

THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE DE RENNES

ECOLE DOCTORALE N° 599
Droit et Science politique

Spécialité : *Droit*

Par

Serge PRIOL

**L'effectivité des droits français et belge en établissement social
et médico-social à l'aune d'une approche inclusive du handicap**

Thèse présentée et soutenue à Rennes, le 9 juillet 2024

Unité de recherche : INSTITUT DE L'OUEST : DROIT EUROPE (IODE) – UMR CNRS 6262

Rapporteurs avant soutenance :

Aline VIGNON - BARRAULT	Professeur de droit privé et sciences criminelles, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université d'Angers
Gilles RAOUL-CORMEIL	Professeur de droit privé et sciences criminelles, UFR de droit, administration économique et sociale et administration publique, Université de Caen Normandie

Composition du Jury :

Examineurs :

Cyril DESJEUX
Gilles HUTEAU
Gilles RAOUL-CORMEIL

Directeur scientifique, Groupe HANDEO
Professeur, de l'Ecole des hautes études en santé publique
Professeur de droit privé et sciences criminelles, UFR de droit, administration économique et sociale et administration publique, Université de Caen Normandie
Professeur de droit privé et sciences criminelles, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université d'Angers

Aline VIGNON - BARRAULT

Directrice de thèse :

Sylvie MOISDON-CHATAIGNER

Professeur de droit privé et sciences criminelles, Faculté de droit et de science politique de Rennes, Université de Rennes

L'université de Rennes n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A ma femme Sylvie, sans laquelle cette recherche n'aurait pu aboutir. Elle a fait preuve d'une grande patience et d'un soutien fort.

A mes enfants Ludivine, Julien, Romain, pour leurs encouragements et leur soutien.

A Léo pour son accompagnement.

J'adresse également mes remerciements à ma Directrice de thèse, Madame Sylvie Moisdon Chataigner, pour avoir accompagné et guidé mon travail de recherche. Son soutien et ses conseils ont été précieux.

J'adresse mes remerciements à Mesdames Sylvie Hennion et Emmanuelle Fillion pour avoir participé à mon comité de suivi individuel.

Sommaire

PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS	5
INTRODUCTION.....	8
PARTIE 1 : L'EFFECTIVITE ENTENDUE DANS UNE VISEE DESCENDANTE DE DIFFUSION DU DROIT	63
TITRE 1 : UNE CONGRUENCE DES OBJECTIFS ENTRE DROITS NATIONAUX ET INTERNATIONAUX	65
<i>Chapitre 1 : L'effectivité des droits à l'aune des textes nationaux</i>	<i>67</i>
<i>Chapitre 2 : L'effectivité des droits à l'aune des textes européens</i>	<i>193</i>
TITRE 2 : LES « DROITS VENUS D'AILLEURS », SOFT LAW ONU SIENS DE PROTECTION DES PERSONNES HANDICAPEES.....	269
<i>Chapitre 1 : Le handicap, une question de droits de l'homme traitée par l'Organisation des Nations Unies</i>	<i>271</i>
<i>Chapitre 2 : La mobilisation de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, suivi et limites de sa mise en œuvre</i>	<i>322</i>
PARTIE 2 : L'EFFECTIVITE ENTENDUE DANS UNE VISEE ASCENDANTE D'APPROPRIATION DU DROIT	403
TITRE 1 : L'ACCULTURATION INDIVIDUELLE ET LA PROTECTION DES ACTEURS, UNE VOIE INTERNE D'EFFECTIVITE	405
<i>Chapitre 1 : Le droit de la responsabilité et la promotion d'un nouveau paradigme.....</i>	<i>407</i>
<i>Chapitre 2 : Les délégations de pouvoirs en établissement, une clarification des responsabilités</i>	<i>531</i>
TITRE 2 : LA PROMOTION DES ACTIONS COLLECTIVES FRANCO-BELGES POUR LA DEFENSE DES DROITS ..	571
<i>Chapitre 1 : La promotion des réclamations auprès du Conseil de l'Europe</i>	<i>576</i>
<i>Chapitre 2 : Une action franco-belge de plaidoyer</i>	<i>599</i>
BIBLIOGRAPHIE.....	670
INDEX	697
TABLE DES ANNEXES	712

Principaux sigles et abréviations

AL.	Alinéa
ANCREAI	Association nationale des centres régionaux d'études, d'actions et d'informations en faveur des personnes en situation de vulnérabilité
ANESM	L'agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux
APF	Association des paralysés de France
ARS	Agence régionale de santé
CA	Cour d'appel
CAA	Cour d'appel administrative
CASF	Code de l'action sociale et des familles
C.cass.	Cour de cassation
C.cass.Ass.pl.	Cour de cassation assemblée plénière
C.cass.civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
C.cass.crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CCNE	Comité Consultatif National d'Ethique
CE	Conseil d'État
Conv.EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CIDPH	Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées
CIH	Comité interministériel du handicap
CJCE	Cour de justice des communautés européenne
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CLAPEAHA	Comité de liaison et d'action des parents d'enfants et d'adultes atteints de handicaps associés
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNCPH	Conseil national consultatif des personnes handicapées
CNDS	Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité
CNH	Conférence nationale du handicap

CNS	Conférence nationale de santé
CNSA	Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie
COCOF	Commission communautaire française de la région de Bruxelles-Capitale
C. pén.	Code pénal
CSE	Comité social économique
CSP	Code de la santé publique
C. Trav.	Cour du travail
CVS	Conseil de la vie sociale
CWASS	Code wallon de l'action sociale et de la santé
DIPC	Document individuel de prise en charge
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
EDF	Forum européen des personnes handicapées
EHESP	École des hautes études en santé publique
EHPAD	Établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes
ESAT	Établissements ou services d'aide par le travail
ESSMS	Établissements et services sociaux et médico-sociaux
FALC	Facile à lire et à comprendre
FAM	Foyer d'accueil médicalisé
FNATH	Fédération nationale des accidentés du travail et des handicapés
HAS	Haute autorité de santé
HCSP	Haut conseil de santé publique
IFDH	Institut fédéral pour la Promotion des Droits Humains
IGAS	Inspection générale des affaires sociales
IGEN	Inspection générale de l'éducation nationale
IGF	Inspection générale des finances
INDH	Institution française de promotion et de protection des droits de l'homme
INSERM	Institut national de la santé et de la recherche médicale
MALD	Maisons d'accueil de longue durée
MAS	Maison d'accueil spécialisée
MDAC	Centre de défense des droits des personnes handicapées mentales

MDPH	Maison départementale des personnes handicapées
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
PAR.	Paragraphe
PAS.	Pasicrisie
SA	Société anonyme
SAF	Services d'accompagnement familial
SAFAE	Services agréés dont le financement dépend d'une autorité étrangère
SAPC	Services autorisés à prendre en charge
SAN	Services non agréé
SARL	Société à responsabilité limitée
SERAFIN-PH	Services et établissements : réforme pour une adéquation des financements aux parcours des personnes handicapées
SHNA	Structures d'hébergement non agréées
SLS	Services de logements supervisés
SAMSHE	Services d'accompagnement pour une mission spécialisée en « habitat encadré »
SPRL	Société privée à responsabilité limitée
SRA	Services résidentiels pour adultes
SRNA	Services résidentiels de nuit pour adultes
SRJ	Services résidentiels pour jeunes
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TSA	Trouble du spectre de l'autisme
UNAF	Union nationale des associations familiales
UNAFAM	Union nationale des amis et familles de malades psychiques
UNAPEI	Union nationale des associations de parents, de personnes handicapées mentales et de leurs amis
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
URAPEI	Union régionale des associations de parents, de personnes handicapées mentales, et de leurs amis

« [...] il est indispensable de donner à ces instruments une force et une effectivité réelles.

A défaut, les droits humains peuvent être perçus comme une illusion, sinon comme une imposture, pour les personnes en situation de handicap qui ressentent dans leur vie quotidienne les multiples obstacles de fait à l'exercice de leurs droits, parfois les plus élémentaires.

Le droit et les droits fondamentaux sont des ressources qui ne s'usent que si on ne s'en sert pas ».

Françoise Tulkens¹

« [...] la loi qui consacre une liberté [...] c'est comme une fenêtre ouverte : même si l'on n'a pas la tentation de s'évader, on respire mieux. »

Jean Carbonnier²

« J'ai vécu toute ma vie sous un régime communiste, et je peux vous dire qu'une société sans référent légal objectif est particulièrement terrible. Mais une société basée sur la lettre de la loi, et n'allant pas plus loin, échoue à déployer à son avantage le large champ des possibilités humaines. [...] Quand la vie est toute entière tissée de relations legalistes, il s'en dégage une atmosphère de médiocrité spirituelle qui paralyse les élans les plus nobles de l'homme »

Alexandre Soljenitsyne³

« Le plus commun des phénomènes dans les institutions est bien l'asphyxie lente des esprits que l'absence d'occasion de réflexion et de prise de hauteur vient sceller »

Alice Casagrande⁴

« [...] nous pensons que la loi, héritage de la Révolution, peut tout. Or, dans le champ du handicap, le recours systématique à la loi ne fonctionne pas. »

Sophie Cluzel⁵

Introduction

1. Un acte de naissance, l'inscription d'un enfant à l'école, un premier contrat de travail, l'achat ou la location d'un bien immobilier, constituent autant d'actes qui jalonnent la vie quotidienne et qui nous rappellent que « nous vivons sous l'empire du droit »⁶. Cette situation génère des réactions différentes et parfois antagonistes. Pour certains, le droit constitue un frein à l'activité économique et à l'initiative privée, pour d'autres au contraire, il représente une

¹ HACHEZ I., VRIELINK J., *Les grands arrêts en matière de handicap*, Larcier, 2020.

² CARBONNIER J., *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} édition, 2014, p.139.

³ SOLJENITSYNE A., *Le Déclin du courage, discours de Harvard*, Les Belles Lettres, 2014.

⁴ CASAGRANDE A., *Ce que la maltraitance nous enseigne, Difficile bientraitance*, Paris, Dunod, Coll. Santé Social, 2012.

⁵ CLUZEL S., *Politique du handicap pour une société inclusive*, Fondation pour l'innovation politique, fondapol.org, Avril 2019, p. 13.

⁶ TROPER M., *La philosophie du droit*, 4e éd. Mise à jour. Que sais-je ? N° 857. Paris : PUF, 2015, p.3

protection des libertés individuelles et la garantie d'une vie apaisée en société. Trop de droit pour les uns, pas assez de droit pour les autres, le débat traverse la société et rassemble des défenseurs à parts égales. Le champ médico-social n'échappe pas à la controverse et la crise sanitaire de 2020 a mis en évidence la question de la place du droit. Et chaque acteur en activité pendant cette période, de se demander comment peut-on répondre rapidement à une difficulté sanitaire imprévue lorsque le droit n'offre pas une voie pour orienter les actions ? Les acteurs se sont figés devant une situation nouvelle et mobile dont les ressorts restaient à découvrir. Pour les pouvoirs publics, la production de normes a constitué une réponse, jugée idoine, afin que les actions de chacun préservent la santé de tous. Chaque direction d'établissement en poste pendant cette période de crise sanitaire, a été confrontée à une double sidération. Sidération en lien direct avec la crise, tout d'abord, car cette situation était nouvelle et les directions ont rapidement compris qu'elles seraient seules pour assurer la continuité du service. Sidération en lien avec la vacuité des réponses des pouvoirs publics, ensuite, ces derniers ayant vite constaté qu'aucun texte n'encadrerait efficacement la crise sanitaire et que les réponses restaient à inventer. Après quelques semaines d'hésitations, la solution a été recherchée dans la production de normes granulaires. Les circulaires ont laissé la place aux instructions, elles-mêmes complétées par des notes d'informations, dans le but de prévenir chaque situation et de rassurer chacun. Le besoin rapide de solutions et la peur de mise en cause de la responsabilité, ont donc orienté les pouvoirs publics vers une création de normes au détriment de lois qui nécessitent plus de temps et mobilisent plus d'acteurs. Cette tendance inflationniste a poussé certains auteurs à se demander, « *trop de droit tue-t-il le droit ?* »⁷. De la même manière, le Conseil d'État s'était interrogé, à plusieurs reprises, sur les conséquences de la multiplication de textes de loi, et avait conclu que « *lorsque la loi bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite* »⁸.

2. Du point de vue du droit, la crise sanitaire aura servi de révélateur à plusieurs endroits. Avec du décalage, les administrations publiques locales ont suivi les directives nationales en produisant du droit « *d'application immédiate* »⁹ pour les établissements. Les familles ont accepté que la liberté d'aller et venir connaisse des limitations pour sauvegarder la santé de leur

⁷ PATURET JB., *Trop de droit tue-t-il le droit ?* Érès, Empan, 2019/3, n°115, p.15.

⁸ Il s'agit d'une expression extraite d'un rapport du Conseil d'État de 1991 sur la place du droit dans la société et les risques de l'inflation législative.

⁹ Cette mention figurait sur chaque texte que les établissements étaient chargés de mettre en œuvre. L'objectif était de combler rapidement chaque situation encore méconnue du droit.

proche porteur de handicap. Enfin, les directions ont « piloté » les établissements en essayant de concilier la santé des personnes, le respect de leurs droits et les risques quotidiens induits par la situation. Il est encore trop tôt pour dresser un tableau exhaustif des conséquences de la crise sanitaire sur l'application du droit en établissement. Néanmoins, cette période trouble et instable du point de vue sanitaire, l'a également été du point de vue du droit, nombre de direction se plaçant hors du cadre juridique habituel d'action. Notre travail de recherche part donc du constat de la prégnance du droit dans le champ du handicap par « *temps calme* » comme par « *temps de tempête sanitaire* ». Toutefois, nous avons souhaité dépasser une approche binaire de la place du droit dans la société, pour interroger plus avant la thématique de l'effectivité du droit dans le champ médico-social et celle du droit de la responsabilité en établissement. Il ne suffit pas de se demander s'il y a « *trop de droit ou pas assez de droit* », mais surtout, de savoir si le droit est effectif. D'emblée, il nous semble important de définir ce que recouvre le terme d'effectivité, afin d'éviter d'ajouter un mot supplémentaire au dictionnaire du secteur médico-social, sans se soucier de son exact périmètre.

Efficacité, efficience, effectivité du droit, un besoin de définition :

3. Pour appréhender complètement la notion d'effectivité du droit, il est indispensable de s'arrêter sur sa définition. La situation du champ médico-social mérite une attention particulière dans la mesure où un même établissement agrège plusieurs professions différentes pour lesquelles un même mot peut revêtir plusieurs sens. Tout le monde les utilise sans qu'ils recouvrent la même signification pour tous. L'exemple des termes « *autonomie* » et « *dépendance* » illustre bien cette ambiguïté et ce besoin de s'entendre sur les termes. Souvent, les réunions pointent des situations de dépendance qui sont en réalité une preuve d'hétéronomie et inversement. Face à ce phénomène, il faut que les directions prévoient des temps de formation et d'acculturation afin que tous les acteurs parlent la même langue¹⁰. Notre travail de recherche a mis en exergue ce besoin de définition commune des termes utilisés. Que signifie exactement le terme « *inclusion* » ? telle est la question qui nécessite une forme de consensus. Le substantif « *effectivité* » requiert la même démarche d'explication, de manière à ce l'on ne se contente pas d'une rhétorique pour décrire une situation juridique.

¹⁰ CAMUS A., *Mal nommer les choses, c'est ajouter au malheur du monde*, Œuvres complètes, Volume 1, p. 908.

