutualisée entre les établissements médico-sociaux ou sanitaires.

RECOMMANDATION N°26

De prévoir dans une disposition réglementaire la désignation d'un cadre d'astreinte dans chaque EHPAD.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS

RECOMMANDATION N°27

De structurer dans chaque territoire des parcours d'admission directe non programmée à l'hôpital pour les résidents afin d'éviter les passages aux urgences inutiles.

RECOMMANDATION N°28

De s'assurer que les EHPAD et les hôpitaux de référence ont mis en place une procédure de gestion des urgences.

SANTÉ BUCCO-DENTAIRE

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ, AVEC L'APPUI DE L'ORDRE NATIONAL DES CHIRURGIENS-DENTISTES

RECOMMANDATION N°29

De veiller à ce que les directions des EHPAD organisent la réalisation d'un bilan de stomatologie à l'arrivée du résident et s'assurent de la réalisation d'un suivi dentaire tout au long de son séjour.

ACCOMPAGNEMENT DE LA FIN DE VIE

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°30

De développer la prise en charge des soins palliatifs au sein des EHPAD et de demander aux ARS d'inscrire dans les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM) des EHPAD un objectif portant sur les partenariats avec des réseaux ou équipes mobiles en soins palliatifs.

LA LIBERTÉ D'ALLER ET VENIR

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°31

De modifier le cadre règlementaire en vigueur afin de garantir la liberté d'aller et venir des résidents, en prévoyant notamment une réévaluation des mesures individuelles restrictives de liberté avant six mois.

RECOMMANDATION N°32

D'inscrire dans le plan de contrôle des ARS de s'assurer que les restrictions de la liberté d'aller et venir de la personne désorientée sont nécessaires à la préservation de sa sécurité, strictement proportionnées au but poursuivi et limitées dans le temps.

RECOMMANDATION N°33

De diligenter une mission de l'IGAS sur le recours aux mesures de contention dans les établissements médico-sociaux.

LA DÉFENSEURE DES DROITS APPELLE L'ATTENTION DU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°34

Sur l'absence de fondement législatif autorisant le recours à la géolocalisation de personnes accueillies en EHPAD et lui recommande d'adopter, le cas échéant, un cadre législatif spécifique.

LE DROIT À LA VIE PRIVÉE, À L'INTIMITÉ ET AU MAINTIEN DES LIENS FAMILIAUX

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°35

D'inscrire dans une disposition du CASF le droit de visite quotidien du résident par ses proches s'il le souhaite.

RECOMMANDATION N°36

D'élaborer un guide à l'usage des professionnels explicitant le cadre juridique de la mise en place des systèmes de vidéosurveillance.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS ET AUX CD

RECOMMANDATION N°37

De mener des actions de sensibilisation des personnels des EHPAD sur le respect du droit à l'intimité et à la vie privée.

LE DROIT À LA PROPRIÉTÉ

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS ET AUX CD

RECOMMANDATION N°38

De sensibiliser les directions des EHPAD aux pratiques de repérage, de signalement et de prévention de la maltraitance financière.

RECOMMANDATION N°39

De veiller à ce que les directions des EHPAD renforcent l'information du résident sur les règles relatives à la responsabilité de l'EHPAD en cas de vol, de perte ou de détérioration de ses objets.

RECOMMANDATION N°40

De s'assurer, lors des contrôles et des inspections, que l'inventaire des biens du résident est signé par ce dernier.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE

RECOMMANDATION N°41

De renforcer les contrôles des EHPAD par la DGCCRF portant sur la vérification de l'absence de clauses interdisant de rechercher la responsabilité des établissements, en cas de vol, de perte ou de détérioration des biens des résidents.

LE DROIT AU RECOURS EFFECTIF ET À LA PROTECTION

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

RECOMMANDATION N°42

De mettre en place des observatoires régionaux permettant de mieux répondre aux situations de maltraitance signalées sur un territoire.

RECOMMANDATION N°43

De rendre obligatoire une formation initiale et continue à la bientraitance et à la lutte contre la maltraitance à l'attention de tous les professionnels intervenant dans l'accompagnement et le soin des résidents.

RECOMMANDATION N°44

De structurer et de mettre en place un dispositif effectif de médiation dans le secteur médico-social.

RECOMMANDATION N°45

De mettre en œuvre une plus grande collaboration entre les ARS et les CD sur le traitement des plaintes ainsi que sur la coordination des contrôles et inspections en élaborant un référentiel partagé.

RECOMMANDATION N°46

De prendre des mesures appropriées pour protéger le résident en EHPAD de toutes représailles à son encontre à la suite d'une plainte de ses proches concernant des défaillances liées à sa prise en charge.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DE L'INTÉRIEUR

RECOMMANDATION N°47

De sensibiliser les personnels chargés de recueillir les plaintes du résident et de ses proches portant sur des faits de maltraitance au sein des EHPAD.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS ET AUX CD

RECOMMANDATION N°48

De s'assurer de l'organisation effective et régulière dans les EHPAD d'actions de formation et de sensibilisation des professionnels sur la conduite à adopter face à la maltraitance, sur l'obligation de signalement et les conditions de levée du secret.

RECOMMANDATION N°49

De veiller à ce que les directions des EHPAD renforcent la gestion et le suivi des événements indésirables au sein de l'établissement.

RECOMMANDATION N°50

D'assurer un suivi coordonné des établissements ayant fait l'objet d'injonctions à l'issue d'un contrôle, dans un délai raisonnable.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE À LA HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ (HAS)

RECOMMANDATION N°51

D'intégrer dans le nouveau dispositif d'évaluation des structures médico-sociales la publication des résultats sous forme d'indicateurs afin de mettre à disposition du grand public des informations qualitatives sur les différents établissements.

L'IMPACT DE LA CRISE SANITAIRE SUR LES DROITS ET LIBERTÉS DES PERSONNES ACCUEILLIES EN EHPAD

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AU MINISTRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ, LORS D'UNE CRISE SANITAIRE

RECOMMANDATION N°52

D'adopter un cadre juridique spécifique garantissant le respect par les EPHAD du caractère nécessaire et proportionné des mesures prises dans le cadre d'une crise sanitaire et susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes accueillies.

RECOMMANDATION N°53

De limiter le recours au droit souple pour toute mesure attentatoire aux droits et libertés des personnes accueillies.

RECOMMANDATION N°54

De mettre en place, des dispositifs de soutien sanitaire aux directions des EHPAD à l'échelle du territoire, sous la coordination des ARS, intégrant les astreintes "personnes âgées", les filières gériatriques, les équipes mobiles de soins palliatifs et l'appui de l'espace éthique régional. Les noms et coordonnées des référents médicaux seraient diffusés à tous les EHPAD du territoire concerné.

RECOMMANDATION N°55

De renforcer, pendant une crise sanitaire, la plateforme nationale « *Renfort-RH* » afin de mobiliser, en complément de la réserve sanitaire, les profils utiles (paramédicaux, cuisiniers…) en renfort dans les EHPAD.

RECOMMANDATION N°56

De faciliter l'accès à la régulation en demandant aux ARS d'identifier un référent EHPAD au sein des Service d'aide médicale urgente (SAMU).

RECOMMANDATION N°57

De renforcer l'organisation de la prise en charge en hospitalisation à domicile (HAD) des résidents relevant d'une hospitalisation mais ne requérant pas de surveillance continue 24/24 en soins intensifs.

RECOMMANDATION N°58

D'organiser l'information des directions des EHPAD, le plus en amont possible, de la mise en place de nouvelles mesures.

RECOMMANDATION N°59

De veiller à ce que toutes les décisions liées au renforcement des mesures de contrainte sanitaire (restriction de visites, limitation de la liberté d'aller et venir) soient prises pour une durée déterminée et limitée dans le temps, et proportionnées aux situations individuelles.

LA DÉFENSEURE DES DROITS RECOMMANDE AUX ARS ET AUX CD

RECOMMANDATION N°60

De garantir l'individualisation de la mise en œuvre par les responsables d'EHPAD des consignes et recommandations émises par les ministères et autorités sanitaires.