4. Faisons les premiers pas en suivant J. CARBONNIER¹¹ dans sa définition de l'effectivité, qui nous invite à considérer d'un côté le « *droit dogmatique* » et, de l'autre, la sociologie juridique. Dans l'hypothèse du « *droit dogmatique* », on considère la règle de droit dès qu'elle est adoptée conformément à la Constitution. Dans cette vision impérative du droit, l'application ou l'absence d'application de la règle de droit n'a pas d'impact sur son effectivité. Le texte étant régulièrement promulgué, les difficultés pour le faire vivre sont simplement le signe d'un dysfonctionnement du pouvoir. Et J. CARBONNIER de poursuivre sa démonstration en affirmant que « *l'effectivité n'appartient pas à la règle de droit* ». Pour autant, A. JEAMMAUD insiste sur le fait que l'effectivité est « *un objet d'indispensable inquiétude pour les juristes soucieux de convaincre qu'ils ne s'enferment pas dans 'l'univers abstrait des règles' et sont attentifs à l'inscription de celles-ci dans les pratiques sociales* »¹². L'hypothèse de la sociologie juridique nous éloigne d'une vision strictement impérative ou répressive du droit, pour nous inviter à analyser l'effectivité du droit à l'aune de ses effets dans la sphère sociale, qu'ils soient désirés ou non, symboliques ou concrets, juridiques ou non. Cette seconde hypothèse bouleverse la vision que les directions peuvent avoir du droit en établissement. En effet, trop souvent, une direction d'établissement va considérer que le respect d'un texte, souvent d'origine nationale, suffit à justifier de son effectivité. Ce faisant, on se concentre sur une visée impérative du droit dans les établissements.

5. Poursuivons l'effort de définition des termes plus avant. Le dictionnaire *Larousse* propose une définition simple de l'effectivité, dans la mesure où il s'agit du caractère de ce qui est effectif, dont la réalité est incontestable et qui produit un effet réel. En marge de cette définition, il est mentionné l'impact du droit international¹³ dans l'approche de l'effectivité qui permet de déterminer l'appartenance d'un territoire en fonction de son occupation réelle par un

¹¹ CARBONNIER J., *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ Lextenso éditions, 10^{ème} Édition, 2014, p.136.

¹² JEAMMAUD A., *Le concept d'effectivité du droit*, in Philippe AUVERGNON (dir.), « L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ? », Actes du Séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, COMPTRASEC, 2006, p. 34

¹³ [En ligne], Disponible à l'adresse : [Définitions : effectivité - Dictionnaire de français Larousse, \[Consulté le 27 septembre 2022\]](#), [Consulté le 27 septembre 2022].

Le Dictionnaire *Larousse* indique que le principe de droit international suivant lequel une situation n'est opposable aux tiers que si elle présente un degré suffisant de réalité. L'effectivité est le critère essentiel de l'occupation d'un territoire, une condition d'opposabilité de la nationalité [*notamment dans les cas de naturalisation*] et de validité de la reconnaissance d'État.

État¹⁴. Le mot « *effectif* » nous oblige à faire un détour par le latin qui offre deux significations différentes¹⁵. D'un côté le mot « *effectivité* » évoque ce qui est fait et, de l'autre, ce qui produit un effet. Partant, le latin propose une définition qui met en rapport un état statique et un état en devenir de l'effectivité.

6. Concernant le travail de clarification du terme d'effectivité, il paraît également important de le différencier de ses « *faux amis* », à savoir l'efficacité et l'efficience. Par efficacité de la règle de droit, on évoque un texte qui a atteint le but qui lui est assigné. L'efficience d'un texte est regardée différemment, dans la mesure où il s'agit ici de mesurer son effet produit au regard des moyens mis à disposition. Efficacité, efficience, effectivité, ces trois mots recouvrent donc des états divers et des réalités différentes. Lorsqu'on évoque l'effectivité du droit, on cherche à mesurer quel est l'effet du droit sur la réalité vécue par les citoyens, quel est son impact sur les pratiques sociales¹⁶ ?. Le substantif « *effectivité* » est entré dans la sphère du vocabulaire juridique par l'intermédiaire de la sociologie. Dans le cadre de nos travaux, ce terme nous invite à nous interroger sur la pénétration et sur l'impact du droit sur la société. Rapidement, on est saisi par l'entrée de la sphère sociale dans celle du droit, ce dernier n'étant regardé qu'à l'aune de son impact sur la société¹⁷. Notre recherche s'intéresse donc à l'approche sociologique de l'effectivité qui interroge les dynamiques permettant au droit de pénétrer la société, au-delà de sa simple production. Pour parvenir à identifier clairement les

¹⁴ Dans un rapport publié dans l'Annuaire de l'Institut de droit international en 1877 (F. de Martitz « Examen de la théorie de la conférence de Berlin de 1885 sur l'occupation des territoires »). Le terme d'effectivité est utilisé dans le cadre de l'appréciation juridique de la réalité de l'occupation d'un territoire.

¹⁵ BRIMO S., PAUTI C., BETAÏLE J., *L'effectivité des droits : regards en droit administratif*, Collection de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, vol. 52. Paris : Éditions Mare & Martin, 2019, p 23 : « Dans un sens, effectus, orthographié sans accent sur le 'u', indique ce qui est fait, exécuté ou achevé. De l'autre, effectus, orthographié avec un accent, indique un effet, une réalisation, un accomplissement ».

¹⁶ SEVERIN E., Pierre LASCOUMES P., *Théories et pratiques de l'effectivité du droit*, Droit et Société 2, n° 1 (1986): 101-24, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.3406/dreso.1986.902>, [Consulté le 27 septembre 2022].

¹⁷ *Ibid.*, p. 101 : « La question de l'effectivité est de celles qui saisit le sociologue du droit, tôt ou tard, dans sa pratique de chercheur. Qui le « saisit », en ce sens qu'il s'agit moins, le plus souvent, pour ce dernier de définir le concept d'effectivité que de le « découvrir » tout naturellement au détour de quelque observation du développement du système juridique, d'en subir l'évidence apparente, surtout si ce sociologue se préoccupe d'étudier les modes de réception du droit dans la sphère sociale. L'effectivité tendra alors à constituer dans sa recherche l'instrument conceptuel d'évaluation de ce degré de réception, le moyen de mesurer des « écarts » entre pratique et droit ».

dynamiques à l'œuvre, nous avons fait le choix de comparer un État et une Région, la France et la Wallonie, persuadés que leurs nombreux points communs permettraient d'isoler plus facilement leurs différences ainsi que les moteurs de l'effectivité du droit. Une convention franco-belge, concernant les accueils en Wallonie de français porteur de handicap, est venue compléter l'encadrement juridique des relations entre les deux pays.

7. Effectivité totale ou ineffectivité totale ? cette question nourrit la littérature car « *l'ineffectivité est, autant que l'effectivité, un phénomène sociologique* »¹⁸. Pour autant, se questionner de cette manière, revient à se cantonner à un choix binaire qui peut être intellectuellement rassurant, mais qui ne reflète que partiellement la réalité. Et le doyen CARBONNIER d'évoquer des « *états intermédiaires* » que l'on ne peut classer totalement dans l'une ou l'autre des catégories. Force est de constater que ces réflexions sur les notions d'effectivité et d'ineffectivité, si elles représentent un intérêt évident de recherche, peuvent rapidement plonger une direction d'établissement dans un abîme de questions et l'obliger à faire un pas de côté afin d'éviter « *l'asphyxie lente des esprits* »¹⁹. On est amené à examiner les situations où le droit, malgré le fait qu'il existe, n'est appliqué que partiellement. Notre recherche nous pousse donc à nous interroger sur le phénomène d'ineffectivité et sur ses diverses causes. On se rend compte très vite de l'existence d'une voie médiane entre l'effectivité totale et l'ineffectivité totale, que l'on nomme « *effectivité partielle* ». La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (la « *CIDPH* ») et son appréhension par l'ensemble des acteurs français comme belges, nous offre un exemple de texte adoptés et ratifiés par les Etats, mais qui n'a pas encore rejailli complètement sur l'ensemble de la société. Dans les deux pays, cette Convention internationale a été signée puis ratifiée, et pourtant, ce texte n'a pas la même effectivité des deux côtés de la frontière, en ce sens qu'il n'a pas été reçu de la même manière par les citoyens. On peut, dès lors, parler d'effectivité ou d'ineffectivité partielle de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées. S'interroger sur cet état nous amène à travailler sur les causes, et également, les conséquences en terme de promotion des droits et de protection juridique des personnes handicapées.

¹⁸ CARBONNIER J., *Op.cit.*, 2014, p.137.

¹⁹ CASAGRANDE A., *Op.cit.*, 2012, Préambule.

Les causes potentielles de l'effectivité partielle de la CIDPH :

8. Au cours de notre travail de recherche, il nous a été possible d'identifier plusieurs causes de l'effectivité partielle de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées. L'analyse de la chronologie juridique autorise un découpage des causes. Dès l'adoption de la Convention en 2010, on peut isoler un premier élément de compréhension du phénomène qui réside dans l'absence de volonté d'acculturation des acteurs au nouveau paradigme proposé. Le professeur G. RAOUL-CORMEIL invite d'ailleurs les acteurs à réfléchir sur les limites du changement de paradigme à droit constant²⁰. Les recrutements réalisés dans les établissements médico-sociaux, à compter de 2010, étaient, à ce titre, riches d'enseignements, car on pouvait se rendre compte que les candidats reçus ne mettaient nullement en lumière la Convention comme étant un texte important pour le droit des personnes handicapées. Ce faisant, chaque candidat retranscrivait ce qu'il avait appris lors des formations initiales et se focalisait surtout sur les droits internes français issus de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 et quelques fois, de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005. Encore aujourd'hui, les directions doivent organiser des actions de formation pour que la Convention soit correctement appréhendée par les personnels des établissements²¹ et que sa philosophie imprègne les actions quotidiennes d'accompagnement. Combien de directions mentionnent la Convention dans leurs documents d'accueil ? La réponse à cette question permet de se rendre compte de la pénétration du droit conventionnel dans les établissements et de mesurer les efforts de formation fournis auprès de chaque acteur.

9. Ensuite, une absence d'information et de formation a été soulignée et regrettée par le Défenseur des droits lors du colloque organisé en 2016 à la Maison de l'UNESCO sur le thème de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées. Le Défenseur des droits indiquait, « *Six ans après l'entrée en vigueur de la CIDPH en France, force est de constater qu'un grand nombre d'acteurs en charge des questions de handicap ignorent jusqu'à son existence et, a fortiori, les obligations qu'elle créent à leur égard. Les réclamations adressées au Défenseur des droits montrent, par ailleurs, qu'aujourd'hui, nombre de personnes*

²⁰ RAOUL-CORMEIL G., « Changer de paradigme à droit constant ? Lire la loi à la lumière des droits fondamentaux », Benoît Eyraud éd., *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*. Doin, 2018, pp. 249-254.

²¹ Lors des formations organisées par la commission Droits de l'UNAPEI nationale, on constate le peu de connaissances des acteurs à propos de la Convention.

handicapées se trouvent toujours faute de réponses adaptées à leurs besoins, privées de certains de leurs droits fondamentaux ». Ce constat amer poussait le Défenseur des droits à intituler le colloque « *La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées : quels droits nouveaux ?* »²².

10. De manière succincte, il était rappelé que le colloque était organisé « *afin d'informer et de sensibiliser les professionnels du droit, ainsi que les acteurs institutionnels et associatifs en charge des questions de handicap, aux enjeux liés à la mise en œuvre de la CIPDH, tant du point de vue de l'accès aux droits que de l'élaboration et de la mise en œuvre des politiques publiques* ». L'objectif était donc double : il s'agissait de diffuser la Convention auprès des acteurs de la société civile présents, mais également, d'inviter les acteurs du droit à mobiliser davantage le texte dans les procédures judiciaires. Afin que la réflexion puisse avancer, le Défenseur des droits avait demandé un rapport à Monsieur M. BLATMAN, Conseiller honoraire à la Cour de cassation, sur la question de l'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées. Le rapport énonçait chaque article de la Convention et se proposait de les classer en trois catégories différentes selon leur impact juridique²³. En conclusion, le rapport indiquait que peu d'articles avaient un effet direct, ce qui ne facilitait pas son appropriation dans les établissements et dans la société en général.

11. Par ailleurs, comme le soulignait le Défenseur des droits lors de l'introduction du colloque, « *la Convention ne crée pas de droits nouveaux* ». Cette annonce, dans un contexte français de « *passion du droit* »²⁴, n'a pas favorisé la diffusion de la Convention dans la sphère sociale. Les établissements médico-sociaux, formatés par les obligations imposées par le droit interne et par les diverses normes infra-législatives, ne se sont pas naturellement tournés vers la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées qui, de prime abord, ne les obligeait pas. Ce faisant, ils sont restés éloignés du changement de paradigme qui est impulsé par la Convention et ont donné l'impression de ne pas être concernés par ce mouvement

²² [En ligne], Disponible à l'adresse : [Guide - La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées \(defenseurdesdroits.fr\)](https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/guide-la-convention-internationale-relative-aux-droits-des-personnes-handicapees). [Consulté le 29 septembre 2022].

²³ Le guide publié par le Défenseur des droits se propose de classer les droits selon trois critères. L'article peut être d'effet direct, il peut n'être mobilisé qu'à titre de norme d'interprétation ou se voir reconnaître un effet juridique par ricochet.

²⁴ CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Nachdr. des Ausg. [Paris], Champs Essais, Paris, Flammarion, 1996.

international de reconnaissance des droits. Tous les acteurs se sont pourtant accaparés un nouveau vocabulaire, sans mesurer complètement les modifications induites sur la société. A titre d'exemple, on a vu apparaître des termes tels que les personnes « *en situation de handicap* » sans mettre en avant l'impact que peut représenter l'environnement sur ces situations « handicapantes ». On évoque de plus en plus l'autonomie et l'inclusion des personnes, sans appréhender pleinement les contours de ces notions. Le champ du handicap est désormais impacté par l'arrivée de nouveaux termes qu'on ne prend pas le temps de définir correctement. L'absence de dictionnaire commun induit de la fébrilité de la part des acteurs médico-sociaux.

12. Les retards constatés dans la production des rapports des États sont également une cause d'effectivité partielle de la Convention. Dans les faits, les États doivent produire des rapports d'exécution du texte à intervalles réguliers. L'article 35²⁵ indique que le premier de ces rapports doit être publié dans les deux ans suivant l'adoption de la Convention. Le respect de cette obligation participe de l'effectivité du droit et du fait que les citoyens s'en saisissent. Il suffit alors de vérifier les dates de production des rapports pour se forger une opinion. En France, le premier rapport a été validé par le Comité des droits en 2021 au lieu de 2012, ce qui peut laisser à penser que le pays n'accorde pas une place significative à la Convention. Le prochain rapport est attendu pour 2028 par le comité des droits, ce qui est en contradiction avec l'alinéa 2 de l'article 35 qui impose un rapport complémentaire « *au moins tous les quatre ans* ». L'écart entre les dates conventionnelles et les dates réelles diffuse l'idée selon laquelle le respect de la Convention n'est pas très important.

13. En Belgique, le calendrier a été davantage respecté par les pouvoirs publics, et malgré la crise sanitaire, le pays travaillait déjà sur son deuxième rapport. Quelles peuvent-être les raisons qui justifient ces différences de traitement d'un pays à l'autre ? La mise en miroir des pratiques françaises et belges alimentera nos réflexions et illustrera le poids de l'effectivité des droits en établissements médico-sociaux des deux côtés de la frontière. Afin que ce travail de comparaison soit efficient, nous avons fait le choix de nous intéresser à la Wallonie. Ce territoire

²⁵ Article 35, 1^{er}al. CIDPH : « *Chaque État Partie présente au Comité, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, un rapport détaillé sur les mesures qu'il a prises pour s'acquitter de ses obligations en vertu de la présente Convention et sur les progrès accomplis à cet égard, dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente Convention pour l'État Partie intéressé* ».

régional a signé une convention avec la France pour encadrer l'accueil des personnes françaises en situation de handicap en Wallonie.

14. L'ensemble des causes ci-dessus participe de l'effectivité partielle du droit issu de la Convention. Cependant, une raison nous semble être prépondérante pour comprendre le phénomène. On se doit d'aborder le coût financier des droits qui peut impacter la portée de ces engagements internationaux. Force est de constater que l'État est souvent appelé à arbitrer entre le respect du droit des personnes handicapées et le budget disponible pour le réaliser. Paradoxalement, notre recherche a mis en évidence que la déclinaison des droits conventionnels pouvait s'allier avec une politique d'austérité budgétaire. Sans doute, certains droits sont insensibles aux fluctuations budgétaires et exigent une action de l'État sans que ce dernier puisse mettre en avant des arguments budgétaires ou l'environnement financier. L'accès à l'instruction pour les enfants handicapés fait partie de cette catégorie de droit dont l'ineffectivité ou l'effectivité partielle ne peut se justifier par la faiblesse des dotations budgétaires²⁶. Telle est la position initiale du Conseil d'État en 2009, à propos de la scolarisation d'une petite fille, née en 1995, qui n'avait pas intégrée une école sur un temps plein faute de places suffisantes. Cette situation avait opposé le tribunal administratif de Versailles à la Cour d'appel. Le premier reconnaissait la responsabilité de l'État, alors que la Cour d'appel l'a écartée aussi bien sur le terrain de la faute que sur celui de la rupture d'égalité devant les charges publiques²⁷. Fort des positions prises précédemment par le Conseil d'État²⁸, le rapporteur public rappelle que *« dès lors que l'organisation du service public est réglementée et que les usagers du service sont à la fois astreints et peuvent prétendre aux programmes et aux horaires définis par cette réglementation, l'État est tenu d'en assurer l'application »*.

15. Cette affaire met en évidence la responsabilité des pouvoirs publics dans le fait de ne pas avoir créé les conditions nécessaires pour que le droit soit effectif et reconnait la possibilité d'obtenir réparation du préjudice subi. La multiplication de ces recours judiciaires pourrait, à terme, faire évoluer la société devant une mise en lumière des situations « handicapantes ». Les communications des familles sur ces situations d'enfants « *condamnés* » à rester à la maison par manque de place dans les établissements scolaires pourraient avoir, à terme, un véritable

²⁶ CE, 8 avril 2009, Laruelle, AJDA 2009, conclusions de M. Keller, Rapporteur public p. 1262.

²⁷ Le même raisonnement avait déjà été tenu dans une affaire similaire par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, dans une décision Duca du 18 décembre 2003 (AJDA 2004, 1431, note J. Alzamora).

²⁸ CE, 26 juillet 1982, Ministre des transports c/ Stephan, Lebon 314.

impact lorsqu'elles sont suivies d'une exposition médiatique. La médiatisation des situations qui ne respectent pas le droit, constitue, au niveau des établissements, un vecteur important pour réussir à faire bouger les acteurs. Une direction ne souhaite pas que des difficultés internes deviennent publiques, pas plus que les pouvoirs publics ne souhaitent que les médias s'emparent du dysfonctionnement²⁹. L'exposition à la lumière permet souvent de débloquer des situations non respectueuses des droits.

16. Néanmoins, la reconnaissance de responsabilité de l'État n'est pas automatique et ne concerne pas l'ensemble des situations. Il peut être envisagé que le poids financier d'un droit vienne parfois modérer son effectivité. L'analyse des aménagements raisonnables à réaliser, afin que la personne handicapée puisse accéder à la société au même titre que tous les citoyens, fournit un bon exemple d'un droit qui peut être ajusté en fonction du poids financier des travaux à réaliser. Par un arrêt du 30 avril 2004³⁰, le Conseil d'État rappelait qu'une obligation juridique de résultat peut être « *tempérée par la prise en compte du coût et de la difficulté des adaptations recherchées* ».

17. La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, par l'intermédiaire de l'alinéa 2 de l'article 4, reconnaît également la possibilité pour les États de mettre en avant les exigences budgétaires, pour repousser l'application complète d'un droit conventionnel. En l'espèce, l'article dispose que « *chaque État Partie s'engage à agir, au maximum des ressources dont il dispose et s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale, en vue d'assurer progressivement le plein exercice de ces droits, sans préjudice des obligations énoncées dans la présente Convention qui sont d'application immédiate en vertu du droit international* ». Cet article permet aux pouvoirs publics d'arbitrer entre le droit des personnes handicapées et les finances qui peuvent être mobilisées pour les développer. Un comptable peut entendre ce type de raisonnement budgétaire, mais le handicap ne peut se résumer à un grand livre dans lequel figurent des débits et des crédits.

²⁹ Les fiches d'évènement indésirable grave contiennent un paragraphe destiné à indiquer les démarches effectuées auprès des médias.

³⁰ CE, 30 avril 2004, Monnier, Lebon T., p.572, 712 et 733, AJDA 2004, p.1718.

Conséquences de l'avancée « à bas bruit » de l'effectivité partielle

18. Du point de vue juridique, on regrette qu'un droit n'entre que partiellement dans la sphère sociale. La Convention fait partie de cette catégorie de textes que l'État a adoptée sans l'accompagner plus avant sur la voie de son application. L'absence d'actions significatives d'acculturation des acteurs du champ du handicap, participe de l'effectivité partielle des droits des personnes handicapées. Le constat effectué, on est très vite confronté aux conséquences de cette timide avancée des droits « à bas bruit ». Face à cette situation, chacun a donc été amené à lire et adopter la Convention à son propre rythme, selon son propre calendrier. Notre travail de recherche nous a amené à évoquer l'idée d'une « *effectivité à la française* » ou d'une « *effectivité belge* ». Ce manque de lecture commune génère des incompréhensions et des frustrations dans les établissements.

19. La visite des membres du Comité des droits des personnes handicapées en France en 2017, a mis en exergue ces différences importantes de lecture de la Convention. Pour le comité, il fallait inviter tous les acteurs à considérer différemment les situations « handicapantes », l'impact de l'environnement et la responsabilité des pouvoirs publics. Considérées en tant que véritables acteurs du droit, les personnes « handicapées » doivent pouvoir agir de manière autonome, ce qui participera à une véritable inclusion dans la société. Après la visite de la délégation du Comité des droits, nombre de directions se sont élevées contre les conclusions publiées, au motif que les difficultés mises en avant n'étaient pas l'exact reflet de la vie des personnes « handicapées » en établissement. Sans entrer dans le détail de l'opposition entre ces visions différentes, force est de constater qu'elle pointe une carence française dans la mise en place d'un processus d'acculturation ainsi qu'une absence de définition commune.

20. Une fois de plus, dans le secteur médico-social, on constatait un développement des discussions autour des droits, sans prendre le temps de s'assurer que le vocabulaire était identique pour tous. Les établissements sont déconcertés de se trouver face à un texte qui ne crée pas de droits supplémentaires, avec une force juridique supérieure à la loi. De leur côté, les pouvoirs publics ne mettent en valeur qu'une seule chose, l'inclusion des personnes handicapées, qui doit être la priorité, sans prendre le temps de travailler une définition commune du terme. Toutes les actions, toutes les innovations, tous les budgets sont désormais examinés à l'aune d'une visée inclusive dont on se garde de donner une définition exhaustive. Lors des réunions, on échange autour des situations de personnes « *en situation de handicap* », sans

évoquer le changement de paradigme que l'expression impose. Ces situations de « *flou artistique* » poussent les acteurs à s'interroger sur le modèle d'organisation des établissements, afin de correspondre aux standards promus par les pouvoirs publics. Les situations peuvent rapidement se bloquer lorsqu'on s'aperçoit que les efforts réclamés aux établissements n'ont pas la même résonance pour l'État. Un directeur d'établissement accueillant des mineurs, sera parfois démobilisé lorsqu'il constatera que le travail d'accompagnement auprès d'un jeune, ne peut continuer par manque de place à l'école.

21. L'approche belge est-elle différente de celle de la France ? Il est facile de constater qu'elle est assez différente dans la mesure où les pouvoirs publics ont exprimé leur volonté d'inscrire le changement de paradigme induit par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées dans le droit constitutionnel belge. Cette démarche n'est pas le reflet d'une démarche politique isolée dans le but de flatter la population. Entre le début de la procédure de modification de la Constitution et l'adoption définitive d'un nouvel article 22^{ter}³¹, il s'est écoulé plus de dix ans. Le projet de réforme a eu un impact sur plusieurs législatures, preuve que le mouvement de respect des droits humains impulsé par la Convention concerne la société belge dans son ensemble. Par ailleurs, il est important de signaler que le texte initial soumis à approbation a évolué pour tenir compte d'une compréhension exhaustive des termes de la Convention. C'est ainsi que l'article 22^{ter}, dans sa version finale, fait état de situation de handicap, de droit à des aménagements raisonnables et d'inclusion. Les discussions parlementaires indiquent que la responsabilité des pouvoirs publics fédéraux, régionaux ou communaux est donc rappelée dans la production d'un environnement handicapant.

La passion du droit :

22. L'observation d'un établissement médico-social met en évidence un axe fort, le rapport au droit des acteurs qui le composent. Les directions se nourrissent des textes de loi et des normes infra législatives et considèrent que cet ensemble de textes constitue le corpus nécessaire pour respecter les droits des personnes en situation de handicap. Force est de

³¹ Constitution belge, Article 22^{ter} : « *Chaque personne en situation de handicap a le droit à une pleine inclusion dans la société, y compris le droit à des aménagements raisonnables. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit* ».

constater qu'en France, la loi 2002-2³² du 2 janvier 2002 occupe encore une place centrale pour les établissements. A quoi peut-on attribuer cette tendance ? le doyen CARBONNIER convoque le thème de la passion pour expliquer ce phénomène français qui explique ce désir de droit qui peut aveugler au point de bloquer la réflexion ou les actions. Il nous invite d'ailleurs à élargir notre point de vue juridique en prenant également en considération les « *droits venus d'ailleurs* »³³. En d'autres termes, la passion du droit ne doit pas se limiter au droit national, mais doit également embrasser les droits conventionnels, communautaires ou encore les droits internationaux.

23. Examiner le champ du handicap à l'aune de ces textes, revient également à se pencher sur la production du Conseil de l'Europe de l'Union européenne ou des Nations Unies. L'actualité est occupée depuis quelques années par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées adoptée par la France en 2010³⁴. Ce texte présente plusieurs spécificités dans la mesure où il ne crée pas de droits supplémentaires pour les personnes handicapées mais rappelle qu'elles doivent être regardées comme des sujets de droits à part entière, à égalité avec tous les citoyens. Les établissements se retrouvent alors confrontés à un véritable changement de paradigme qu'ils ont, pour nombre d'entre eux, beaucoup de difficultés à intégrer. La Convention pousse tous les acteurs du secteur médico-social à repenser leurs actions et leur organisation afin de parvenir à une réelle effectivité des droits des personnes accueillies à l'aune des droits de l'homme. Simple en théorie, cette démarche est assez délicate à mettre en œuvre concrètement. Très vite, on constate que la démarche d'accompagnement des personnes par les droits s'est transformée en un discours rhétorique qui rassure quelques acteurs institutionnels sans faire avancer les droits au sens de la Convention.

24. Dans le cadre de notre recherche, nous faisons le choix de nous intéresser à la Région wallonne, afin de comparer les manières d'appréhender le droit pour les personnes handicapées en établissement. Notre démarche est facilitée par le fait que la Région wallonne accueille plusieurs milliers de français « handicapés ». La géographie et l'histoire rapprochent les deux pays et invitent le juriste à examiner des deux côtés de la frontière, la situation des personnes

³² Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, 2002-2 § (2002).

³³ CARBONNIER J., *Op.cit.*, 1996, p.44.

³⁴ La CIDPH et le Protocole facultatif ont été adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006. Ces deux textes ont été ratifiés par la France le 18 février 2010, avec une entrée en vigueur le 20 mars 2010.

handicapées accueillies dans des établissements médico-sociaux. Plusieurs questions se posent alors. L'organisation des établissements est-elle similaire dans les deux pays ? les droits des personnes sont-ils appréhendés de la même manière ? quelle place est réservée à la Convention et à ses principes dans l'ordre juridique de chacun des pays ? l'organisation administrative du pays a-t-elle une incidence sur la manière d'appréhender les textes ? autant de questions qui permettent de mesurer justement les différences entre la France et la Wallonie. Notre travail de recherche n'a pas pour objectif d'examiner les droits des personnes handicapées sur l'ensemble du territoire belge, mais se limitera à cette seule région avec laquelle la France a signé une convention encadrant l'accueil des français.

25. Le développement des droits nationaux et internationaux, en France comme en Wallonie, nous permet de nous questionner sur l'effectivité de ces droits. Suffit-il de démultiplier les textes juridiques pour que les droits des personnes handicapées soient garantis ? La notion d'effectivité mérite d'être correctement approfondie. On ne doit pas se contenter de son évocation pour considérer que l'on est au rendez-vous du droit des personnes handicapées. La notion exige un travail réflexif qui éloigne le juriste des définitions habituelles et des chemins balisés pour se plonger dans la sociologie. C'est par une immersion dans cette nouvelle dimension que l'on peut cerner toute la profondeur de la notion. Ce travail est nécessaire pour parvenir, par la suite, à construire une réponse idoine pour chaque personne au sein des établissements. Chaque pas nous permet d'aborder plus avant les notions d'inclusion, d'autonomie ou d'aménagements nécessaires pour que les personnes « handicapées » puissent vivre en société comme tout le monde. Un constat s'impose dans les deux pays, la passion du droit est présente des deux côtés du frontière, mais elle s'exprime de manière différenciée.

Une passion du droit qui peut aveugler en France comme en Belgique

26. Prenons comme point de départ de notre réflexion, un évènement commun aux deux pays qui remonte au début du siècle et qui va nous permettre d'illustrer cette passion pour la vision impérative du droit. En 2003, une vague de chaleur sans précédent a frappé l'Europe et a été la cause de nombreux morts sur tout le continent. La France n'a pas été épargnée par ce dérèglement climatique avec plus de dix-neuf mille personnes victimes de ces températures élevées. Les autorités publiques n'ont pas réalisé tout de suite que la situation était grave et nécessitait des actions rapides. Dépassé par les évènements, après quelques hésitations, le

gouvernement de l'époque décida même, en urgence, de mobiliser un entrepôt frigorifique de fruits et légumes désaffecté de Rungis pour abriter provisoirement les corps des victimes dans la région parisienne. De l'autre côté de la frontière, en Belgique, les pouvoirs publics au début de la crise, se sont également montrés confiants quant au système mis en place pour assurer la protection de la population. Le ministre de la Santé publique, Monsieur Rudy Demotte, affirmait même sur la base du Registre national³⁵, que « *rien n'indique une hausse du nombre de décès par rapport aux années antérieures pour la même période* »³⁶.

27. La réalité a très vite rattrapé cet optimisme en proposant un bilan réel bien supérieur à la normale. Ces dérèglements ont fait réagir les États afin que l'on réponde, après coup, aux défis posés. La France a publié un décret³⁷ dans le but d'organiser à l'avenir un plan d'alerte et d'urgence départementale pour faire face à des risques exceptionnels. Il s'agissait d'autoriser la création d'un registre communal nominatif dans le but d'obtenir rapidement une liste exhaustive des personnes âgées de plus de soixante-cinq ans et des personnes handicapées, afin de leur porter assistance en cas d'événements climatiques exceptionnels. C'est cet outil communal qui est encore mobilisé aujourd'hui lorsque le thermomètre s'affole et invite chacun à se protéger. En Belgique comme en France, les pouvoirs publics ont mis en place des « *plans canicule* ». Au début du siècle, pour faire face à une situation exceptionnelle, les deux pays ont donc répondu en produisant du droit afin de protéger la population.

28. En 2022, une autre vague de chaleur a frappé l'Europe, laissant cette fois-ci, derrière elle, des forêts entières dévastées et des soldats du feu impuissants à éteindre les incendies au sud comme au nord de la France. A l'instar de l'été 2003, la situation était exceptionnelle et

³⁵ En Belgique, Service public fédéral intérieur : « *Le Registre national désigne le système de traitement d'informations qui assure l'enregistrement, la mémorisation et la communication d'informations relatives à l'identification des personnes physiques c'est-à-dire les citoyens* », [En ligne], Disponible à l'adresse : [Registre national - Registre national - Direction générale Identité et Affaires citoyennes \(fgov.be\)](https://www.fgov.be/fr/themes/identite-et-affaires-citoyennes), [Consulté le 8 septembre 2022].

³⁶ ROCOUR, V., *La canicule de 2003 a tué en Belgique*, La Libre.be, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.lalibre.be/belgique/2004/04/07/la-canicule-de-2003-a-tue-en-belgique-FGZ2PXGF2NGKTE2NHWFXH43ZYY/>, [Consulté le 8 septembre 2022].