RECOMMANDATION N°61

D'actualiser le dispositif « *plan bleu* » et le « *plan de continuité d'activité* » au regard de la crise sanitaire de la Covid-19 afin d'adapter au mieux l'alerte, l'information et la coordination à l'échelle du territoire.

Elle recommande que le conseil de la vie sociale (CVS) de chaque EHPAD soit consulté sur le « *plan de continuité d'activité* ».

RECOMMANDATION N°62

De mettre en place une cellule d'expertise et de ressources pour répondre aux difficultés rencontrées par les directions des EHPAD.

RECOMMANDATION N°63

De veiller à ce que les directions des EHPAD informent et consultent par tout moyen le CVS de l'EHPAD sur toute décision liée au renforcement des mesures de contrainte sanitaire et s'assurent que celles-ci sont fixées pour une durée déterminée et limitée dans le temps et proportionnées aux situations individuelles.

RECOMMANDATION N°64

De veiller, à ce que les directions des EHPAD proposent et organisent des modalités de communication à distance pour les résidents (téléphone, vidéoconférence, courriel, applications dédiées, mise à disposition de papier et stylos…) permettant à l'ensemble des personnes de garder un contact avec leurs proches.

ANNEXE : CONTEXTE ET CADRE NORMATIF DE LA CRISE SANITAIRE

RAPPEL DES DATES CLÉS[170]

2 JANVIER 2020
La Direction générale de la santé (DGS) met en place veille CORUSS de niveau 1[171].

14 JANVIER 2020
Un message d'alerte est diffusé aux établissements de santé et médico-sociaux[172].

22 JANVIER 2020
L'Organisation mondiale de la santé (OMS) signale transmission interhumaine[173].

24 JANVIER 2020
Les trois premiers cas sont détectés en France[174].

27 JANVIER 2020
L'OMS déclare l'urgence de santé publique de portée internationale[175].

31 JANVIER 2020
Premier arrêté du ministère de la santé plaçant en quarantaine les personnes venant d'une zone considérée comme un foyer épidémique[176].

5 MARS 2020
Interdiction nationale des rassemblements de plus de 5000 personnes[177].

6 MARS 2020
Limitation de visite dans les établissements de santé dans le Haut-Rhin[178].

12 MARS 2020
Annonce du président de la République de la fermeture des écoles à partir du 16 mars.

14 MARS 2020
Limitation des rassemblements à 100 personnes, fermeture de certains établissements recevant du public, dont les écoles[179].

16 MARS 2020
Annonce du président de la République d'un confinement national à partir du 17 mars, mis en place par décret n°2020-260[180].

23 MARS 2020
Instauration d'un état d'urgence sanitaire pour deux mois par la loi n° 2020-290.

11 MAI 2020
Déconfinement progressif et prorogation de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet par la loi n°2020-546.

14 JUIN 2020
Annonce du président de la République d'une nouvelle phase de déconfinement, la limitation des 100 kilomètres étant levée.

9 JUILLET 2020
Instauration d'un régime transitoire dès le 11 juillet autorisant le gouvernement à prendre des mesures exceptionnelles jusqu'au 31 octobre par la loi n° 2020-856.

23 SEPTEMBRE
Annonce de nouvelles mesures de restrictions dans 11 métropoles et les communes de la petite couronne d'Ile-de-France.

14 OCTOBRE 2020
Instauration d'un nouvel état d'urgence à partir du 17 octobre et pour un mois par le décret n° 2020-1257.

28 OCTOBRE 2020
Annonce du président de la République d'un confinement national instauré à partir du 30 octobre 2020, limitant les rassemblements à 6 personnes, mais le maintien de la possibilité de rendre visite aux personnes résidant en EHPAD[181].

14 NOVEMBRE 2020
Prolongation de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 16 février 2021 et le régime transitoire jusqu'au 1er avril 2021 par la loi 2020-13797.

15 DÉCEMBRE 2020
Terme du confinement, mise en place d'un couvre-feu de 20h00 à 6h00, autorisation de la tenue des offices religieux[182].

13 JANVIER 2021
Dépôt d'un projet de loi de prorogation des mesures de luttes contre l'épidémie.

15 FÉVRIER 2021
Promulgation du projet de loi de prorogation de l'état d'urgence sanitaire[183].

CADRE LÉGAL

Pour faire face à l'épidémie de Covid-19, jusqu'au 22 mars 2020, les premières mesures normatives prescrites se sont fondées sur la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles, ou sur les compétences dévolues au Premier ministre et au ministre chargé de la Santé dans le cadre de menace sanitaire grave. Ce fut le cas du décret du 16 mars 2020 instaurant des mesures de « *confinement* » généralisé[184] fondé sur l'article L.3131-1 du code de la santé publique relatifs aux « *menaces sanitaires* ».

Puis un régime d'état d'urgence sanitaire a été créé provisoirement dans le code de la santé publique par la loi du 23 mars 2020, initialement en vigueur jusqu'au 1er avril 2020, et a déclaré l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire national pour une durée de deux mois. Il est resté en vigueur presque 16 semaines jusqu'au 10 juillet 2020, après avoir été prolongé par la loi du 11 mai 2020. C'est sur cette base qu'a été décidé le confinement général du pays au printemps 2020.

Cette loi du 23 mars 2020 prévoit notamment que, lorsque l'état d'urgence a été déclaré[185], le Premier ministre est compétent notamment pour réglementer[186] la circulation des personnes et des véhicules, restreindre ou interdire à toute personne de sortir de son domicile, placer des personnes en quarantaine ou en isolement, ordonner la fermeture d'établissement recevant du public, limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique.

En parallèle, par ordonnance n°2020-313 du 25 mars 2020, le Président de la République française, a ordonné des mesures d'adaptation de l'organisation et du fonctionnement des établissements sociaux et médico-sociaux (ESMS)[187].

Face à la diminution de la circulation du virus Covid-19 en France, la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 a instauré un régime transitoire dès le 11 du même mois, autorisant le gouvernement à prendre des mesures exceptionnelles jusqu'au 31 octobre 2020.

Cette loi permet au Premier ministre notamment de : réglementer la circulation des personnes et des véhicules, et l'accès aux moyens de transports collectifs ; réglementer l'ouverture au public des établissements recevant du public (ERP) ; réglementer les rassemblements ; imposer une obligation de test pour l'usage des transports public en provenance ou à destination territoire métropolitain. Des mesures complémentaires peuvent être prises sur le fondement du droit commun[188].

Puis, compte tenu du rebond de l'épidémie, ce dispositif exceptionnel a de nouveau été déclaré par un décret du 14 octobre 2020, à partir du 17 octobre et pour un mois. Il a permis d'instaurer un couvre-feu dans plusieurs métropoles, puis dans 54 départements, avant qu'un nouveau confinement national ne soit instauré le 30 octobre 2020.

Pour que l'état d'urgence sanitaire puisse s'appliquer au-delà du 16 novembre 2020, le Parlement a adopté la loi du 14 novembre 2020[189]. Cette loi prévoyait la prolongation de l'état d'urgence jusqu'au 16 février 2021 inclus et la prolongation du régime transitoire jusqu'au 1er avril 2021.

Les mesures de confinement ont été levées le 15 décembre 2020, auxquelles s'est substitué un couvre-feu de 20h00 à 6h00, puis de 18h00 à 6h00.

La présente étude se limite aux mesures prises jusqu'au 31 décembre 2020.

Toutefois, il y a lieu de signaler qu'un projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire a été présenté à l'Assemblée nationale le 13 janvier 2021, et pour lequel la procédure accélérée a été enclenchée par le gouvernement le même jour. Le 28 janvier 2021, la commission mixte paritaire, chargée de trouver un texte de compromis, a échoué. L'Assemblée nationale l'a examiné et a adopté définitivement le projet de loi le 9 février 2021.

Le projet de loi prolonge jusqu'au 1er juin 2021 au plus tard l'application de l'état d'urgence sanitaire en cours. Le texte repousse jusqu'au 31 décembre 2021 la caducité des dispositions du code de la santé publique ainsi que la fin du cadre législatif concernant les systèmes d'information SI-DEP et Contact Covid.
Deux autres dispositions, introduites par les parlementaires, adaptent à la crise sanitaire certains délais impartis aux intercommunalités (en particulier pour l'adoption du pacte de gouvernance), toutefois le régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire n'a finalement pas été prorogé, est demeure autorisé jusqu'au 1er avril 2021.

Cette loi a été promulguée le 15 février 2021.

CADRE RÉGLEMENTAIRE

PANORAMA DU 1ER JANVIER AU 11 MAI 2020

Le décret n°2020-260 du 16 mars 2020 a décrété des mesures de limitation des déplacements notamment, initiant le « *premier confinement* », sur le fondement des dispositions du code de la santé publique relatif aux menaces sanitaires[190].
Les déplacements pour l'assistance d'une personne vulnérable figuraient parmi les motifs dérogatoires de déplacement autorisés.

Puis, la loi n°2020-290 du 23 mars 2020[191] d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 a créé le régime d'exception de l'état d'urgence sanitaire.

Les mesures d'application ont été prises par décret.

Le décret du 23 mars 2020 a édicté les mesures générales pour lutter contre la Covid-19[192], et procède au renversement du principe et de l'exception en matière de libertés : seuls les déplacements listés sont autorisés de manière exceptionnelle.

Les déplacements pour l'assistance d'une personne vulnérable figuraient parmi les motifs dérogatoires de déplacement autorisés.

Le 11 mai 2020, ce décret a été abrogé pour être remplacé par un nouveau décret[193].

Aucun autre décret du Premier ministre, relatif à la situation des personnes résidant en EHPAD, n'a été pris au cours de la période du 23 mars au 11 mai 2020, et le ministre chargé des Solidarités et de la Santé n'a pas pris de mesures réglementaires concernant les personnes résidant en EHPAD[194].

Par conséquent, les mesures précédemment décrites, qui sont d'ordre général, avaient vocation à s'appliquer à l'ensemble de la population présente sur le territoire national soumis à l'état d'urgence sanitaire.

PANORAMA DU 11 MAI AU 10 JUILLET 2020

A compter du 11 mai 2020, la loi n°2020-546 a prorogé l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020 et a organisé dans ce cadre un déconfinement progressif.

Les mesures d'application ont été prises par le décret du même jour[195], qui a opéré un nouveau basculement : la liberté redevenant la règle, et l'interdiction l'exception.

Toutefois, les préfets de département étaient habilités à prendre des mesures plus restrictives. Les déplacements pour l'assistance d'une personne vulnérable ou d'une personne handicapée étaient autorisés de manière dérogatoire.

Ces dispositions sont demeurées en vigueur jusqu'au 31 mai 2020 inclus, date de publication d'un nouveau décret abrogeant le précédant[196].

Il prévoyait notamment que les rassemblements de plus de 10 personnes demeuraient interdits. Le préfet de département était habilité à prendre des mesures plus restrictives.

Ce décret sera entièrement abrogé par le décret du 10 juillet 2020.

DU 10 JUILLET AU 16 OCTOBRE 2020 : AU COURS DE LA PÉRIODE TRANSITOIRE

Face à la diminution de l'épidémie de Covid-19 en France, la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 a instauré un régime transitoire dès le 11 du même mois, autorisant le gouvernement à prendre des mesures exceptionnelles jusqu'au 31 octobre 2020.

Par décret du 10 juillet 2020, le Premier ministre a pris des mesures visant à imposer le respect des gestes barrières, et à réglementer les rassemblements, ainsi que d'autres mesures générales pour lutter contre l'épidémie. Par arrêté du 10 juillet 2020, le ministre chargé des Solidarités et de la Santé a prescrit des mesures relatives à l'organisation et au fonctionnement du système de santé.

Ces normes ne concernaient pas les établissements sociaux et médico-sociaux[197].

DU 17 OCTOBRE 2020 AU 31 DÉCEMBRE 2020 : AU COURS DE L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE

Le décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 a instauré un nouvel état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire national à compter du 17 octobre 2020.

Les déplacements des personnes handicapées et ceux pour l'assistance d'une personne vulnérable sont demeurés possibles.

Le 28 octobre 2020, en raison de l'accélération de la deuxième vague de Covid-19, le Président de la République a annoncé un nouveau confinement national à compter du 30 octobre 2020[198], avec des changements majeurs par rapport au printemps, qui permettaient notamment les visites en EHPAD et en maisons de retraite.

Le 7 novembre, le Parlement a adopté la loi du 14 novembre 2020[199] prolongeant le régime transitoire jusqu'au 1er avril 2021 et l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 16 février 2021.

Par décret n°2020-1582 du 14 décembre 2020, les mesures de confinement ont cessé, et ont été remplacées par des mesures de couvre-feu. Les déplacements des personnes handicapées et ceux pour l'assistance d'une personne vulnérable sont toujours possibles, sauf mesure plus restrictive prise par le préfet de département.

NOTES

[1] En vertu de l'article 5 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, le Défenseur des droits peut être saisi, notamment, « *par toute personne physique ou morale qui s'estime lésée dans ses droits et libertés par le fonctionnement d'une administration de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public ou d'un organisme investi d'une mission de service public* » et « *par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination, directe ou indirecte, prohibée par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, ou par toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits se proposant par ses statuts de combattre les discriminations ou d'assister les victimes de discriminations, conjointement avec la personne s'estimant victime de discrimination ou avec son accord.* » (...) « *Le Défenseur des droits peut être saisi des agissements de personnes publiques ou privées. Il peut en outre se saisir d'office ou être saisi par les ayants droit de la personne dont les droits et libertés sont en cause.* ».

[2] 45% des dossiers concernaient un EHPAD à statut public, 30% des dossiers concernaient un EHPAD privé associatif et 25% d'entre eux concernaient un EHPAD privé commercial.

[3] Perte d'autonomie : à pratiques inchangées, 108 000 seniors de plus seraient attendus en EHPAD d'ici à 2030, DREES, décembre 2020.

[4] Le GIR correspond au niveau de perte d'autonomie d'une personne âgée. Il est calculé à partir de la grille AGGIR. Les personnes évaluées en GIR 1 à 4 peuvent bénéficier de l'APA.

[5] La situation des EHPAD en 2017, CNSA, avril 2019.

[6] FABRE-MAGNAN M. « Dignité » in : ANDRIANTSIMBAZOVINA J. et al. (dir), Dictionnaire des droits de l'Homme, Paris, Quadrige/PUF, 2008, p. 288.

[7] Le Conseil constitutionnel a reconnu à la dignité et à l'intégrité une valeur constitutionnelle en énonçant que « *la sauvegarde de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* » (décision du 27 juillet 1994 rendue à propos des lois de bioéthique ; décision du 19 janvier 1995 à propos de la loi relative à la diversité de l'habitat ; décision du 29 juillet 1998 sur la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions). Dans son préambule, le Pacte international des droits civils et politiques affirme « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine* » ; celui du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, que les « *droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine* ». La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées érige le respect de la dignité intrinsèque en principe général (article 3) et garantit le droit de toute personne handicapée au respect de son intégrité (article 17). Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que « *la dignité, comme la liberté, est l'essence même de la Convention* » (C.R. c. Royaume-Uni et S.W. c. Royaume-Uni, les deux du 22 novembre 1995 ; Pretty c. Royaume-Uni, 29 avril 2002). Plus spécifiquement, l'article L.311-3 1° du code de l'action sociale et des familles assure à l'usager du secteur médico-social le respect de sa dignité et de son intégrité. La Charte des droits et des libertés de la personne accueillie, dans son article 12, garantit, elle aussi, le respect de la dignité et de l'intégrité de la personne accueillie.

[8] Selon la Commission de lutte contre la maltraitance et de promotion de la bientraitance : « *Il y a maltraitance d'une personne en situation de vulnérabilité lorsqu'un geste, une parole, une action ou un défaut d'action, compromet ou porte atteinte à son développement, à ses droits, à ses besoins fondamentaux, et/ou à sa santé et que cette atteinte intervient dans une relation de confiance, de dépendance, de soin ou d'accompagnement. Les situations de maltraitance peuvent être ponctuelles ou durables, intentionnelles ou non ; leur origine peut être individuelle, collective ou institutionnelle. Les violences et les négligences peuvent revêtir des formes multiples et associées au sein de ces situations.* ».