³⁷ Décret n°2004-926 du 1 septembre 2004 pris en application de l'article L. 121-6-1 du code de l'action sociale et des familles et fixant les modalités de recueil, de transmission et d'utilisation des données nominatives relatives aux personnes âgées et aux personnes handicapées bénéficiaires du plan d'alerte et d'urgence départemental en cas de risques exceptionnels, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000625175>, [Consulté le 8 septembre 2022].

demandait une réponse idoine des pouvoirs publics. Heureusement, ce dernier épisode n'a pas été aussi meurtrier que le premier. Pour autant, de ces deux périodes, on peut tout de même déduire un certain nombre de tendances fortes concernant l'organisation des services publics, les réactions politiques, l'impact des changements climatiques dans notre actualité de 2022.

29. Lorsqu'on analyse ces épisodes avec le regard du juriste, on constate des demandes analogues qui ont traversées le début de ce siècle. Pour pallier les difficultés rencontrées, le citoyen réclame plus d'interventions des pouvoirs publics, plus d'anticipations et surtout plus de lois qui permettront d'orienter les comportements humains et de sanctionner les fautes. Pour beaucoup aujourd'hui, une action législative est nécessaire pour revoir les plans d'occupation des sols, les permis de construire ainsi que les investissements de sécurité. Ces deux exemples de crise nous montrent que la réponse des pouvoirs publics se construit souvent à partir d'un texte législatif ou réglementaire. Ce réflex se nourrit des demandes croissantes de la société civile, qui souhaite qu'à un problème identifié réponde un texte qui permettra d'orienter les comportements.

Une tentative d'explication du phénomène en France

30. Faisons halte à ce stade pour suivre le doyen CARBONNIER³⁸ dans l'explication de ce phénomène de société. Il nous invite à débiter l'analyse du phénomène français au démarrage de la V^{ème} République en 1958, en rappelant qu'un découpage de l'histoire est forcément arbitraire car « *en fait, souvent les périodes s'emboîtent les unes dans les autres, et le futur traînera longtemps les paillettes du passé. C'est vrai en général, mais davantage encore quand le droit est en cause* »³⁹.. La V^{ème} République, plus que les Républiques précédentes, a porté le droit jusqu'à en faire une passion. Le doyen évoque différentes pistes qui permettent d'expliquer la place qui a été faite au droit. En 1958, les premières promotions sortaient de l'École Nationale d'Administration et s'apprêtaient à occuper les ministères, mettant en œuvre des principes de droit public. Initié par l'État, le droit devait modifier la société et guider les acteurs qui la composent. Ce volontarisme politique irrigué par une production juridique a ancré l'idée d'une suprématie de la règle de droit sur les phénomènes sociétaux.

³⁸ CARBONNIER J., *Op.cit.*, 1996.

³⁹ *Ibid.*, page 7.

31. L'organisation constitutionnelle de 1958 traduit par ailleurs cette même tendance dominatrice du droit, le doyen évoquant « *une constitutionnalisation en esprit de tout le système juridique* »⁴⁰. L'examen des domaines de compétences respectifs accordés par les articles 34, 37 et 38 de la Constitution fournit un éclairage sur la répartition entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire, entre les pouvoirs accordés aux assemblées parlementaires et ceux accordés au gouvernement. Alors que l'article 34 reconnaît la compétence de la loi pour fixer les règles pour certains droits et déterminer uniquement les principes fondamentaux pour d'autres matières, la Constitution dispose que le pouvoir réglementaire, par le truchement de l'article 37, s'exerce dans toutes les matières autres que celles définies par la loi. Pour parfaire le dispositif, l'article 38 autorise le gouvernement à prendre temporairement des mesures qui sont du domaine de la loi. Ces trois articles traduisent la volonté des pouvoirs publics d'agir sur la société, sans se perdre dans les méandres des discussions parlementaires qu'avait engendrées la quatrième République. Concrètement, la Constitution française a introduit un déséquilibre dans la production du droit en faveur de l'administration au détriment du parlement. Chaque ministre s'empressera de produire du droit pour répondre à des attentes exprimées par la population et pour entretenir l'idée d'une force immanente de la loi. Chacun, dans son couloir, va créer ce que le doyen CARBONNIER appelle « *du droit bureaucratique* », en se souciant peu de la « *vision d'ensemble du système juridique* »⁴¹ ainsi que du phénomène d'inflation juridique.

32. Le doyen CARBONNIER nous met toutefois en garde contre ce phénomène, en nous rappelant que « *l'amour du droit, comme l'autre, peut mettre la raison en déroute* »⁴². Il convoque une parabole maritime pour illustrer la passion de la société pour le droit. A l'instar du mouvement des marées, on comprend qu'il existe un lien entre la création du droit et les balancements de la société. Très souvent, la production juridique répond à une demande des citoyens, à un besoin global de protection face à une problématique jusque-là ignorée par les textes. Par ailleurs, à l'image de la vague qui se brise sur le rivage et inonde la plage sans discernement, la passion de production du droit n'épargne aucun secteur de la société.

⁴⁰ *Ibid.*, page 26.

⁴¹ *Ibid.*, page 31.

⁴² *Ibid.*, page 11.

33. A ce titre, le champ du handicap n'est pas épargné par ce besoin d'encadrement législatif ou réglementaire. Dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux (les « ESSMS »), on peut constater chaque jour, le besoin de connaître le droit applicable aux activités professionnelles. La gestion de l'altérité peut être parfois facilitée par un encadrement juridique rassurant. Les différents acteurs rappellent l'importance du droit dans la gestion quotidienne des établissements. D'un côté, les autorités qui financent les ESSMS⁴³ rappelle les textes auxquels sont soumis les établissements. De l'autre, les salariés interrogent souvent les directions pour connaître les contours de leur responsabilité lorsqu'ils assurent un accompagnement d'une personne handicapée. Les représentants du personnel, enfin, au travers de leurs relations avec la direction de l'établissement, nourrissent leurs missions des dispositions du Code du travail. De tous côtés, on constate ce besoin de droit qui permet de contraindre, de rassurer ou de protéger. La période de crise sanitaire en 2020 a permis d'illustrer concrètement cette situation, en renforçant la place accordée au droit.

34. Cette situation sanitaire exceptionnelle a mis en lumière les difficultés pour certaines administrations locales, à trouver une réponse concrète aux difficultés rencontrées par les ESSMS. Au début de la crise en février 2020, on avait l'impression de revivre chaque jour les meilleurs passages du livre de Marc Bloch⁴⁴, en cherchant des réponses auprès d'acteurs qui étaient dépourvus de solutions. L'absence de textes encadrant ces situations plaçait les différentes administrations face à une vacuité qu'il était difficile d'affronter et d'assumer. Quelques semaines ont été nécessaires pour que chacun reprenne son poste et ses esprits afin que la production de textes reparte en même temps que le développement des réunions en visioconférence. Les temps de réponse demandaient d'être réduits, ce qui interdisait tout recours à la voie législative. Ce sont donc les notes de fonctionnement ou les foires aux questions⁴⁵ qui ont pris le relais pour créer un cadre d'intervention.

⁴³ Plusieurs niveaux d'administration financent les ESSMS en France. Les Agences Régionales de Santé (ARS) coordonnent les missions de l'Etat au niveau départemental ou régional. Les Conseils départementaux (CD) assurent un financement départemental des établissements et représentent les collectivités locales. Enfin, l'Assurance maladie complète le dispositif de financement.

⁴⁴ BLOCH M., *L'étrange défaite : témoignage écrit en 1940*, Collection folio Histoire 27. Paris : Gallimard, 2006.

⁴⁵ Le développement des foires aux questions permettait de produire des textes encadrant l'activité des ESSMS pendant la période de crise sanitaire. Ces documents rappelaient, par exemple, toutes les règles sanitaires à respecter, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Guide_Dasri_BD.pdf, [Consulté le 10 septembre 2022].

35. Cette inflation de normes et de procédures internes a été également la règle dans les établissements. Les directions générales souhaitent limiter les risques de voir leur responsabilité engagée et les salariés souhaitent être destinataires d'un écrit récapitulant les différents cas de figure qu'ils allaient affronter. Derrière ce désir d'obtenir un texte, on sent poindre le souhait de limiter sa propre responsabilité. Les deux mouvements sont donc liés et représentent les deux faces d'une même pièce lorsqu'on évoque l'accompagnement des personnes handicapées. Ce lien entre les droits nationaux et internationaux des personnes en établissement et celui de la responsabilité des acteurs constitue un axe fort de notre recherche, en ce sens qu'il met en relief l'effectivité au niveau des États, ainsi qu'au niveau des établissements. Les actions à mener en faveur de l'effectivité des droits peuvent être lues au niveau macro, mais doivent être complétées par une analyse des actions complémentaires à mener au niveau micro. Le travail des directions d'établissement repose en partie sur le fait de former et d'informer les acteurs sur les grands textes encadrant le secteur et de rappeler les règles de responsabilité en vigueur. Pour autant, la production de textes n'est pas exempte de critiques dans la mesure où elle peut limiter la réflexion et bloquer les actions. De la production à la prolifération de textes, il peut n'y avoir qu'un seul pas et le citoyen, après avoir réclamé plus de textes, sera le premier à dénoncé leur superposition et leur multiplication. Dans la continuité, s'interrogeant sur le « *droit et le non-droit* », J. CARBONNIER indiquait qu'« *un leitmotiv ne tardera pas à transparaître : c'est qu'il y a plutôt trop de droit* »⁴⁶.

36. Limiter son propos au constat de la passion des citoyens pour le droit peut très vite apparaître insuffisant pour embrasser l'intégralité des dérives du phénomène d'inflation juridique. Le doyen CARBONNIER, après avoir constaté une volonté constante de la part des citoyens de vouloir créer du droit, attire notre attention sur la pathologie subséquente. Le désir de création de droit, pour répondre à chaque problème rencontré, est synonyme d'un dérèglement du système juridique. Nombreuses et fréquentes sont les études qui mettent en évidence les dérives d'une « *inflation du droit* »⁴⁷. Dès 1991, le Conseil d'État publiait un rapport sur le thème de la sécurité juridique qui pouvait être mis en cause par cette multiplication des textes. Il indiquait : « *Quand la loi bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite* » et poursuivait en dénonçant « *l'obscurité croissante de notre droit* ».

⁴⁶ CARBONNIER J., *Op.cit.*, 2014, p.9.

⁴⁷ CARBONNIER J., *Op.cit.*, 1996, p.107.

Ce constat n'est pas resté isolé, puisqu'en 2006, le Conseil d'État confirmait son analyse et dénonçait le peu de progrès enregistré. Les auteurs du rapport affirment que : « *pour respecter la loi, il faut la connaître. Pour la connaître, il faut qu'elle soit claire et stable. Or, et ce constat est préoccupant, nombre de nos lois ne sont ni claires ni stables. La France légifère trop et légifère mal*⁴⁸ ». A quelques années d'écart, le constat posé par la plus haute juridiction administrative pointe les difficultés liées au développement du droit. 1991 puis 2006, le calendrier ne s'arrête pas à ces deux dates pour illustrer le phénomène d'inflation normative. Une consultation du site internet de l'Assemblée nationale nous renseigne sur cette « *passion française* » en proposant une synthèse de l'activité parlementaire lors de la quinzième législature débutée en 2017⁴⁹. Au total, ce sont 353 textes de loi qui ont été promulgués en cinq ans, soit une moyenne de 70 lois par an ou près de 6 nouveaux textes par mois.

37. Le champ du handicap épouse cette même dynamique de création. Resté longtemps à l'abri de l'attention du législateur, le secteur du handicap, à la fin du 20^{ème} siècle et au début du siècle suivant, a été l'objet de plusieurs textes. La loi du 10 juillet 1987⁵⁰ abordait la question du travail des personnes handicapées en obligeant les entreprises de plus de 20 salariés à embaucher des personnes handicapées à hauteur de 6% des effectifs. Quelques années plus tard, le législateur s'est intéressé à l'accompagnement des personnes autistes en affirmant que les pouvoirs publics doivent répondre à leurs attentes en organisant une prise en charge pluridisciplinaire⁵¹. Par la suite, la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002⁵², tout juste lue par les acteurs, laissait la place à celle du 11 février 2005⁵³ (n°2005-102) pour l'égalité des chances, la participation et la citoyenneté des personnes « handicapées » et à celle du 5 mars 2007⁵⁴ (n° 2007-308) concernant la protection juridique des majeurs. La liste est longue des textes de loi

⁴⁸ Etudes et documents, « Sécurité juridique et complexité du droit », 57.2006, page 9, [En ligne], Disponible à l'adresse : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000245.pdf>. [Consulté le 12 septembre 2022].

⁴⁹ Statistiques de l'activité parlementaire sous la XVe législature - Assemblée nationale. [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www2.assemblee-nationale.fr/15/statistiques-de-l-activite-parlementaire-sous-la-xve-legislature>, [Consulté le 03 octobre 2022].

⁵⁰ Loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés (1) (s. d.).

⁵¹ Loi n° 96-1076 du 11 décembre 1996 modifiant la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales et tendant à assurer une prise en charge adaptée de l'autisme (1) (s. d.).

⁵² Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, 2002-2 § (2002).

⁵³ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (1), 2005-102 § (2005).

⁵⁴ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1). (s. d.)

protégeant les personnes handicapées. Pour autant, dans les établissements médico sociaux, l'inflation ne se mesure pas uniquement à l'aune des lois qui sont promulguées. Nombreuses sont les autres sources de droit que les établissements doivent connaître ou respecter. Les circulaires ministérielles invitant les directions d'établissement à prendre connaissance des mesures de mobilisation nationale visant à garantir la continuité de service pendant la période estivale⁵⁵ succèdent aux arrêtés prescrivant les mesures nécessaires pour sortir de la crise sanitaire⁵⁶. Quotidiennement, ces textes infra législatifs mobilisent les directions qui doivent ensuite en faire la publicité en interne.

38. Un axe fort se fait alors jour lorsqu'on observe l'impact de cette production de droit pour les établissements. Interrogés sur le point de savoir quel est le texte le plus protecteur des droits des personnes handicapées, nombre de salariés répondront sans hésiter la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002. Ce faisant cette réponse donne l'impression, qu'avant et après cette loi, rien n'a bougé. Les droits des personnes se résumeraient à la section 2 de cette loi autour des articles 8 à 13, alors qu'au total le texte compte 87 articles. Comment expliquer ce tropisme ? On peut citer un certain nombre de raisons qui viennent soutenir cette approche. En premier, il faut noter que cette loi est la première du 21^{ème} siècle qui aborde les droits des personnes handicapées lorsqu'elles sont accueillies dans les établissements médico-sociaux. Forte de cette position, cette loi est la base des enseignements délivrés aux futurs professionnels dans les centres de formation. En poste, les salariés axeront leurs travaux quotidiens autour de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002. Enfin, les évaluations externes des établissements prévues par le Code de l'action sociale et des familles⁵⁷, se sont focalisées, dès le départ, sur le respect des obligations figurant dans ces six articles de loi. Lors du dialogue avec les évaluateurs externes en 2014, on

⁵⁵ Circulaire Interministérielle N° DGCS/SD4B/DGOS/DGEFP/2022/180 du 30 juin 2022 relative à la mise en place d'une mobilisation nationale, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://fnagpa.fr/fr/espace-documentaire/circulaires-et-instructions/894-circulaire-interministerielle-du-30-juin-2022-relative-a-la-mise-en-place-d-une-mobilisation-nationale-visant-a-garantir-la-continuite-de-service-et-le-bon-fonctionnement-des-etablissements-et-services-medicosociaux-pendant-la-période-estivale-2022/file>, [Consulté le 13 septembre 2022].

⁵⁶ Arrêté du 26 février 2022 prescrivant des mesures nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire (s. d.).