[9] Le Conseil de l'Europe a classifié les actes de maltraitance selon plusieurs catégories : violences physiques, violences psychiques ou morales, violences matérielles et financières, violences médicales ou médicamenteuses, négligences actives, négligences passives, privations ou violations de droits - Protection des adultes et des enfants handicapés contre les abus, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002, réédition 2003, ISBN 92-871-4918-6.

[10] Aux termes de l'article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, tout acte de maltraitance subi par une personne, lié à son état de santé, à sa perte d'autonomie, à son handicap ou à son âge, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant est constitutif d'une discrimination.

[11] OMS, Rapport mondial sur la violence et la santé, Genève, 2002, p. 148-149.

[12] Avis du Défenseur des droits n° 18-24 sur la maltraitance des enfants et la maltraitance institutionnelle à l'égard des personnes dépendantes, 11 octobre 2018.

[13] « *Le système de santé, et en particulier l'hôpital public est de plus en plus comparé à une entreprise et soumis à des exigences de rentabilité, selon une vision productiviste au détriment des droits des patients et de la qualité de travail des soignants. Les services hospitaliers s'organisent selon une division du travail et sont évalués par secteurs de soins, sous une forme trop normée ne prenant pas suffisamment en compte la réalité des besoins des patients. Au sein des EHPAD, l'ARS et le Conseil départemental systématisent souvent les fiches de postes heurées par catégorie socio-professionnelle. Ces établissements créent aussi une organisation du travail en définissant des tâches à accomplir quotidiennement en mesurant la charge de travail qui incombe à chacun. Ainsi, il existe des indicateurs d'activités qui sont le taux d'occupation et le taux de rotation et des indicateurs de charge en soins* » (CNCDH, Avis Agir contre les maltraitances dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux, 22 mai 2018, p. 38-39).

[14] https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx

[15] PIDCP, ratifié le 4 nov. 1980, en vigueur, arts. 2, 2 par. 3 et 17 ; PIDESC, ratifié le 4 nov. 1980, en vigueur, art. 12.

[16] La perte d'autonomie est définie par l'art. L232-1 du CASF comme la conséquence d'un « *état physique ou mental » des « 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* ».

[17] Comme le soulignent les instances onusiennes (CRPD_CSP_2020_3_F : « Répondre aux droits et aux besoins des personnes âgées en situation de handicap » - 29/09/2020) : « *Les préjugés et les idées reçues à l'égard des personnes âgées peuvent se traduire par une incapacité à reconnaître leur handicap. Les déficiences fonctionnelles sont considérées à tort comme une conséquence naturelle du vieillissement, tandis que les normes sociétales banalisent le handicap lié au vieillissement. Par conséquent, les personnes âgées elles-mêmes n'ont pas toujours conscience qu'elles présentent un handicap, bien qu'elles soient souvent confrontées à d'importantes difficultés au quotidien. Souvent, l'âge auquel apparaissent les premiers signes du handicap influence l'image que la personne a d'elle-même. Les personnes qui présentent un handicap avant de parvenir à un âge avancé et celles qui en acquièrent en vieillissant sont confrontées à de nombreuses difficultés, tant générales que propres à leur état* ».

[18] Par incapacité, il faut entendre : toute réduction résultant d'une déficience, partielle ou totale, de la capacité d'accomplir une activité d'une façon ou dans les limites considérées comme normales pour un être humain.

[19] CIDPH, en vigueur, art. 1er.

[20] Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées, 17 juil. 2019, A/74/186.

[21] CESDH, ratifiée le 3 mai 1974, en vigueur, art. 8 et 14 ; Protocole n° 1 à la CESDH, ratifié le 3 mai 1974, en vigueur, art. 1er.

[22] Charte sociale européenne, ratifiée le 7 mai 1999, en vigueur, arts. 11, 23 et E.

[23] CASF, art. L311-4.

[24] Arrêté ministériel du 8 sept. 2003.

[25] Observations générales n° 1 (2014) et n° 5 (2017) du Comité des droits des personnes handicapées (CRDP) de l'ONU.

[26] CIDPH (article 19) et Charte européenne des droits sociaux (article 23).

[27] Avis du Défenseur des droits n°21-02 du 26 mars 2021.

[28] Rapport du Défenseur des droits Protection juridique des majeurs vulnérables – Septembre 2016.

[29] EHESP, Le consentement des personnes âgées vulnérables en 2020 à l'aune de la crise de la Covid-19 : enjeux éthiques et juridiques en établissement médico-social, rapport élaboré pour le module interprofessionnel de santé publique, 2020, p. 9.

[30] EHESP, Le consentement des personnes âgées vulnérables en 2020 à l'aune de la crise de la Covid-19 : enjeux éthiques et juridiques en établissement médico-social, rapport élaboré pour le module interprofessionnel de santé publique, 2020, p. 8.

[31] S'agissant des personnes bénéficiant d'une mesure de protection juridique, l'article 459 du Code civil prévoit que la personne protégée, dans la mesure de ses capacités, est seule à pouvoir donner son consentement. L'article 459-2 du même code dispose qu'elle choisit également le lieu de sa résidence. Si le majeur protégé est dans l'impossibilité totale d'exprimer sa volonté, seul son représentant légal – personne explicitement investie par le juge chargé des tutelles – pourra consentir à sa place. Dans ces cas, selon l'article 12 de la CIDPH, le système de prise de décision assistée doit être privilégié, et non celui de la prise de décision substitutive à la volonté de la personne.

[32] Décision du Défenseur des droits n° 2019-318 du 30 décembre 2019.

[33] La Cour d'appel de GRENOBLE (décision n° 1503145 du 6 mars 2018) a confirmé le caractère illicite ou abusif de la clause suivante : « *Le résident ou, s'il en existe un, son représentant légal, certifie par la signature du présent contrat avoir reçu l'information écrite et orale obligatoire sur les règles relatives aux biens et objets personnels, en particulier sur les principes gouvernant la responsabilité de l'établissement en cas de vol, de perte ou de détérioration de ses biens* ». La commission des clauses abusives de la DGCCRF avait recommandé la suppression de cette clause (recommandation n° 08-02 du 13 décembre 2004 relative aux contrats proposés pas certains établissements hébergeant des personnes âgées et non habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale).

[34] Selon les articles L.311-4-1-II et D.311 du CASF, la facturation doit uniquement correspondre à l'acquittement du tarif du séjour effectif, soit à partir de la date d'admission du résident.

[35] Décision du Défenseur des droits n° 2019-167 du 1er juillet 2019.

[36] Décret n°2016-1395 du 18 octobre 2016 fixant les conditions dans lesquelles est donnée l'information sur le droit de désigner la personne de confiance.

[37] Articles L. 311-1-1 et D. 311, V du CASF.

[38] https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2018-10/fiche-repere-projet_personnalise_ehpad.pdf

[39] ANESM, Rapport sur l'enquête « *Bientraitance des personnes accueillies en établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes* », 2015, p. 15.

[40] Recommandations de bonnes pratiques sur « *L'accompagnement des personnes atteintes d'une maladie d'Alzheimer ou apparentée en établissement médico-social* » publiées par l'ANESM en février 2009.

[41] Concernant cet item spécifique, les écarts sont importants entre les EHPAD privés lucratifs (42 % réévaluent systématiquement les projets personnalisés sur ce motif) et les EHPAD publics hospitaliers (27%). Il en est de même lorsque les projets doivent être réévalués consécutivement à une modification des potentialités : 42 % des EHPAD privés lucratifs les réévaluent systématiquement sur ce motif, contre 26 % des EHPAD publics hospitaliers (ANESM, Rapport sur l'enquête « Bientraitance … », 2015, p. 16).

[42] GUILLAUME S., OR Z., « *La satisfaction des personnes âgées en termes de prise en charge médicale et coordination des soins : une approche qualitative exploratoire* », Question d'économie de la santé, n°2014, janvier 2016.