⁵⁷ Code de l'action sociale et des familles (CASF), Article L 312-8 (Version initiale) : « Les établissements et services font procéder à l'évaluation de leurs activités et de la qualité des prestations qu'ils délivrent par un organisme extérieur. Les organismes habilités à y procéder doivent respecter un cahier des charges fixé par décret. La liste de ces organismes est établie par l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Les résultats de cette évaluation sont également communiqués à l'autorité ayant délivré l'autorisation ».

pouvait constater qu'ils accordaient une forte attention au fait que l'établissement respectait les obligations de la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002. Ce faisant, cette action renforçait l'idée que le respect de ce texte suffisait à garantir complètement le respect des droits des personnes handicapées. Enfin, les financeurs des établissements, Agence Régionale de Santé (« ARS ») et Conseil départemental (« CD »), ont encore aujourd'hui la même approche des droits. Il suffirait par exemple de mettre en place un Conseil de la Vie Sociale (un « CVS ») pour démontrer que l'on respecte complètement les droits des personnes dans les établissements. Cette vision est simple, voire simpliste, dans la mesure où la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 et son strict respect ne suffit pas à respecter les droits des personnes. Le doyen J. CARBONNIER nous invite à voyager et à prendre de la hauteur pour appréhender plus largement la passion du droit.

En Belgique, on veut que la loi de 1993 ait une compétence universelle

39. La fin du 20^{ème} siècle fournit une illustration de la place accordée à la loi dans le Royaume de Belgique. Le 16 juin 1993⁵⁸, une loi belge dite de « compétence universelle » a été adoptée, transformant l'État belge en véritable « *gendarme du monde* ». La loi a ensuite été amendée en 1999 et modifiée en 2003, avant d'être abrogée la même année pour clore les difficultés créées par le texte sur le plan international. Convaincu de la puissance de la loi, les autorités belges avaient souhaité adopter un texte qui a rapidement acquis une renommée internationale. Avec cette loi, la Belgique mettait en avant une production de la règle de droit en « *réseau* »⁵⁹, accordant une place importante aux organisations non gouvernementales⁶⁰ et aux organisations internationales dans la fabrication du texte.

⁵⁸ La loi dite « de compétence universelle » est en réalité la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces conventions (Moniteur belge, 5 août 1993), telle que modifiée par la loi du 10 février 1999 (Moniteur belge, 23 mars 1999) et rebaptisée loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire. L'expression « loi de compétence universelle » n'est pas très rigoureuse, car le droit belge consacre également la compétence universelle dans d'autres situations que celles visées par ladite loi. En outre, la loi de 1993 telle que modifiée en 1999 établit un régime général de répression des crimes de droit international humanitaire, dont la compétence universelle ne constitue qu'un aspect. Néanmoins, des raisons évidentes de lisibilité et la faveur accordée par les médias à cette expression nous conduisent à l'utiliser à notre tour. Alternativement, la loi de « compétence universelle » sera parfois dénommée « loi de 1993/1999 ».

⁵⁹ OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

⁶⁰ Dans l'exposé des motifs du projet de loi qui fut à l'origine de la loi de 1993, le ministre de la Justice ne manqua pas de rappeler le rôle qu'avaient joué différents comités de la Croix-Rouge dans

40. Quels étaient les objectifs de cette loi consacrant une compétence universelle⁶¹ ? Le texte avait pour but d'organiser la répression des crimes jugés odieux par la communauté internationale, en proclamant une compétence universelle des tribunaux, le rejet des immunités et l'imprescriptibilité des faits. Se faisant, le législateur entendait bouleverser le mode de production législatif en favorisant l'ouverture du droit pénal belge. La loi du 16 juin 1993 accordait au juge belge la possibilité de statuer sur les crimes humanitaires et donc, d'interagir avec l'ordre juridique international. Le juge peut donc se saisir d'infractions pénales, sans se soucier du lieu de commission, de la nationalité de l'auteur des faits ou de celle de la victime⁶². Ce texte illustre le pouvoir accordé à la loi interne belge qui peut s'affranchir de l'ordre juridique international, pour faire entrer au sein des tribunaux belges, les drames humanitaires mondiaux.

41. Cette orientation belge a suscité des interrogations quant à la possibilité offerte au juge de lever l'immunité personnelle des ministres ou des chefs d'État. Face aux différentes critiques, l'État belge a dans un premier temps révisé la loi en 1999, puis l'a définitivement abrogée en 2003. Il est très vite apparu qu'il était difficile pour l'État d'assumer pleinement la paternité d'une loi sans limites géographiques, temporelles et politiques. Les conséquences de la loi universelle ont conduit l'État belge à se mettre en porte à faux avec nombre de pays étrangers. A titre d'exemple, on peut rappeler les plaintes déposées contre le président des États-Unis et les responsables militaires à propos de la guerre en Irak ou contre le Premier ministre Ariel Sharon, à propos de son action dans les territoires occupés.

42. A ce stade de notre développement, on peut acter le fait que dans chacun des pays, la loi occupe une place importante dans la construction juridique qui va encadrer la vie en société. Pour la France, notre démonstration accompagne la naissance de la V^{ème} République jusqu'à nos jours pour constater cette passion du droit. L'histoire de la Belgique est plus récente, et

l'élaboration et le contrôle du texte. En outre, on notera que, de l'aveu même de ses rédacteurs, la modification de 1999 fut entreprise à la suite d'un colloque où divers représentants de la société civile prirent soin de « *mettre la puce à l'oreille* » des parlementaires.

⁶¹ Le nom de « loi de compétence universelle » provient de son article 7 qui indique que « *les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises [...]* ».

⁶² DAVID E., *La compétence universelle en droit belge*, Annales de droit de Louvain, 64 (1/2) et Revue de droit de l'ULB, 30 (2), 2004 (titre du numéro : La compétence universelle), p. 83.

l'exemple cité pour expliquer cette passion pour la loi est né au même moment que la réforme institutionnelle de 1993 et la naissance de l'État fédéral. Pour autant, l'organisation administrative des deux pays peut expliquer que la passion pour le droit se conjugue différemment des deux côtés de la frontière.

Une organisation administrative belge qui éclaire différemment cette passion pour le droit

43. Les liens qui unissent la Belgique et la France ne sont plus à démontrer. La géographie, la langue ou encore l'histoire rapprochent ces deux pays. La Belgique a été tour à tour bourguignonne⁶³, espagnole⁶⁴, autrichienne⁶⁵ et française⁶⁶. Longtemps après la révolution de 1830, on a pu mesurer l'impact de la révolution française et des codifications napoléoniennes. En effet, il a fallu attendre 1945 pour que la référence à Napoléon soit officiellement retirée du Code civil belge. Cette histoire mêlée permettait tout de même à Patrick Weber d'affirmer avec force, « *Ceci n'est pas un pays ! non peut-être ?* »⁶⁷

44. Son histoire a permis à la Belgique de connaître des organisations administratives différentes, qui se sont finalement traduites par la construction en 1993, d'une architecture complexe autour d'un État fédéral belge et de plusieurs entités fédérées. La Constitution belge reconnaît une séparation des compétences entre les entités fédérées et l'État et la possibilité pour chaque niveau administratif de créer du droit. Au côté de l'État belge vont donc s'organiser trois régions⁶⁸ et trois communautés⁶⁹ qui sont autant de niveau d'administrations susceptibles de créer du droit de manière autonome. Afin d'éviter que les législations fédérales et régionales se contredisent, le législateur belge promeut des accords de coopération qui sont des « *Convention négociée entre Autorité fédérale, régions et communautés, ou certaines d'entre elles, afin d'accroître la collaboration et d'éviter des controverses entre ces entités* »⁷⁰.

⁶³ WEBER P., *La grande histoire de la Belgique*, la Belgique bourguignonne couvre le 15^{ème} siècle (1477-1506), Tempus Perrin, p.93.

⁶⁴ *Ibid.*, p.119, la période couvre deux siècles (1506-1713).

⁶⁵ *Ibid.*, p.161, la période court de 1713 à 1794.

⁶⁶ *Ibid.*, p.175, la période court de 1794 à 1815.

⁶⁷ *Ibid.*, p.9, l'auteur rappelle qu'il s'agit d'une expression typiquement bruxelloise qui signifie « *oui, sûrement* ».

⁶⁸ Les régions se composent de la région flamande (57 % de la population), de la région wallonne (32 % de la population) et de la région Bruxelles-Capitale (11 % de la population).

⁶⁹ Les trois Communautés sont flamandes, françaises et germanophones.

⁷⁰ Cette définition est celle proposée par le Centre de Recherche et d'information socio-politiques (CRISP).

45. Le système fédéral belge est donc intrinsèquement plus ouvert aux différentes sources de droit, qu'elles soient régionales, nationales ou internationales. L'accueil des personnes handicapées françaises, en Wallonie, fournit une excellente illustration de cette dimension d'ouverture du droit belge. Dans le cadre de l'accord signé entre la France et la Wallonie, cette dernière a accepté que les obligations des établissements wallons se rapprochent de celles des établissements médico-sociaux français. Disposé à modifier les règles de fonctionnements des établissements sur son sol, on comprend dès lors que la Wallonie a accueilli aussi favorablement l'approche de la Convention. De cette histoire et de cette organisation administrative découlent une vision différente de la place de la loi qui est souvent le fruit d'un consensus entre les différentes entités. Cet état d'esprit est propice à l'intégration de normes internationales, telles que la Convention.

En France, la passion du droit peut dépasser la frontière

46. Faisons halte un instant pour mettre en lumière le point de départ de notre thèse. En France comme en Belgique, la loi occupe une place importante dans la société. Pour autant, l'organisation administrative des pays diffère d'un côté et de l'autre de la frontière. La décentralisation française fait face à une fédération belge qui se compose d'un gouvernement central et de plusieurs gouvernements régionaux. Le pouvoir belge est donc intrinsèquement partagé entre les différentes strates administratives, ce qui invite les acteurs à prendre en compte les pouvoirs répartis. Prolongeant la parabole du doyen J. CARBONNIER, présente dans les deux pays, « *la passion du droit pourrait faire l'objet d'un film* », mais peut également être la base de deux histoires distinctes au regard de l'organisation administrative différente de la France et de la Belgique.

47. La passion des français pour le droit ne s'arrête pas à la frontière du pays, mais accompagne les citoyens hors de France lorsqu'ils s'absentent du pays. Un constat s'impose, nombre de personnes handicapées françaises quittent la France, afin de trouver une place dans un établissement spécialisé en Wallonie. Le manque de places en France, couplé à des méthodes d'accompagnement nouvelles, expliquent cet attrait des français pour les établissements wallons. Ces accueils outre-quiévrain illustrent parfaitement les conséquences de cette passion française du droit. La situation des personnes handicapées accueillies dans des établissements wallons, est la preuve de cette volonté des pouvoirs publics de vouloir imposer les normes

françaises dans l'encadrement des relations interétatiques par des conventions bilatérales. Le 21 décembre 2011, la France et la Wallonie ont signé à Neufvilles un accord cadre relatif à l'accueil des personnes handicapées dans les services d'hébergements situés en région wallonne. La signature de cet accord s'inscrivait dans la continuité du rapport de Madame C.GALLEZ⁷¹ qui dressait un bilan des relations entre les deux pays. Madame C. GALLEZ rappelait un constat « évident », le fait de s'interroger sur les moyens de coopération entre les deux pays ne revient pas à remettre en cause la qualité ou les conditions d'hébergement des ressortissants français en Belgique. Le rapport met en exergue le manque de places en France et une expérience forte de la Wallonie, dans l'accompagnement des personnes souffrant de troubles envahissants du développement, pour justifier prioritairement les accueils des français en Wallonie. Le discours à Neufvilles de Marie-Anne Montchamp, Secrétaire d'Etat auprès de la Ministre des solidarités et à la cohésion sociale, reprend l'ensemble des points du rapport et pointe « *la tradition d'accueil par les Belges de personnes « handicapées » françaises est ancienne, tout particulièrement en Wallonie* », « *la proximité géographique et linguistique des deux pays* » ainsi qu'une culture commune qui rassure les familles. Concrètement, l'accord fixe trois objectifs complémentaires, l'amélioration permanente de la qualité et de l'accompagnement des personnes handicapées, ainsi que la simplification des procédures administratives. Parallèlement à ces objectifs, le discours accorde une place particulière aux contrôles effectués auprès des établissements wallons. On notera l'oxymore mobilisé, car les États veulent dans le même temps réduire les processus administratifs qu'ils jugent sûrement trop lourds et peu lisibles et développer des inspections conjointes pour les établissements. Le gouvernement français reconnaît l'expérience d'accompagnement en Wallonie, mais juge tout de même qu'il est nécessaire de mettre en place des processus de contrôle communs. L'histoire récente des EHPAD français démontre que cette volonté de contrôle aurait sûrement été bienvenue avant que les scandales n'apparaissent à la lumière.

48. Il est important de noter que cette demande d'inspection commune concerne principalement les établissements wallons « *sous autorisation de prise en charge* » encore appelés « services article 29 »⁷², organisés sous forme d'association ou de société commerciale,

⁷¹ GALLEZ C., *L'hébergement des personnes âgées et handicapées en Belgique*, Novembre 2008

[En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.accueil-temporaire.com/sites/default/files/public/actualite/rapport-gallez.pdf>, [Consulté le 4 octobre 2022].

⁷² Le 6 avril 1995, le Conseil régional wallon a adopté un décret relatif à l'intégration des personnes handicapées qui contient un article 29 qui précise : « *toute personne morale ou physique qui prend en*

qui ne sont, ni agréés ni subventionnés, et dont la réglementation impose une série de normes minimales⁷³. Malgré la reconnaissance du travail effectué par ces établissements « *sous autorisation de prise en charge* », la France a souhaité, par le biais de cette convention, développer plus de droits et de contrôles. Dès le départ, on retrouve, dans cette démarche des pouvoirs publics, le désir de soumettre les établissements wallons à plus de normes et d'obligations, à l'instar des établissements français. Pour autant, comme le souligne le rapport concernant le projet de décret présenté au nom de la Commission de la santé, de l'action sociale et de l'égalité des chances par M. TIBERGHIE⁷⁴, « *Il faudra veiller à ce que l'Agence régionale de Santé ne leur impose pas des normes de fonctionnement qui seraient bien sûr en contradiction avec les normes figurant dans les dispositifs réglementaires en Wallonie* ». Les différentes questions posées par les parlementaires sur ce rapport font toutes apparaître des attentes fortes de la part des acteurs qui souhaitaient que les relations soient mieux encadrées. Ce désir de plus de droit est donc partagé des deux côtés de la frontière. Un point spécifique est mis en lumière au travers des remarques parlementaires, celui des dérives financières constatées dans certains établissements⁷⁵.

charge des personnes handicapées doit disposer d'une autorisation de prise en charge ». Au premier janvier 2016, l'article 288 du Code décrétal wallon de l'Action sociale et de la Santé a remplacé les dispositions de l'article 29,

[En ligne], Disponible à l'adresse :

<https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/decret/2011/09/29/2011A27223/justel#Art.288>, [Consulté le 14 mai 2023].

⁷³ Il existe en Région wallonne deux catégories de service accueillant des ressortissants français, les services agréés et contrôlés par l'agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées en fonction de critères de gestion de qualité du service et du projet éducatif et les services dits « article 29 » ou « sous autorisation de prise en charge ». Depuis le 1 janvier 2016 l'Agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées (AWIPH) a été intégrée à la nouvelle administration wallonne AVIQ (Agence pour une Vie de Qualité). La branche « Handicap » de l'AVIQ est chargée de mener la politique wallonne en matière d'intégration des personnes handicapées.

⁷⁴ M. Tiberghien était rapporteur du décret relatif à l'accord-cadre entre le Gouvernement de la Région wallonne du Royaume de Belgique et le Gouvernement de la République française devant le Parlement belge.

⁷⁵ Lors de la discussion générale, M. Tiberghien a posé une question orale à Madame la Ministre Tillieux sur le thème des dérives financières : « *Il existe plusieurs maisons où on accueille des Français de façon majoritaire et où l'accueil des personnes handicapées est loin d'être au top. Dans ces maisons-là, certains administrateurs s'octroient parfois des rémunérations dignes des top managers et ce, directement via des structures juridiques qui y sont liées ou via des structures-écrans. Cela lui pose un problème lorsqu'il s'agit de maisons privées qui accueillent des handicapés français, mais qui « se font du beurre » et dont les gestionnaires se paient des salaires mirobolants alors que des institutions se démènent en Wallonie pour pouvoir nouer les deux bouts* ».