[43] Créé par le décret n° 2016-1164 du 26 août 2016 relatif aux conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

[44] Le taux d'encadrement est obtenu en rapportant les effectifs du personnel en équivalent temps plein (ETP) au nombre de résidents.

[45] Si tous les rapports récents (notamment l'étude publiée par la DREES, Des conditions de travail en EHPAD vécues comme difficiles par des personnels très engagés, septembre 2016) font état d'un personnel soignant très engagé et dévoué, leur épuisement est aujourd'hui évident et demande des réponses. En effet, l'association des directeurs au service des personnes âgées (AD-PA) estimait déjà en 2014 que 90% des EHPAD manquaient de personnel. P. CHAMPVERT réclame un ratio de 8 personnels « *tout compris* » (incluant entre autres cuisinier, directeur…) pour 10 résidents, contre une moyenne de 6 pour 10 sur l'ensemble des 8.000 EHPAD (CNCDH, Avis Agir contre les …, p. 23).

[46] « *(…) croire que les ratios actuels permettent et permettront de répondre à minima aux enjeux et aux atteintes, tant des usagers que du personnel, reviendrait à engager les EHPAD dans une impasse. Il faut significativement revoir à la hausse les effectifs soignants : tout le monde s'accorde aujourd'hui à la reconnaître* » (CNDEPAH, Les effectifs soignants en EHPAD : état de lieux et perspectives, décembre 2019). Le 30 janvier 2018, le personnel des EHPAD s'est mis en grève pour protester contre les conditions de travail dans leurs établissements et pour dénoncer une « *maltraitance institutionnelle* ». L'une des revendications était l'application d'un ratio d'un agent pour un résident, la moyenne étant actuellement de 0,6. Le personnel des EHPAD réclamait aussi l'abandon d'une réforme tarifaire initiée en 2017, qui prévoit d'aligner progressivement jusqu'en 2023 les dotations aux EHPAD publics et privés (CNDCH, Avis Agir contre les maltraitances du système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux, 22 mai 2018, p. 6).

[47] Plan de mobilisation nationale en faveur de l'attractivité des métiers du grand-âge, rapport établit par M. EL KHOMRI à la ministre des Solidarités et de la Santé, octobre 2019.

[48] Selon une enquête (UNIOPSS-URIOPSS, Enquête sur les difficultés de recrutement en établissements et services pour personnes âgées et personnes en situation de handicap, 28 octobre 2019), plus de la moitié des établissements et services médico-sociaux (ESMS) du secteur de l'âge et du handicap (54%) ont recours à des « *faisant fonction* » (professionnel réalisant une tâche pour laquelle il n'est pas diplômé) pendant l'été, en majorité pour des postes d'aides-soignants (68%). Alors qu'il est normalement interdit de faire appel à des « *faisant fonction* », les établissements sont souvent contraints d'y avoir recours « *faute de personnel suffisant* ». Indépendamment des difficultés en période estivale, 82,2% des répondants pointent des difficultés chroniques en matière de recrutement.

[49] Dans les EHPAD, le taux d'absentéisme médian (hors formation) atteint 10% en 2016, avec une valeur maximale à 13,5%. Dans les services d'aide à domicile, la médiane s'établit à 9,6% avec une valeur maximale à 16%. À titre de comparaison, la médiane nationale s'établit à 8,8% pour l'ensemble des établissements et services médico-sociaux, englobant les établissements et services pour les personnes en situation de handicap (source : tableau de bord de l'ANAP – Agence Nationale d'Appui à la Performance, juin 2018).

[50] Employées par les familles, les « *dames de compagnie* » sont des assistantes personnelles qui passent du temps avec la personne âgée et qui l'accompagnent au quotidien. Décision du Défenseur des droits n° 2019-318 du 30 décembre 2019.

[51] Selon le Recueil d'actions pour l'amélioration de l'alimentation en EHPAD des ministères de la Santé et de l'Agriculture, disponible sur : http://agriculture.gouv.fr/Ameliorer-l-offre-en-institution

[52] Article 30 CIDPH et 15 de la Charte sociale européenne.

[53] Article R. 232-3 du CASF.

[54] Selon ANESM, rapport de l'enquête « Bientraitance… », 2015, p. 17.

[55] Le PIDESC garantit dans son article 12-1 « *le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* ». La CIDPH énonce en son article 25 que les États parties « *reconnaissent que les personnes handicapées ont le droit de jouir du meilleur état de santé possible sans discrimination fondée sur le handicap* ». L'article 2 de la CESDH, qui protège le droit à la vie, impose aux États l'obligation non seulement de s'abstenir de causer la mort mais aussi de prendre des mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction. Enfin, la Charte sociale européenne indique en son article 23 que les parties s'engagent à prendre des mesures appropriées tendant à permettre aux personnes âgées d'avoir accès aux « *soins de santé et [aux] services que nécessiterait leur état* ».

[56] Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991.

[57] Arrêté du 5 septembre 2011 relatif à la commission de coordination gériatrique mentionnée au 3° de l'article D.312-158 du CASF et modifiant l'arrêté du 30 décembre 2010 fixant les modèles de contrats types devant être signés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral et intervenant au même titre dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

[58] Articles D.312-156 à D.312-159-1 du CASF ; décret n° 2019-714 du 5 juillet 2019 portant réforme du métier de médecin coordonnateur en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes ; arrêté du 25 novembre 2019 publié au Journal officiel du 12 décembre 2019.

[59] Décret n° 2010-1731 du 30 décembre 2010 relatif à l'intervention des professionnels de santé exerçant à titre libéral dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

[60] CE, 20 mars 2013, Syndicat des médecins d'Aix et région, Conseil national de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes et Conseil national de l'Ordre des médecins, n° 345885.

[61] Article L.1110-4 du CSP.

[62] Voir notamment l'arrêté du 6 avril 2011 sur le management de la qualité de la prise en charge médicamenteuse en établissement de santé.

[63] Afin d'étudier l'opportunité d'un texte règlementant cette activité, la Direction générale de la cohésion sociale (DGCS) a défini pour 3 ans une Orientation Nationale d'Inspection et Contrôle (ONIC) sur la qualité et la sécurité de la prise en charge médicamenteuse en EHPAD. Les étapes contrôlées sont : prescription, dispensation et préparation des médicaments, conditions de stockage, administration et suivi ainsi que des aspects plus généraux, comme la gouvernance de l'établissement, la démarche qualité et la gestion des événements indésirables.

[64] Décision du Défenseur des droits n° 2021-085 du 9 avril 2021.

[65] L'ANESM/HAS ont d'ailleurs réalisé un DLU simplifié (DLU 1015) pour une appropriation simplifiée par les professionnels des EHPAD et répondant aux besoins des urgentistes.

[66] Coignard, Carmen - (2018-07-02) / Université de Rennes 1 - L'environnement médico-social des personnes âgées institutionnalisées et son influence sur leur hygiène et leur santé orale: préparation d'un outil numérique sur ce thème. Disponible sur : https://syntheses.univ-rennes1.fr/search-theses/thematic-search.html?menuKey=theses-exercice&submenuKey=authors&id=coignard_carmen.

[67] Article L.1110-5 du CSP.

[68] Article L.1110-9 du CSP.

[69] Article L.1110-10 du CPS.

[70] Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

[71] Article L.1112-4 du CSP.

[72] Article L.1110-5-2 du CSP.

[73] Articles L.1110-5 et L.1111-4 du CSP.

[74] Article L.1111-11 du CSP.

[75] Articles R.1111-17 et suivants du CSP et l'arrêté du 3 août 2016 relatif au modèle de directives anticipées.

[76] Depuis la loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

[77] Selon l'ANESM, Rapport sur enquête « *Bientraitance…* », 2015, p. 32.

[78] IGAS, Rapport d'évaluation du plan national 2015-2018 pour le développement des soins palliatifs et l'accompagnement en fin de vie, juillet 2019.

[79] SFAP, Fin de vie en EHPAD : constat et recommandations, novembre 2019.

[80] Décision du Défenseur des droits n° MSP/2016-120 du 12 mai 2016.

[81] Art. 3 et 19 de la CIDPH.

[82] DC, 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure et DC, 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

[83] CE, ord. Réf., 9 janvier 2001, requête n°228928, Deperthes.