La passion du droit alimentée par des droits venus d'ailleurs

49. Par l'expression « *droits venus d'ailleurs* », le doyen J. CARBONNIER nous rappelle que la passion du droit n'est pas née uniquement du droit national, mais qu'elle s'est également nourrie de textes européens et internationaux. Pour illustrer son propos, il convoque la Constitution de 1958 et son article 55 qui reconnaît une valeur supérieure aux traités par rapport aux lois sous réserve qu'ils soient régulièrement approuvés et qu'ils fassent l'objet de réciprocité⁷⁶. Cet article ouvre la porte au droit international qui est venu alimenter l'inflation juridique, en nourrissant la passion française pour le droit. Ce faisant, on a démultiplié les niveaux de production de normes, obligeant le citoyen à se familiariser avec des droits nouveaux conjugués à un nouveau vocabulaire. Sans entrer plus avant dans le détail des textes, il est nécessaire de ne pas passer outre l'étape des définitions. En effet, il ne suffit pas d'affirmer qu'un texte est européen pour en connaître son véritable auteur, pas plus que sa véritable portée juridique. Dans un établissement médico-social, on peut imaginer que ces différences juridiques trouvent difficilement leur place au milieu du Code de l'action sociale et des familles, du Code du travail et des normes qui tombent tous les mois sur les courriers électroniques. Le vocabulaire est riche pour décrire une situation juridique ou les contours d'une décision que l'on qualifie « d'européenne » sans différencier l'institution qui en est l'auteur. Face à une inflation des normes, on se heurte à une vacuité de connaissances concernant les définitions qui permettraient de connaître le sens véritable des termes utilisés. Sur son site internet⁷⁷, le Conseil de l'Europe affirme clairement sa différence avec l'Union européenne. Il siège à Strasbourg et abrite la Cour européenne des droits de l'homme qui veille au respect de la Convention européenne des droits de l'homme, traité international en vertu duquel les 46⁷⁸ Etats membres du Conseil de l'Europe garantissent les droits fondamentaux, civils et politiques, non seulement à leurs ressortissants, mais aussi à toutes les personnes relevant de leur juridiction. Plus au nord, Bruxelles est le siège de l'Union européenne et il faut se rendre au Luxembourg pour se rendre à la Cour de justice de l'Union européenne qui veille à la bonne application du droit communautaire par les 27 Etats membres. Sans aller plus loin dans le détail des décisions ou des arrêts et des organisations territoriales, on ressent facilement le besoin d'explication pour

⁷⁶ Cette notion de réciprocité fait référence aux obligations commerciales entre Etats. Les obligations d'un Etat ne valaient qu'à la condition que l'autre Etat s'exécute également.

⁷⁷ Conseil de l'Europe, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.coe.int/fr/web/cm/home>, [Consulté le 14 septembre 2022].

⁷⁸ Le nombre d'Etats membres du Conseil d'Europe est fixé à 46 depuis 2022. Suite à l'invasion de l'Ukraine, la Russie a été exclue du Conseil de l'Europe.

le citoyen qui constate le développement du droit provenant du Luxembourg ou de Strasbourg et qui estime qu'il est difficile d'en saisir tous les contours. D'où provient le droit ? Quelle est sa valeur ? Quel est son impact concret pour les établissements médico-sociaux ? Telles sont les questions qui apparaissent dans les discussions lorsqu'on aborde le thème des droits des personnes en établissement. Le temps consacré à ces explications est souvent conséquent et le résultat n'est pas automatiquement garanti. Ces « *droits venus d'ailleurs* » apparaissent soit, comme des textes étrangers n'ayant pas d'impact sur la vie quotidienne des établissements, soit comme des textes ayant une trop grande place sur le territoire national. Notre travail d'analyse de la réclamation collective déposée auprès du Conseil de l'Europe par plusieurs associations et organisations non gouvernementales nous permet d'illustrer l'intérêt porté à ces normes différentes. Cet intérêt s'explique malgré un temps qui peut paraître long entre le démarrage de la procédure de sa clôture. En l'espèce, en 2015, le conseil d'administration de l'Unapei décide de participer à la réclamation collective⁷⁹ au côté de l'APF France handicap, de l'Unafam, de la Fnath et de deux partenaires européens⁸⁰. La décision du Conseil de l'Europe était attendue pour le mois de septembre 2022, soit plus de sept ans après le démarrage de l'action. Le temps long n'aide pas à la prise en considération de ce droit pour défendre les personnes handicapées au niveau local et, au contraire, développe cette idée qu'il s'agit de règles adoptées trop loin de la vie quotidienne. Par ailleurs, il faut signaler que les décisions rendues à propos du non-respect de la Charte sociale européenne n'ont aucune force contraignante vis-à-vis des Etats. Dans un premier temps, la « faiblesse juridique » des décisions ne facilite pas leur préhension par les acteurs. Dans un second temps, c'est l'intégration de la nouvelle norme par la société qui lui donnera toute sa force, nonobstant sa « *faiblesse juridique* ». La mobilisation qui sera faite autour de la décision, permettra de combler cette faiblesse en pointant la responsabilité de l'État sur la scène internationale. Notre recherche mettra en exergue l'intérêt du développement des réclamations collectives devant le Conseil de l'Europe.

50. La scène européenne n'est pas la seule source de production de droit international concernant les personnes handicapées. L'Organisation des Nations Unies a travaillé à

⁷⁹ Unapei, « #UrgenceHandicap : réclamation collective contre l'Etat français », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.unapei.org/article/urgencehandicap-reclamation-collective-contre-letat-francais/>, [Consulté le 15 septembre 2022].

⁸⁰ La réclamation demandait à ce qu'elle soit déposée par des organisations non gouvernementales pour être acceptée par le Conseil de l'Europe. La réclamation a été soutenue par Inclusion Europe et European Disability Forum.

l'élaboration d'une convention spécifique en direction des personnes handicapées⁸¹. La France comme la Belgique ont rapidement adopté le texte de la Convention⁸² et son protocole facultatif⁸³. Ce texte international reste encore aujourd'hui « à la porte » de nombre d'établissements qui ignorent jusqu'à son existence. Il est difficile de considérer que les directions d'établissement soient entièrement responsables de ce manque d'informations sur la Convention. Objectivement, le quotidien des établissements invite peu à une réflexion sur des textes internationaux relatifs aux droits des personnes⁸⁴, les débats portent davantage sur les obligations des établissements et la responsabilité des différents acteurs, quand ce n'est pas tout simplement sur l'organisation d'un service ou d'un événement dans l'établissement. Le dialogue avec les financeurs institutionnels n'ouvre pas plus la réflexion sur les sources de droit. Il est malheureusement encore assez fréquent d'expliquer l'acronyme même de la Convention au détour d'une réunion devant des personnels d'administration plus familiers à évoquer les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens⁸⁵ ou les budgets annuels. Tous les interlocuteurs semblent toutefois rassurés, lorsqu'en évoquant la Convention, ils découvrent que le texte ne crée pas de droits supplémentaires. Pour autant, au-delà du texte de la Convention, il nous faut en appréhender sa philosophie et son impact concret sur le fonctionnement des établissements. Paraphrasant une déclaration d'un ancien Président de la République, on peut dire que « *bien entendu, on peut sauter sur sa chaise comme un cabri, en disant la Convention, la Convention, la Convention, mais cela n'aboutit à rien et cela ne signifie rien* »⁸⁶.

⁸¹ L'assemblée générale des Nations Unis a adopté la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées le 13 décembre 2006.

⁸² OHCHR, « Convention relative aux droits des personnes handicapées », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>, [Consulté le 15 septembre 2022].

⁸³ Le Protocole facultatif reconnaît la place du Comité des droits des personnes handicapées pour recevoir et examiner les communications reçues des particuliers ou des groupes de particuliers lorsqu'ils estiment être victimes. La violation de la Convention par un Etat peut donner lieu au dépôt d'une communication auprès du comité. Le Protocole compte 18 articles.

⁸⁴ On peut faire ici référence à la phrase d'A. CASAGRANDE, mise en exergue au début de notre propos : « *Le plus commun des phénomènes dans les institutions est bien l'asphyxie lente des esprits que l'absence d'occasion de réflexion et de prise de hauteur vient sceller* ».

⁸⁵ Les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ars.sante.fr/les-contrats-pluriannuels-dobjectifs-et-de-moyens-1>, [Consulté le 8 octobre 2022].

⁸⁶ Cette phrase est extraite d'un entretien entre le général de GAULLE et Michel DROIT entre les deux tours de l'élection présidentielle de 1965. Interrogé au sujet de l'Europe des nations et de son organisation, le général de GAULLE lance sa célèbre petite phrase : « *Bien entendu, on peut sauter sur sa chaise comme un cabri en disant l'Europe ! l'Europe ! l'Europe !... Mais cela n'aboutit à rien et cela ne signifie rien* ».

Une Convention internationale qui ne crée pas de droits supplémentaires mais un nouveau paradigme

51. Il serait faux de penser que la Convention n'a pas d'impact sur les établissements médico-sociaux. En tout état de cause, il s'agit d'un texte qui reconnaît les droits des personnes handicapées et nous invite à les regarder, à l'aune des droits humains. Bien sûr, les directions peuvent se rassurer, aucun contrôle ne viendra relever l'absence de mention de la Convention dans les documents internes, pas plus que l'absence de formations du personnel sur les droits conventionnels. L'ignorance des dispositions de la Convention, jusqu'à son existence, reste encore la règle dans nombre d'établissements. Nous l'avons évoqué plus haut, la passion du droit a enfermé les acteurs autour du texte de loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 et a fait en sorte que la réflexion s'arrête, empêchant d'aller plus avant dans la préhension des droits des personnes. La passion du droit a toutefois des conséquences profondes dans le secteur médico-social, dans la mesure où l'on constate que les acteurs, inondés par la prolifération des textes nationaux⁸⁷, oublient les grandes tendances internationales qui rapprochent les droits des personnes handicapées des droits humains en général. Pourtant, la Convention représente paradoxalement un texte important pour le droit des personnes handicapées, même si elle ne crée pas de droits nouveaux. Pour les directeurs d'établissement, cette situation est forcément paradoxale car elle exige que l'on fasse un pas de côté afin d'interroger les pratiques, les habitudes et la place de chacun. Toutes les parties prenantes sont invitées à s'engager dans cette voie de réflexion, les personnels des établissements, les familles et les personnes handicapées elles-mêmes. Affirmer l'importance de la Convention, alors qu'elle ne crée pas de droits nouveaux et qu'elle ne prévoit aucune sanction significative en cas de non-respect, constitue une véritable étape dans la vie d'un établissement, qui va alors s'interroger sur le sens du travail et de la place de chacun. Pour un établissement, ce texte conventionnel bouleverse les habitudes des directions, qui sont dans l'obligation de mieux considérer l'altérité.

52. Passer outre, revient à se placer de plus en plus en décalage par rapport aux mouvements internationaux. Accompagnons Monsieur Gérard Quinn et Madame Theresia Degener⁸⁸ dans

⁸⁷ Il est bien sûr fait référence aux lois, mais également à toute la production réglementaire qui inonde le secteur médico-social. La crise sanitaire déclenchée à la suite du COVID en 2020 n'a fait que multiplier cette production de normes.

⁸⁸ DEGENER T., BRUCE A., *Droits de l'homme et invalidité l'utilisation actuelle et l'usage potentiel des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme dans la perspective de l'invalidité*, New York: Nations Unies, 2002.

leur explication de l'utilisation des instruments des Nations Unies pour comprendre la perspective nouvelle de l'invalidité⁸⁹. Publiée en 2002 cette étude apporte, encore aujourd'hui, un éclairage sur la compréhension de la Convention, en décrivant le biotope indispensable à son développement. Une évidence apparaît d'emblée, considérer les droits des personnes handicapées à l'aune des droits de l'homme « *revient à considérer les personnes handicapées comme des sujets, non plus comme des objets, et partant, à ne plus voir en eux des "problèmes", mais des titulaires de droits*⁹⁰ ». Une erreur serait alors de ne pas considérer justement cette affirmation en la transformant en un « *mot-valise* » qui sera servi en toute occasion sans se soucier vraiment du respect des droits. Le secteur médico-social regorge de ces expressions générales qui, à l'instar des bâtiments vides, résonnent d'autant plus fortement qu'elles sont creuses⁹¹. Elles sont échangées au cours de nombreuses réunions, sans que leurs portées soient correctement et complètement appréhendées. Le fait de reconnaître qu'une personne handicapée est titulaire de droits, induit que l'on accorde une place à l'altérité, et, comme le souligne Monsieur Gérard Quinn et Madame Theresia Degener, que l'on permette à « *l'invalidité d'être visible* ».

53. Par ailleurs, les auteurs de l'étude insistent sur la responsabilité de l'environnement dans la production du handicap. Concrètement, c'est l'absence d'aménagements d'espace qui va gêner la présence d'une personne en fauteuil dans une entreprise et va mettre la lumière sur le handicap. La société est donc responsable des situations de handicap. A ce stade, on quitte le terrain de la seule sémantique pour convoquer la décision politique qui arbitrera entre les solutions juridiques, économiques et budgétaires. La Convention ne serait pas qu'une figure de style, mais engagerait tous les acteurs de la société. L'exemple de l'obligation d'accessibilité

⁸⁹ *Ibid.*, page 21, citation de l'allocution de Bengt Lindqvist, Rapporteur spécial de la Commission du développement social des Nations Unies chargé de la question de l'invalidité, dix-neuvième Congrès de Réhabilitation International, Rio de Janeiro, 25 – 30 août 2000 : « *L'invalidité relève des droits de l'homme. Je répète : l'invalidité relève des droits de l'homme. Ceux d'entre nous qui souffrent d'une invalidité en ont assez d'être traités par la société et par nos concitoyens comme si nous n'existions pas, ou comme si nous étions des extraterrestres. Nous sommes des êtres humains à part entière, qui réclamons des droits égaux...Quand on les interroge, la plupart des individus, y compris les politiciens et autres décideurs, sont du même avis. Le problème, c'est qu'ils n'ont pas conscience de ce à quoi ce principe devrait les obliger ; ils ne sont donc pas prêts à agir en conséquence* ».

⁹⁰ *Ibid.*, page 10.

⁹¹ Le secteur met souvent en avant l'expression « la personne au centre », formule magique qui ne nous permet pas de nous interroger sur le respect des droits des personnes. Plutôt que la notion physique de « centre », il serait préférable d'utiliser celle de « barycentre » qui met en lumière la notion subséquente d'équilibre des forces. La place de la personne sera déterminée de manière à ce que l'organisation générale s'équilibre, au détriment des droits.

illustre parfaitement ces propos⁹². Prévu initialement en 2014, cet agenda a été reporté et ses contours modifiés, afin que l'obligation d'accessibilité ne représente pas un poids économique trop important. On mesure ici l'impact que peut avoir un texte national ou international qui laisse une assez grande latitude quant à son application. On mesure également la responsabilité de tous les acteurs en face de ce changement de paradigme. Les pouvoirs publics pourront désormais être considérés responsables du manque d'action, pour faire évoluer l'environnement afin qu'il ne crée pas de situations handicapantes. De leur côté, les établissements doivent réviser leur fonctionnement afin de faciliter la participation et l'autonomie des personnes. Les familles, quant à elles, sont invitées à accepter que leur proche prenne plus de risques, dedans ou en dehors des établissements d'accueil. On pourrait encore allonger la liste des changements inhérents à la Convention. L'étude poursuit⁹³ en rappelant que les droits des personnes handicapées s'inscrivent dans une perspectives de droits humains⁹⁴ reconnus pour tous⁹⁵. Le handicap doit être regardé comme un problème social, non plus comme un strict problème médical. Pour nous aider à appréhender concrètement la Convention, un guide à l'intention des observateurs des droits de l'homme a été publié par le Haut-commissariat aux droits de l'homme en 2010⁹⁶. Il rappelle les difficultés des personnes handicapées à jouir de leurs droits

⁹² Pour aborder la question de l'accessibilité, on évoquera le terme d'agenda d'accessibilité programmée (Ad'AP).

⁹³ Les Nations Unies avaient publié dès 1993 une résolution adoptée par l'Assemblée générale le 20 décembre 1993. Règles des Nations Unies pour l'égalisation des chances des handicapés, [En ligne], Disponible à l'adresse : <http://minas.cm/fr/conventions/47-les-22-regles-des-nations-unies-sur-l-egalisation-des-chances-des-personnes-handicapees/file.html>, [Consulté le 17 septembre 2022].