[84] CA Toulouse, 3e chambre, 1ère section, 26 juin 2007, n° 371.

[85] Organisée par l'ancienne Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES) – aujourd'hui rattachée à la HAS – et la Fédération Hospitalière de France (FHF).

[86] « *La protection juridique des majeurs vulnérables* », rapport du Défenseur des droits, 2016.

[87] « *Liberté d'aller et venir en EHPAD : mythe ou réalité ?* », 11e Congrès interrégional de la Fédération Hospitalière de France (FHF), le 9 novembre 2017.

[88] Décret n° 2016-1743 du 15 décembre 2016 relatif à l'annexe au contrat de séjour dans les établissements d'hébergement sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées.

[89] Outre ces mesures individuelles, l'article R. 311-37-1 du CASF autorise les établissements à prendre des mesures collectives. Ces dernières doivent figurer dans le règlement de fonctionnement de l'établissement et faire l'objet d'une réévaluation régulière en équipe pluridisciplinaire afin d'apprécier leur proportionnalité.

[90] La notice explicative comme l'article 1er du modèle d'annexe prévoit : « *cette annexe (…) est prise au regard des dispositions constitutionnelles garantissant la liberté d'aller et venir des personnes* ».

[91] Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017 : « *Dans sa décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 mentionnée ci-dessus, le Conseil constitutionnel a déclaré ces neuf alinéas de l'article 6 conformes à la Constitution. Il a jugé que tant par leur objet que par leur portée, ces dispositions ne comportent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution. Toutefois, il a également jugé que la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dans le cadre de l'assignation à résidence, fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution.* » ; voir également décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020 à propos de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions : « *33. En cas d'interdiction de toute sortie, les mesures de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement constituent une privation de liberté. Il en va de même lorsqu'elles imposent à l'intéressé de demeurer à son domicile ou dans son lieu d'hébergement pendant une plage horaire de plus de douze heures par jour (…) 41. La liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible.* ».

[92] Installé en février 2013 par Mme Michèle DELAUNAY, ministre déléguée chargée des Personnes âgées et de l'Autonomie.

[93] Dont la préservation de sa dignité, de sa vie privée, de son intégrité, de son intimité, de sa liberté d'aller et venir mais aussi de sa sécurité sur la base d'une identification et d'une prévention des risques qu'elle peut encourir du fait de ses troubles, une information adaptée à la capacité de discernement de la personne, l'homologation des solutions de géolocalisation, un avis médical favorable et la recherche du consentement de la personne, le contrôle de la CNIL pour la mise en œuvre du traitement des données à caractère personnel et l'évaluation périodique des solutions de géolocalisation.

[94] Bien que certains établissements médico-sociaux – ou sanitaires – utilisent aujourd'hui des appareils de suivi électroniques (bracelets, boîtiers, etc.) pour assurer la sécurité de personnes, la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur les conditions de légalité d'un tel recours.

[95] Art. 7 PIDCP ; art. 15 CIDPH ; art. 3 CESDH.

[96] CEDH, 15 sept. 2020, aff. 45439/18, Aggerholm c. Danemark.

[97] Le Défenseur des droits a émis un avis (avis n°2018-29 du 5 décembre 2018) sur le projet de protocole additionnel à la Convention sur la protection des droits de l'homme et la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux en matière de placement et de traitement involontaires (Oviedo) dans lequel il considère qu'en dépit de l'objectif recherché – à savoir prévenir le recours à des mesures abusives et arbitraires de placement ou de traitement involontaires – les solutions proposées s'avèrent, en pratique, inefficaces et sources d'abus. En effet, l'insertion de garanties dans les textes de loi n'empêche pas, en soi, les abus, puisque, même dans les pays où ces garanties sont déjà prévues juridiquement, comme c'est le cas de la France, des violations aux droits des personnes persistent.

[98] Lors des débats parlementaires pour la loi de modernisation de notre système de santé (loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016), l'amendement n° 85 qui portait sur le recours aux mesures de contention pour les personnes âgées et/ou handicapées a été rejeté à la demande du rapporteur de la commission des Affaires sociales du Sénat : « *Les mesures d'admission en chambre d'isolement et la contention ne peuvent être pratiquées, et c'est heureux, que dans des établissements de santé autorisés en psychiatrie et désignés par l'ARS pour assurer des soins psychiatriques sans consentement. Ces mesures ne peuvent être déclenchées que par une prescription d'un psychiatre, et pour une durée limitée. Cet encadrement juridique ne saurait être transposé tel quel, comme vous le souhaitez, ma chère collègue, au secteur médico-social pour la prise en charge de personnes handicapées ou de personnes âgées. Pour toutes ces raisons, la commission est extrêmement défavorable à cet amendement* ». (https://www.senat.fr/seances/s201509/s20150918/s20150918008.html)

[99] Article L.3222-5-1 du CSP : Dans le secteur sanitaire, ces pratiques de dernier recours doivent être prises sur décision d'un psychiatre, pour une durée limitée ; leur mise en œuvre doit faire l'objet d'une surveillance stricte confiée à des professionnels de santé désignés à cette fin. Pour chaque mesure d'isolement ou de contention, un registre doit être tenu et doit mentionner le nom du psychiatre ayant décidé cette mesure, sa date et son heure, sa durée et le nom des professionnels de santé l'ayant surveillée.

[100] ANESM, Concilier vie en collectivité et personnalisation de l'accueil et de l'accompagnement. Saint-Denis : ANESM, 2009, p. 12.

[101] CAA Nantes, 27 octobre 2011, SARL La Vallée Bleue, n° 10NT02061.

[102] Décision du Défenseur des droits n° MSP-2016-148 du 7 juin 2016.

[103] Le règlement européen sur la protection des données personnelles, dit RGPD (Règlement [UE] 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données) est entré en vigueur en mai 2018 et a modifié la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et décret n° 2019-536 du 29 mai 2019 pris pour l'application de la loi du 6 janvier 1978 précitée).

[104] https://www.cnil.fr/fr/videoprotection-quelles-sont-les-dispositions-applicables.

[105] Article 104 pour l'information des personnes concernées.

[106] Il est à noter, à titre comparatif, que l'emploi de la vidéosurveillance en milieu hospitalier, bien que courant, ne concerne généralement que les parties communes des établissements, tels les couloirs, les issues de secours, l'accueil, le quai de livraison, l'entrée principale et les accès aux zones sensibles (maternité et pharmacie par exemple). En revanche, le fait de filmer un patient dans sa chambre pour des raisons de sécurité se heurte aux restrictions légales et n'est pas autorisé sans son consentement. Décision du Défenseur des droits n° 2018-142 du 28 mai 2018.

[107] CE Ass., 19 avril 1991, Mme Babas, n° 117680 et CE Ass., 19 avril 1991, M. Belgacem, n° 107470.

[108] CJUE, C 528/13, 29 avril 2015 : S'agissant du principe de proportionnalité, il résulte de la jurisprudence de la Cour que les mesures prévues par la législation nationale ne doivent pas excéder les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par cette législation, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante de celles-ci et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux objectifs visés (voir arrêts ERG e.a., C 379/08 et C 380/08, EU:C:2010:127, point 86; Urbán, C 210/10, EU:C:2012:64, point 24, ainsi que Texdata Software, C 418/11, EU:C:2013:588, point 52).

[109] Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 ; le droit de propriété était déjà érigé en droit fondamental par la DDHC (articles 2 et 17).

[110] Médiateur de la République, A. KOSKAS, V. DESJARDINS, J.P. MEDIONI (2011). Rapport de la mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux. http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000089.pdf

[111] M. A. KOSKAS, audition relative aux maltraitances faites aux personnes âgées, novembre 2020.

[112] Décision n°2020-888 QPC du 12 mars 2021.

[113] PIDCP, art. 2, § 3 ; CESDH, art. 13 ; Charte des droits, art. 7.

[114] Le CVS, défini à l'article L.311-6 du CASF, a été créé par la loi du 2 janvier 2002 afin de renforcer les droits et la participation des résidents hébergés dans des établissements médico-sociaux. Voir aussi le décret n° 2004-287 du 25 mars 2004 relatif au CVS et aux autres formes de participation institués à l'article L. 311-6 du CASF et le décret n° 2005-1367 du 2 novembre 2005 portant modifications de certaines dispositions du CASF (partie réglementaire) relatives au CVS et aux autres formes de participation institués à l'article L. 311-6 du CASF.

[115] Décret n° 2003-1094 du 14 novembre 2003 relatif à la personne qualifiée mentionnée à l'article L.311-5 du CASF.

[116] Prévues aux articles L.1431-1 et suivants du CSP ainsi que L.313-13 et suivants du CASF.

[117] « *Les attitudes négatives observées dans le cadre de la mise en œuvre des procédures peuvent intimider les victimes ou les décourager de chercher à obtenir justice. Les procédures de signalement compliquées ou dégradantes, le fait d'orienter les victimes vers les services sociaux plutôt que vers des voies de recours et le comportement méprisant de la police ou des membres d'autres organes chargés de faire appliquer la loi sont des exemples de ces attitudes négatives. Cela peut favoriser l'impunité et l'invisibilité du problème, et, partant, faire que les violences continuent d'être infligées sur de longues périodes. Les [personnes] handicapées peuvent également craindre que, si elles se plaignent de la violence, de l'exploitation ou de la maltraitance dont elles font l'objet, elles ne puissent plus bénéficier de l'appui des aidants, dont elles ont besoin* » (CRPD, Observation générale n° 3 (2016) sur les femmes et filles handicapées, § 52).

[118] Seules 5 condamnations ont été prononcées en 2016 à l'encontre de personnes physiques pour non dénonciation de mauvais traitements sur des personnes vulnérables (HCFEA/CNCPH, Commission pour la promotion de la bientraitance et la lutte contre la maltraitance présidée par Denis PIVETEAU, « *Note d'orientation pour une action globale d'appui à la bientraitance dans l'aide à l'autonomie* », janvier 2019). Voir également sur la condamnation d'un médecin pour délit d'omission d'empêcher une infraction : Cour de cassation, 23 octobre 2013.

[119] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « *loi Sapin II* »).

[120] Article L.313-24 du CASF.

[121] Article 226-14 du code pénal.

[122] La maltraitance comporte souvent, dans une même manifestation, plusieurs phénomènes ayant des ressorts différents (malveillance et ignorance, agression et consentement, effet de structure et méchanceté personnelle…). Le propre de la maltraitance est d'être une violence cachée, silencieuse et personne ne connaît vraiment l'ampleur et les formes de ce phénomène aujourd'hui. Ainsi, dans la ligne de la Commission pour la promotion de la bientraitance et la lutte contre la maltraitance, trois axes d'action sont à privilégier dans la lutte contre ce phénomène : comprendre, réagir et prévenir (HCFEA/CNCPH, « *Note d'orientation…* », janvier 2019).

[123] Rapport d'activité de l'Observatoire national des violences en milieu de santé (ONVS), 2019.

[124] Malgré les potentialités de ce régime de protection considéré comme l'un des meilleurs en Europe, le Défenseur des droits constate qu'il est insuffisant. Rapport annuel d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2019, p. 73. L'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 14 février 2019 sur une ordonnance de référé du conseil des prud'hommes illustre les incertitudes dans lesquelles sont placés les lanceurs d'alerte et les risques qu'ils encourent.

[125] Voir également l'article R.331-8 du CASF et l'arrêté du 28 décembre 2016 qui précise la liste des dysfonctionnements et évènements devant faire l'objet d'un signalement par l'établissement. Le Défenseur des droits déplore l'absence de priorisation selon la gravité de l'incident qui pourrait avoir un effet négatif non seulement sur les pratiques des établissements mais également sur le traitement des données recueillies.

[126] Ces articles ont été modifiés par la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement. L'exposé des motifs de cette loi précise que ce dispositif de signalement vise plus particulièrement les cas de maltraitance.

[127] Voir en complément les articles R.1413-6 et suivants du CSP, le décret du 25 novembre 2016 et l'instruction DGS/PP1/DGOS/PF2/DGCS/2A/2017/58 du 17 février 2017.

[128] L'enquête du Défenseur des droits auprès des ministères, régions, départements et des trente plus grandes villes de France a montré que moins de 30% des employeurs publics ont mis en place des procédures de recueil des signalements, pourtant obligatoires depuis le 1er janvier 2018.

[129] Il n'existe pas aujourd'hui de système d'information commun permettant le recueil et le suivi des informations, ainsi que leur communication entre les différents partenaires (Voir Rapport d'évaluation de l'expérimentation d'une coordination départementale de recueil et de traitement des informations préoccupantes relatives aux personnes âgées et aux personnes handicapées, établi par Eneis Conseil, 2015).

[130] Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale. Art. L.312-8 du CASF et le décret 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, notamment l'annexe 3-10.

[131] IGAS, Le dispositif d'évaluation interne et externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux, rapport établi par C. HESSE et T. LECONTE, juin 2017.

[132] Loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé.

[133] Art. L.313-13 et suivants ainsi que L.331-1.

[134] Selon l'article L.1431-2 du CSP, les ARS organisent l'appui à la qualité des soins et à la sécurité des patients. Ainsi, les articles R.1413-59 et suivants du même code leur confèrent un rôle central dans la coordination et la gestion du traitement des signalements au niveau régional ainsi que dans la veille de la mise en œuvre de mesures correctives ou préventives.

[135] Décret n° 2019-1382 du 17 décembre 2019 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2018-22 du 17 janvier 2018 relative au contrôle de la mise en œuvre des dispositions du code de l'action sociale et des familles et de l'article L. 412-2 du code du tourisme et aux suites de ce contrôle.

[136] Ils sont également soumis au contrôle des membres de l'IGAS (articles L.331-1 et suivants du CASF) et de la Cour des comptes (article L.111-8-3 du code des juridictions financières). La HAS, en tant qu'héritière des compétences de l'ancienne ANESM, a un rôle dans la qualité et la certification des établissements (article L.161-37 du code de la sécurité sociale).

[137] L'article L.313-1 du CASF prévoit que « *le renouvellement, total ou partiel, de l'autorisation est exclusivement subordonné aux résultats de l'évaluation externe* ». En pratique, le rapport d'évaluation externe a peu d'incidence sur ce renouvellement, lequel est, dans la grande majorité des cas, tacite. S'agissant du conseil départemental, il peut procéder à un retrait de l'habilitation à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale prévu par l'article L.313-9 du CASF. Mais là encore, la procédure de retrait de ces habilitations est très encadrée et l'inadaptation ou la défaillance de la prise en charge des personnes accueillies n'est pas un motif permettant de retirer une habilitation.

[138] Le cadre normatif est détaillé en annexe.

[139] Cette analyse juridique intervenant alors que la pandémie est encore active à ce jour, le choix a été fait de la circonscrire aux saisines reçues par le Défenseur des droits au cours de l'année 2020. Les saisines reçues au cours du premier trimestre 2021, ainsi que l'actualisation du cadre juridique et des recommandations survenues à cette période ont également été pris en compte mais n'ont pas pu faire l'objet d'une analyse approfondie compte-tenu de leur nombre et du temps d'instruction nécessaire. Néanmoins, il est apparu indispensable de dresser sans tarder cette analyse eu égard au caractère inédit de la crise sanitaire, de ses conséquences sur les droits et libertés des résidents en EHPAD, de la mise en place de la campagne vaccinale et des assouplissements consécutifs.

[140] Articles L. 3131-15 et suivants du CSP.

[141] Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

[142] Par décret, pris sur rapport du ministre chargé de la Santé - cf. article L. 3131-15 du CSP.

[143] Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

[144] Décret n° 2020-545 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

[145] Au cours de l'état d'urgence sanitaire applicable du 23 mars au 10 juillet 2020, le ministre chargé de la Santé a pris un arrêté en date du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, qui régit le système de santé et l'accès aux médicaments, mais ne portent pas sur l'organisation des établissements médico-sociaux.