⁹⁴ Il existe neuf instruments principaux concernant les droits humains au niveau international. Il s'agit de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, celle relative aux droits de l'enfant, aux droits des personnes handicapées. Il faut également mentionner Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et celle concernant la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

⁹⁵ *Ibid.*, page 10 : « Le débat sur les droits des personnes handicapées ne vise point tant la jouissance de droits spécifiques que la nécessité de garantir de la jouissance effective de tous les droits de l'homme, sans discrimination aucune, aux personnes handicapées. Le principe de non-discrimination permet généralement d'appliquer les droits de l'homme au contexte particulier de l'invalidité, comme c'est le cas pour l'âge, le sexe et les enfants. Les principes de non-discrimination et du droit des personnes handicapées de jouir, sur un pied d'égalité avec les autres citoyens, de tous les droits de l'homme, sont donc le souci majeur qui inspire les réformes, attendues depuis longtemps, sur la façon de considérer l'invalidité et les personnes handicapées partout dans le monde ».

⁹⁶ Suivi de la Convention relative aux droits des personnes handicapées - Nations Unies,

fondamentaux du fait de leur déficience. La Convention, ouverte à la signature le 30 mars 2007, a ainsi proposé un éclairage différent en définissant le handicap comme une « *pathologie de la société* », indiquant que « *ce sont les sociétés qu'il faut faire évoluer, non pas la personne, et la Convention propose une véritable feuille de route pour ce changement*⁹⁷ ».

54. Mais une interrogation se fait jour, un changement de modèle peut-il s'opérer sans être accompagné d'un processus de contrôle ? A cette question, on aimerait répondre par l'affirmative sans craindre d'être accusé de complaisance face à des situations qui évoluent peu. Un texte international interprété comme étant une simple déclaration entre États n'aura le plus souvent que peu d'impact. A l'identique, un texte national qui ne reflète qu'une intention des parties, si bonne soit-elle, restera lettre morte. Dans le champ médico-social, on peut citer la multiplication des chartes qui n'ont qu'un impact juridique faible. On ne compte plus en effet les chartes de bientraitance⁹⁸ dans les établissements qui viennent compléter la charte des droits et libertés de la personne accueillie⁹⁹. La faiblesse de la force juridique d'une charte a été éclairée par le peu d'attrait accordé à celle figurant à l'article six de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002 qui obligeait les fédérations et les organismes, privés comme publics, à rédiger un texte posant les principes éthiques et déontologiques afférents au fonctionnement des établissements. Plutôt que la production d'un texte national, qui n'a jamais vu le jour¹⁰⁰, chaque association a mis en avant sa propre charte qui est venue s'ajouter aux recommandations de bonnes pratiques de l'Anesm¹⁰¹. Ce faisant, chacun à son niveau, a participé à l'inflation des textes. Et les acteurs

[En ligne], Disponible à l'adresse :

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR_P_PT_17_fr.pdf, [Consulté le 17 septembre 2022].

⁹⁷ *Ibid.*, page 5.

⁹⁸ Guide de la bientraitance,

[En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2012-10/bientraitance_-_charte_guide.pdf, [Consulté le 18 septembre 2022].

⁹⁹ Article L.311-4 - Code de l'action sociale et des familles – Légifrance,

[En ligne], Disponible à l'adresse:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000041721298, [Consulté le 18 septembre 2022].

¹⁰⁰ La rédaction de cette charte nationale, prévue par la loi, n'est jamais intervenue. Le secteur médico-social a, au contraire, développé des chartes internes. Ce faisant, on a participé à l'inflation des textes et des normes à respecter pour un établissement médico-social.

¹⁰¹ L'agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux a été remplacée par la Haute autorité de santé créée par la loi du 13 août 2004

[En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2009-08/loi_n_2004-810_du_13_aout_2004_relative_a_lassurance_maladie.pdf, [Consulté le 18 septembre 2022].

s'aperçoivent que toutes ces chartes internes sont différentes d'un établissement à l'autre, ce qui affaiblit d'autant la force juridique du texte dans l'esprit de chacun.

55. Pour permettre un suivi de la Convention, les Nations Unies ont prévu un mécanisme national¹⁰² ainsi que la production de rapports évalués par le Comité des droits des personnes handicapées. Ces rapports sont l'occasion pour les institutions en charge du suivi au niveau national d'émettre un avis sur l'application de la Convention pour son pays. Ces regards extérieurs viennent alimenter les discussions autour de l'examen de la situation du pays par le Comité de l'ONU pour le droit des personnes handicapées. Les remarques de la société civile sont publiques et ne permettent pas à l'État de masquer une situation interne qui ne serait pas en conformité avec les lignes de la Convention. Celle-ci prévoit dans son article 35 que les États s'engagent à présenter un premier rapport dans les deux ans « *à compter de l'entrée en vigueur de la Convention* ». En Belgique¹⁰³ comme en France¹⁰⁴, ce délai conventionnel n'a pas été respecté. Alors que la Belgique a engagé l'examen de son deuxième rapport en 2019, la France a terminé en 2021 l'examen de son premier rapport. On peut s'étonner de ces retards qui n'aident pas l'acculturation des sociétés nationales. Comment faire en sorte que les acteurs embrassent pleinement les dispositions conventionnelles en les considérant comme essentielles, alors que les pouvoirs publics sont incapables de respecter leurs obligations ? Apporter une réponse cohérente à cette question paraît complexe. En France, la Défenseure des droits a multiplié les rapports pointant les difficultés rencontrées par les personnes handicapées, afin d'alerter les pouvoirs publics sur les espaces à l'intérieur desquels le droit n'est pas respecté. Le rapport de 2022 relatif à l'accompagnement humain des élèves en situation de handicap¹⁰⁵

¹⁰² Chaque pays signataire de la Convention doit désigner une institution nationale pour assurer le suivi de la Convention. Désigné en 2011, par le gouvernement français, comme mécanisme indépendant chargé du suivi de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), le Défenseur des droits assure au sein d'un dispositif national, en lien avec les personnes handicapées et les associations qui les représentent, une mission de protection, de promotion et de suivi de l'application de la Convention. Il veille au respect par l'État de ses engagements internationaux. En Belgique, la Convention est entrée en vigueur le 1er août 2009. Depuis 2011, Unia exerce le mandat de mécanisme indépendant chargé de la promotion, de la protection et du suivi de l'application de la Convention sur le sol belge.

¹⁰³ La Belgique a signé la Convention le 30 mars 2007 et ratifié celle-ci le 2 juillet 2009. Cela veut dire que la Belgique s'est engagée à présenter des rapports réguliers à un comité d'experts indépendants. La Convention est entrée en vigueur le 1er août 2009 au niveau national. Après plusieurs échanges, les observations finales du comité des droits ont été remises à l'Assemblée générale de l'ONU en 2014.

¹⁰⁴ En France, l'examen final du premier rapport s'est terminé en 2021. Même si la crise sanitaire peut expliquer certains retards, on peut déplorer un retard de production de plusieurs années.

¹⁰⁵ L'accompagnement humain des élèves en situation de handicap,

fournit un exemple pour illustrer l'écart persistant entre le discours politique, les exigences du droit et la réalité vécue par les personnes et les familles. Dès la première page du rapport¹⁰⁶, la Défenseure des droits insiste sur ces situations d'absence d'enseignement qui renseigne le public sur un non-respect des droits et libertés. Ce faisant, la Défenseure des droits inscrit son action dans la continuité de celle de Monsieur Jacques Toubon, son prédécesseur, qui nous invitait à considérer les droits des personnes depuis la naissance¹⁰⁷. De ces exemples, il faut retenir l'appel adressé aux pouvoirs publics afin que les situations juridiques soient conformes au droit conventionnel, et que la passion du droit embrasse toutes les sources, dans la mesure où elle permet une amélioration des situations.

56. Pour un juriste, l'attitude des pouvoirs publics face à la Convention interroge. Après avoir choisi de ratifier la Convention, peu de communications ont été faites autour du texte en direction de la société. Dix ans après la ratification, le Défenseur des droits organisait un colloque pour établir un premier bilan de mobilisation de cet outil. Il constatait que les professionnels du droit et les personnes chargées d'accompagner les personnes handicapées ignoraient la Convention et qu'aucune action d'acculturation significative n'était organisée. Pour que la situation évolue, le Défenseur des droits a souhaité qu'une étude soit faite sur l'analyse des effets juridiques de la Convention. Confiée à un Conseiller honoraire à la Cour de cassation. Elle a été publiée pour éclairer les acteurs sur les possibilités offertes pour mobiliser les droits pour les personnes handicapées¹⁰⁸.

[En ligne], Disponible à l'adresse :

<https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/aesh-2022-num-access.pdf>,

[Consulté le 19 septembre 2022].

¹⁰⁶ La Défenseure des droits, Madame Claire Hédon, illustre plusieurs situations de non-respect des droits : « *En ce matin de rentrée scolaire mon garçon ne s'est pas levé pour prendre le petit-déjeuner avec son frère et sa sœur ! Non, lui il n'a pas école, car il n'a pas d'AESH (...)* ». « *Où est-il écrit que l'école serait réservée aux élèves non handicapés ? L'école est un droit constitutionnel, un patrimoine commun. Nous parents d'enfants en situation de handicap n'avons pas à remercier l'école d'accueillir nos enfants* ». « *Depuis juin je suis en contact avec l'école, on m'a dit de rappeler, de rappeler encore, puis le 7 juillet d'attendre désormais fin août, où j'aurai enfin une réponse. Nous avons passé l'été, à la fois plein d'espoir et d'angoisse, puis la veille de la rentrée, rien, pas d'AESH pour notre fils* ».

¹⁰⁷ [En ligne], Disponible à l'adresse :

<https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rae-2018-numaccessible-20.11.18.pdf>, [Consulté le 19 septembre 2022].

¹⁰⁸ [En ligne], Disponible à l'adresse :

https://defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/02._rapport_de_michel_blatman.pdf, [Consulté le 19 septembre 2022].

La Convention, un éclairage partiel qui questionne

57. Suivre l'article 55 de la Constitution de 1958 nous invite à prendre en compte la Convention dans l'ordre juridique français. À côté du travail du législateur national, la passion du droit nous oblige à considérer les phénomènes d'extranéité par le biais du droit européen et du droit conventionnel. La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, s'inscrit dans une dynamique de reconnaissance des droits par référence aux nombreux textes relatifs aux droits humains. L'adoption d'un texte ne peut suffire à assurer sa diffusion dans toute la société ; il est donc nécessaire que les différents acteurs apportent un éclairage concret permettant son application. L'analyse des rapports d'application nationaux de la Convention offre une occasion de mesurer les écarts entre ce que signifient les différents articles et ce que les États entendent. Un détour par la Belgique nous permet de prendre conscience des différences d'approche avec la France quant à l'appropriation de la Convention. La comparaison entre ces deux États pourrait s'expliquer par notre histoire commune, par une proximité géographique ou encore des systèmes juridiques qui se ressemblent. Cependant, la comparaison se justifie, dans le cadre de notre recherche, parce que la Belgique et plus particulièrement la Wallonie, accueille nombre de français handicapés dans ses établissements médico-sociaux. Cette situation permet de se rendre compte des différences de conjugaison de la philosophie conventionnelle.

58. Lorsqu'on écoute les familles, on constate que les motifs de départ vers la Wallonie sont multiples. Si certaines personnes font ce choix parce qu'elles habitent proches de la frontière, d'autres considèrent que l'accompagnement est de bonne qualité et que les droits des personnes sont parfaitement reconnus, quand d'autres enfin, affirment que ce choix n'est pas véritablement le fruit d'une décision éclairée mais qu'il s'imposait par manque de place en France. Et on voit poindre, une dimension budgétaire dans le champ médico-social et des décisions contraintes à défaut de solutions idoines proches du domicile. Il faut écouter ces parents parisiens raconter leur semaine qui débutait par un voyage en Wallonie pour accompagner leur enfant dans un établissement, avant de revenir sur Paris pour entamer leur semaine de travail. On comprend alors rapidement qu'on est éloigné de la Convention et de son article 19 concernant l'autonomie et l'inclusion dans la société¹⁰⁹. Ces départs ont été qualifiés

¹⁰⁹ Article 19 CIDPH : « Les États Parties à la présente Convention reconnaissent à toutes les personnes handicapées le droit de vivre dans la société, avec la même liberté de choix que les autres personnes, et prennent des mesures efficaces et appropriées pour faciliter aux personnes handicapées la pleine

« d'exil », laissant l'inconscient collectif penser que les personnes handicapées auraient été contraintes au départ. Poursuivant ce récit, la France a proposé la signature d'une convention à la Région wallonne¹¹⁰ afin que les établissements belges répondent aux mêmes exigences que les établissements français. Une fois encore, la passion du droit l'emportait, obligeant les établissements wallons sous régime d'autorisation de prise en charge¹¹¹ à respecter les textes issus de la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002.

59. Quel éclairage retient-on de la Convention en France ? Sans hésitation, un mot nous vient immédiatement à l'esprit : l'inclusion. Ce terme a envahi l'espace sémantique et médiatique, laissant à penser que la Convention ne traite que de cet aspect des choses. Désormais, un directeur doit favoriser les actions inclusives : son établissement doit être inclusif jusqu'à ses propositions budgétaires qui doivent l'être aussi. Les politiques ont saturé l'espace avec ce terme, en omettant le reste des droits humains figurant dans la Convention. Et chacun de suivre le mouvement pour être plus inclusif que son voisin, sans prendre un instant pour lire la Convention et pour comprendre les changements qu'elle induisait pour les établissements médico-sociaux. Ce manque de recul explique les réactions des acteurs à la lecture du premier et seul rapport de la France par le comité des droits de l'ONU. Ce dernier rappelle que les

jouissance de ce droit ainsi que leur pleine intégration et participation à la société, notamment en veillant à ce que :

a) Les personnes handicapées aient la possibilité de choisir, sur la base de l'égalité avec les autres, leur lieu de résidence et où et avec qui elles vont vivre et qu'elles ne soient pas obligées de vivre dans un milieu de vie particulier ;

b) Les personnes handicapées aient accès à une gamme de services à domicile ou en établissement et autres services sociaux d'accompagnement, y compris l'aide personnelle nécessaire 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 ;

c) Les services et équipements sociaux destinés à la population générale soient mis à la disposition des personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, et soient adaptés à leurs besoins ».

¹¹⁰ La première convention date de 2011 et a été suivie de plusieurs avenants. Il est intéressant de souligner que cette première convention intervient après la date d'approbation de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, et qu'elle se concentre sur des questions budgétaires et des questions de règles pour les établissements wallons.

¹¹¹ Les normes belges sont moins contraignantes que les normes françaises, notamment sur le bâti et le taux d'encadrement, le séjour en Belgique est donc moins coûteux qu'en France. Les établissements qui accueillent les Français sont pour la plupart des établissements non agréés ni subsidiés par l'Agence Wallonne pour l'intégration de la personne handicapée (AWIPH), mais disposent seulement d'une autorisation de prise en charge (APC). Désormais, les services sous autorisation de prise en charge sont appelés les services agréés dont le financement dépend d'une autorité étrangère (SAFAE). Ce sont des organismes privés, ASBL (Association sans but lucratif) ou sociétés (SA ou SPRL) qui les gèrent. Ils relèvent de l'Article 288 (anciennement article 29) du Code décrétal wallon de l'Action sociale et de Santé et sont soumis à des normes moins strictes que les établissements agréés.