[146] Dans sa version modifiée par l'ordonnance 2020-737 du 17 avril 2020, l'ordonnance est applicable jusqu'au 10 octobre 2020 inclus, et les mesures prises en application, prennent fin trois mois au plus tard après cette date.

[147] C'est notamment le cas de l'article L. 311-7 du CASF régissant le règlement de fonctionnement. Il en va de même concernant celles relatives au contrat de séjour prévu à l'article L. 311-4 du CASF.

[148] https://solidarites-sante.gouv.fr/soins-et-maladies/maladies/maladies-infectieuses/coronavirus/professionnels-du-social-et-medico-social/

[149] CE 27 mai 1987, n° 83292, SA « *Laboratoires Goupil* », Lebon.

[150] CE 26 sept. 2005, n° 270234, Conseil national de l'ordre des médecins, Lebon ; CE 13 juill. 2007, n° 294195, Société « *Editions Tissot* », Lebon.

[151] CE, 18 décembre 2002, Mme Duvignères ; CE, 19 juin 1985, Commune de Bouguenais ; CE, 23 septembre 1983 Association Information Défense Action Retraite ; CE 4 février 2015, Ministre de l'intérieur, n° 383267.

[152] CE, Sect., 12 juin 2020, n° 418142, GISTI.

[153] Décret n° 2016-1743 du 15 décembre 2016 relatif à l'annexe au contrat de séjour dans les établissements d'hébergement sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées.

[154] Articles L. 311-7 et R. 311-33 du CASF : « *Le règlement de fonctionnement est arrêté par l'instance compétente de l'organisme gestionnaire, après consultation des instances représentatives du personnel de l'établissement ou du service et du conseil de la vie sociale ou des autres instances de participation instituées en application de l'article L. 311-6. Il est modifié selon une périodicité qu'il prévoit. Celle-ci ne peut être supérieure à cinq ans.* ».

[155] Comme le rappelle le rapport du Sénat, dans sa déclaration du 28 avril 2020 devant l'Assemblée nationale, le Premier ministre dessinait les contours d'une politique d'isolement ambitieuse, mais résolument détournée de la contrainte : « *l'isolement doit être expliqué, consenti et accompagné. Notre politique repose, à cet égard, sur la responsabilité individuelle et sur la conscience que chacun doit avoir de ses devoirs à l'égard des autres. Nous prévoirons des dispositifs de contrôle, au cas où ils seraient nécessaires, mais notre objectif est de nous reposer largement sur le civisme de chacun* ».

[156] Consignes relatives à l'organisation des établissements pour personnes âgées pendant la période des fêtes de fin d'année datées du 11 décembre 2020.

[157] https://www.service-public.fr/particuliers/actualites/A14557

[158] Santé publique France, point épidémiologique hebdomadaire du 4 mars 2021.

[159] Santé publique France, Point épidémiologique hebdomadaire n° 58 du 08 avril 2021.

[160] CE, Ord. 3 mars 2021, n°449759, paragraphe n°7.

[161] CE, Ord. 3 mars 2021, n°449759, paragraphe n°11.

[162] Adaptation des mesures de protection dans les établissements médico-sociaux accueillant des personnes âgées et dans les USLD face à la propagation de nouvelles variantes du SARS-COV-2, datée du 5 mars 2021 ; Allègement post vaccinal des mesures de protection dans les EHPAD et dans les USLD, daté du 12 mars 2021.

[163] L'IGAS a rappelé depuis 2007 que ce terme peut être employé de manière appropriée uniquement pour des personnes mineures. En effet, la seule obligation des résidents issue du règlement intérieur et du contrat de séjour est de signaler leur départ et l'heure prévisible de leur retour.

[164] Voir par ex. les consignes de l'ARS des Hauts-de-France à compter du 25 septembre 2020 qui interdisent les sorties collectives et individuelles « *sauf raison impérieuse incluant le suivi médical des patients* ».

[165] Décret n° 2020-384 du 1er avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

[166] Décret n°2020-545 du 11 mai 2020.

[167] CE, 22 décembre 2020, n°439804.

[168] Saisine par un médecin contre certaines directives reçues de son conseil départemental de l'Ordre des médecins ; saisines individuelles ; refus d'accès aux établissement relayé par le Conseil national de l'ordre des médecins kinésithérapeutes.

[169] Encore, lorsqu'elles ont accès à un téléphone personnel, ou à une connexion internet, ces personnes ne disposent pas nécessairement de la capacité d'utiliser seules ces appareils. L'attention de l'autorité a été appelée sur l'absence de connexion à internet dans les EHPAD, et de l'isolement qui en résulte particulièrement dans le cadre de cette crise sanitaire.

[170] Source : notamment le rapport d'information de la commission d'enquête du Sénat ayant réalisé une évaluation des politiques publiques faces aux grandes pandémies, et en particulier à la gestion de la pandémie de Covid-19.

[171] Rapport n°199 de la commission d'enquête du Sénat pour l'évaluation des politiques publiques face aux grandes pandémies à la lumière de la crise sanitaire de Covid-19 et de sa gestion, en date du 8 décembre 2020, ci-après dénommé « *Rapport d'information du Sénat* ».

[172] Rapport d'information du Sénat.

[173] Ibidem.

[174] Ibidem.

[175] Ibidem.

[176] Cf. Revue des droits de l'homme, « *Un colosse aux pieds d'argiles – les fondements juridiques de l'urgence sanitaire* », Vincent SIZAIRE ; citant l'arrêté du 31 janvier 2020 « *relatif à la situation des personnes ayant séjourné dans une zone atteinte par l'épidémie de virus 19-nCov* » JORF n°0026 du 31 janvier 2021, n°30.

[177] Arrêté du ministère des solidarités et de la santé des 4 mars 2020, JORD n°0055.

[178] Arrêté du 6 mars 2020 « *portant restriction de visite aux patients et personnes hébergées dans les établissements de santé et certaines catégories d'établissements sociaux et médico-sociaux du département du Haut-Rhin* » Arrêté n°BDSC-2020-66-03 – non consultable sur le site internet de la préfecture.

[179] Arrêté du ministère de la santé « *portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus de Covid-19* », JORF n°0064 du 15 mars 2020.

[180] Décret n°2020-260 du 16 mars 2020.

[181] Décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

[182] Décret 2020-1505 du 2 décembre 2020 modifiant les décrets n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

[183] Loi n° 2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire.

[184] Décret n°2020-260 du 16 mars 2020.

[185] Déclaration de l'état d'urgence sanitaire par décret en conseil des ministres pour une durée maximale d'un mois.

[186] Par décret, pris sur rapport du ministre chargé de la Santé - cf. article L.3131-15 CSP.

[187] Dans sa version modifiée par l'ordonnance 2020-737 du 17 avril 2020, l'ordonnance est applicable jusqu'au 10 octobre 2020 inclus, et les mesures prises en application, prennent fin trois mois au plus tard après cette date.

[188] Articles L.3131-8 et suivants du CSP.

[189] Loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.

[190] Article L.3131-1 CSP.

[191] Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

[192] Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

[193] Décret n° 2020-545 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

[194] Au cours de l'état d'urgence sanitaire applicable du 23 mars au 10 juillet 2020, le ministre chargé de la Santé a pris un arrêté en date du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, qui régit le système de santé et l'accès aux médicaments, mais ne portent pas sur l'organisation des établissements médico-sociaux.

[195] Décret du ministère des Solidarités et de la Santé n°2020-548 du 1er mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

[196] Décret n°2020-663 du 31 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

[197] Dans ces versions ultérieures, et notamment dans la version applicable en décembre 2020, il inclut des mesures relatives à l'hospitalisation à domicile ou la vaccination qui peuvent concerner les établissements médico-sociaux.

[198] Décret n°2020-1310 du 29 octobre 2020, des mesures plus restrictives ont été adoptées, confinant la population métropolitaine jusqu'au 15 décembre 2020.

[199] Loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.

—

Défenseur des droits

TSA 90716 - 75334 Paris Cedex 07

Tél. : 09 69 39 00 00

defenseurdesdroits.fr

—

Toutes nos actualités :

defenseurdesdroits.fr

Défenseurdesdroits

République Française

© 05-2021 | Défenseur des droits