établissements ne permettent pas l'autonomie, au sens de l'article 19 de la Convention et que l'État français doit favoriser la désinstitutionalisation. Le manque d'explication, sur la totalité des dispositions conventionnelles, aboutit à ce que les acteurs se braquent et s'enferment dans une traduction personnelle de la Convention. Ce faisant, on ne travaille pas à l'élimination des oppositions par le biais d'une compréhension mutuelle des textes. On doit donc admettre que l'État n'a pas eu une attitude proactive pour mettre en avant la Convention. A partir de ce constat, on se doit de chercher des explications. La première consiste à considérer que les pouvoirs publics n'ont pas mesuré toutes les conséquences de la Convention sur le droit interne et sur l'organisation du secteur médico-social. Par cette première conclusion, on a l'impression de relire les phrases du doyen J. CARBONNIER lorsqu'il évoquait la rédaction de l'article 55 de la Constitution¹¹². Cette disposition constitutionnelle était envisagée pour les traités de commerce et ne concernait pas les droits humains. La référence à la notion de réciprocité renforce l'idée d'une approche commerciale par le respect mutuel des conditions contractuelles. Les développements des droits conventionnels après 1958 nous éloignent de cette première hypothèse pour nous offrir une seconde explication plausible. En adoptant la Convention, les pouvoirs publics allaient disposer d'un outil exceptionnel qui ne crée pas de droits nouveaux pour les personnes handicapées, ne crée pas non plus d'obligations fortement sanctionnées en cas de non-respect par l'État, mais obligent les établissements médico-sociaux à modifier leur fonctionnement et à limiter leur budget de fonctionnement. Cette seconde hypothèse de lecture est certes plus cynique et ne reflète sûrement pas totalement la réalité, mais trouve un appui dans les relations quotidiennes des établissements avec les financeurs publics. A ce stade, l'affirmation des droits rejoint des préoccupations budgétaires et l'accompagnement des personnes handicapées est jaugé à l'aune de sa visée inclusive et de son coût financier. Une lecture engagée de la Convention a permis le développement d'une approche des droits des personnes handicapées par le biais budgétaire plutôt que par le biais juridique.

60. On retrouve un exemple de cette préoccupation financière et de cet arbitrage entre le droit et le budget dans les relations entre la France et la Wallonie. La dernière proposition de convention fixe un nombre limitatif d'entrée dans les établissements wallons. Le gouvernement français voulait imposer aux établissements la signature de conventions dans lesquels ils

¹¹² CARBONNIER J., *Op.cit.*, 1996, p.35 : « C'était un texte banal à première vue que cet article, au titre des traités et accords internationaux... Probable qu'à l'origine, l'article 55 ne voulait rien dire de plus : la France rassurait ses co-contractants en les assurant qu'elle ne s'affranchirait pas de ses engagements en arguant de ses lois internes. On semblait avoir pensé aux traités de commerce ».

s'engagent à limiter le nombre d'accueil de français. On est alors loin de l'article 19 de la Convention qui reconnaît l'autonomie de la personne handicapée et sa liberté de choix de son lieu de vie, de ses modes d'accompagnement et des personnes qui l'aident. On dénie aux personnes le choix d'un établissement wallon offrant une gamme de prestations assez large et des méthodes appropriées malgré qu'une offre similaire n'existe peut-être pas à proximité sur le territoire français¹¹³. Cette orientation financière a été rejetée par la justice au motif qu'elle ne respecte pas le choix des personnes qui peuvent rester sans solution. La prise en charge des frais d'hébergement en Wallonie a été confirmée par un arrêt du Conseil d'État du 11 mars 2022¹¹⁴.

61. L'analyse de la démarche engagée par les pouvoirs publics, en vue de réformer la tarification des établissements, fournit une autre illustration de la place accordée à l'effectivité du droit par rapport au volet budgétaire. En janvier 2015, le projet SERAFIN-PH a été lancé¹¹⁵ par la secrétaire d'État aux personnes handicapées et à la lutte contre l'exclusion. Très vite, les établissements ont été consultés pour participer à la réalisation d'un nouveau référentiel tarifaire pour les établissements. Chaque acte d'accompagnement doit être identifié et quantifié de manière à fixer son prix justement. Le rapprochement avec le secteur sanitaire et la tarification à l'activité apparaît clairement lorsqu'on consulte le site internet du ministère¹¹⁶. Ce cheminement commun ne rassure pas les parties prenantes sur la place accordée au droit et sur les résultats attendus de ce type de démarche au regard des constats que l'on peut faire sur le fonctionnement des hôpitaux. Par ailleurs, on peut s'arrêter sur la sémantique mise en avant

¹¹³ On peut ici faire référence au moratoire décidé par les autorités françaises visant à limiter les départs des français vers la Wallonie, [En ligne], Disponible à l'adresse : [Bulletin officiel Santé - Protection sociale - Solidarité n° 2022/8 du 31 mars 2022 \(sante.gouv.fr\)](#), [Consulté le 11 janvier 2024].

¹¹⁴ CE, Réf., 11 mars 2022, ASBL Etoile Filante c/ Ministre des solidarités et de la santé, n° 461752.

¹¹⁵ L'acronyme SERAFIN-PH signifie : « *Services et Etablissements : Réforme pour une Adéquation des financements aux parcours des Personnes Handicapées* ». Il s'agit de créer un référentiel tarifaire dans le but d'allouer des ressources aux établissements.

¹¹⁶ Le site internet « Vie publique » définit la tarification à l'activité de la manière suivante, « La tarification à l'activité (T2A) est une méthode de financement des établissements de santé mise en place à partir de 2004 dans le cadre du plan « Hôpital 2007 ». Elle repose sur la mesure et l'évaluation de l'activité effective des établissements qui détermine les ressources allouées. La T2A constitue désormais le mode quasi unique de financement pour les activités de médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie (MCOO) des établissements de santé aussi bien publics que privés ». [vie-publique.fr](#), « Soins hospitaliers : T2A et autres modes de financement », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.vie-publique.fr/fiches/37927-financement-des-soins-lhopital-la-tarification-lactivite-t2a>, [Consulté le 23 septembre 2022].

pour soutenir ce projet de réforme. La tarification va s'élaborer à partir des besoins des personnes handicapées, alors que la Convention nous invite à considérer plutôt les demandes¹¹⁷. On pourrait considérer qu'il s'agit ici d'un point de détail qui n'a qu'un faible impact sur les résultats attendus. Il nous apparaît important de saisir, malgré tout, une différence tenant au point de départ de l'évaluation, les besoins étant le plus souvent évalués par une personne extérieure alors que les demandes proviennent directement des personnes handicapées elles-mêmes. La sémantique, dans le cadre des demandes, laisse sa place au droit en considérant la personne handicapée en tant que sujet à part entière, capable d'émettre des souhaits. Au contraire, la valorisation des besoins renseigne sur la place des personnes dans le processus de décision, celles-ci étant relayées au second rang derrière l'expertise des professionnels du secteur médico-social.

62. Le nouveau référentiel tarifaire à la base de la réforme a été testé dans les établissements avant d'être proposé à la Caisse nationale pour la solidarité et l'autonomie pour validation. Si le principe est louable, on peut toutefois regretter la manière dont les tests se sont déroulés. Rapidement, après avoir découpé la journée d'une personne handicapée en autant d'actes de la vie courante que l'on peut quantifier et minuter, s'est posée la question de la « remontée » des résultats. Respectant le rythme personnel de chacun, l'habillement, les toilettes ou les repas pouvaient mobiliser plus de temps pour une personne que pour la moyenne constatée pour l'ensemble des personnes de l'établissement. Au lieu de prendre en considération ses besoins particuliers, la Caisse nationale a demandé de ne pas valoriser l'accompagnement des personnes lorsque celui-ci réclamait trop de temps. On peut supposer que cette démarche d'exclusion poursuit un but unique, celui de ne pas alourdir les temps d'accompagnement moyen par établissement et, subséquent, d'augmenter le coût de chaque prestation.

¹¹⁷ Parfois, on assimile ou juxtapose besoins et demandes, au profit des premiers et en minorant les seconds, considérant qu'il s'agit des mêmes catégories et des mêmes contenus. Mais les demandes ou les aspirations diffèrent de la notion de besoins, ceux-ci entrant dans des catégories psychosociales ou administratives, dans lesquelles n'entrent pas forcément les premières. Les demandes viennent des personnes en situation de handicap elles-mêmes (ou de leurs parents si elles sont mineures), qualifiées dans le champ de leur accompagnement d'usagers. Elles concernent des souhaits, des aspirations, des rêves parfois, un projet ... et des besoins vitaux ou moins vitaux. Elles ne rentrent pas toutes dans la catégorie « besoins ». Ceux-ci, en dehors de ce qu'exprime l'usager, relève le plus souvent de ce que peuvent évaluer, au nom des normes sociales, les professionnels en terme de compensation médicale, thérapeutique ou éducative.

63. Que dire de cette démarche sinon qu'elle nous éloigne de la Convention des droits et qu'elle ne participe nullement d'une démarche d'acculturation indispensable. Ces différents exemples illustrent l'arbitrage qui est mis en avant entre la perspective des droits humains et la perspective financière. Ce télescopage brouille forcément le message juridique et pousse les acteurs à évoluer sur un terrain mouvant. Dans ce contexte d'incertitude, on comprend que le thème de l'inclusion trouve difficilement une place correcte dans le débat, les acteurs se demandant ce que recouvre exactement le terme et ses incidences sur les finances de l'établissement et sur leur outil de travail. Au 17^{ème} siècle, le Cardinal de Retz l'affirmait déjà : « *on ne sort de l'ambiguïté qu'à son détriment* », appliquée aux droits des personnes handicapées, on comprend que cette ambiguïté permet aux pouvoirs publics de ne pas appliquer complètement la Convention et de ne pas rendre les droits totalement effectifs. On met en avant l'insertion, mais des élèves en situation de handicap restent chez eux, et des personnes ne pourraient plus choisir d'être accueillies dans un établissements wallons. Cette posture française mérite d'être comparée avec ce qui est proposé en Belgique.

La Constitution belge dans la continuité de la Convention

64. En France¹¹⁸ comme en Belgique¹¹⁹, la Convention a été rapidement adoptée, signe que les deux pays considéraient qu'il était important de reconnaître plus justement les droits des personnes handicapées. Si l'idée de départ est la même, on peut s'interroger sur le point de savoir si les deux pays ont fait vivre la Convention de manière identique. Un constat s'impose rapidement, la France n'a pas fait grande publicité de la Convention. Il suffit de se rappeler les consignes données par les autorités publiques lors des premières évaluations externes des établissements pour constater que les contrôles portaient surtout sur l'application des lois internes au pays. Au contraire, la Belgique a proposé de modifier sa constitution pour intégrer les principes conventionnels. Au-delà du symbole, cette modification est le fruit d'une longue bataille parlementaire. Dès 2007, après l'adoption du texte par l'assemblée générale de l'organisation des Nations Unies, les parlementaires belges vont proposer d'inscrire un article 22^{ter} dans la Constitution. Au regard du droit constitutionnel belge, cette démarche d'inscription entraîne un processus assez important qui redistribue les cartes politiques du pays. En effet,

¹¹⁸ La France a signé la Convention le 30 mars 2007 et le Protocole facultatif le 23 septembre 2008. Le 18 février 2010, la France a ratifié la Convention et le Protocole facultatif qui sont entrés en vigueur le 20 mars 2010.

¹¹⁹ La Convention relative aux droits des personnes handicapées a été adoptée par les Nations Unies le 13 décembre 2006. En Belgique, la Convention est entrée en vigueur le 1er août 2009.

contrairement à la France, une modification constitutionnelle se traduit par une dissolution immédiate du Parlement et, subséquemment, par un arrêt du mandat des élus. Pour mesurer complètement les différences, il paraît utile de s'interroger sur un processus analogue qui aboutirait en France par la dissolution du Parlement. Il s'agit donc d'un acte fort qui dépasse la simple posture politique. Par ailleurs, la modification constitutionnelle n'est possible que sur des propositions analogues de la part du Parlement et du pouvoir exécutif. Une modification suppose donc un accord des partis politiques reflétant une tendance forte de la société. Dès 2007, on peut donc conclure que la société était prête pour réfléchir à des changements permettant d'inscrire la fin des situations handicapantes dans la Constitution. Il s'agit d'une volonté forte de la société belge puisque le texte proposé en 2007 est pratiquement identique à celui qui sera adopté en définitive en 2021. Plus de dix ans de discussions et de changements politiques n'ont pas entamé la volonté d'inscription d'un nouvel article dans la Constitution. Ce temps long a toutefois permis de suivre de plus près encore les mouvements de la société, le terme d'inclusion venant remplacer celui d'intégration initialement proposé.

65. En 2021, l'article 22^{ter} a donc été adopté dans la Constitution belge. L'inclusion est désormais protégée par la Constitution au travers de ces quelques lignes : « *Chaque personne en situation de handicap a le droit à une pleine inclusion dans la société, y compris le droit à des aménagements raisonnables. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134¹²⁰ garantissent la protection de ce droit* ». Cette disposition ne reprend pas la totalité des articles de la Convention, mais porte en exergue des notions fondamentales au regard des exigences de la Convention. Tout d'abord, il est fait mention des « situations de handicap », ce qui fait référence au poids de l'environnement dans le processus du handicap. La responsabilité de tous les acteurs de la société belge est donc pointée, ce qui permet d'abandonner la vision médicale du handicap au profit d'une vision sociale. D'autre part, l'article nous invite à considérer l'article 19 de la Convention¹²¹ qui aborde l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société,

¹²⁰ L'article 134 de la Constitution belge habilite le législateur spécial à donner force de loi aux décrets et ordonnances régionales : « *Les lois prises en exécution de l'article 39 déterminent la force juridique des règles que les organes qu'elles créent prennent dans les matières qu'elles déterminent. Elles peuvent conférer à ces organes le pouvoir de prendre des décrets ayant force de loi dans le ressort et selon le mode qu'elles établissent* »,

[En ligne], Disponible à l'adresse :

https://www.senate.be/doc/const_fr.html#t3, [Consulté le 24 septembre 2022].

¹²¹ Convention relative aux droits des personnes handicapées,

[En ligne], Disponible à l'adresse :

ainsi que l'article 9 concernant l'accessibilité. Vivre dans la société comme tous les citoyens, en pouvant disposer des mêmes droits et d'un égal accès à tous les services sur une base d'égalité, tels sont les premiers droits qui doivent être reconnus effectivement pour les personnes en situation de handicap. Avec cet article 22^{ter}, le législateur belge a donc posé les bases d'« *une vie bonne, avec et pour autrui, dans des institutions justes* »¹²². Comme le soulignaient Madame I. Hachez¹²³ et Monsieur J. Vrieling¹²⁴ lors de leur présentation devant le Conseil National Supérieur des Personnes Handicapées le 20 octobre 2021¹²⁵, peu de pays ont inscrit un article concernant les personnes en situation de handicap dans leur Constitution, « *En France et aux Pays-Bas, rien n'est prévu concernant les personnes en situation de handicap dans leur Constitution. Par contre, l'Allemagne indique à l'article 3 que personne ne peut être discriminé sur base de sa situation de handicap. Au Luxembourg, une disposition générale a été ajoutée en 2007 concernant notamment l'intégration sociale des citoyens et citoyennes en situation de handicap dans l'article 11* ».

66. D'une manière générale l'article 22^{ter} a porté le thème de l'inclusion au plus près des citoyens, en lui donnant plus de visibilité au niveau interne. Le législateur belge devra tenir compte de cet article et pourra voir son action remise en cause en raison du mécanisme de Standstill¹²⁶ qui impose aux autorités de ne pas prendre des mesures qui diminueraient la protection existante dans la Constitution. Le temps manque pour avoir suffisamment de recul pour jauger l'impact juridique de cette réforme constitutionnelle. Le Belgium Disability Forum¹²⁷ (BDF) s'était félicité, dès le 15 mars 2021, du vote du Parlement et de la reconnaissance du droit à l'inclusion par la Constitution. Jusqu'à ce vote, le Conseil d'Etat ou

<https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/conventionrightspersonswithdisabilities.aspx>, [Consulté le 24 septembre 2022].

¹²² RICOEUR P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil Points Essais, 2015.

¹²³ Professeure de droit à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et co-présidente du CIRC (Centre Interdisciplinaire de Recherches en droit Constitutionnel), notamment. Elle a co-dirigé, avec Jogchum Vrieling, l'ouvrage intitulé : *les Grands arrêts en matière de handicap*, Larcier, 2020.

¹²⁴ Professeur de droit à l'Université Saint-Louis – Bruxelles (CIRC).

¹²⁵ Présentation de Isabelle Hachez et Jogchum Vrieling,

[En ligne], Disponible à l'adresse :

<http://ph.belgium.be/fr/nouvelles-amp-presse/01-12-2021-l-article-22ter-de-la-constitution-quelle-s-plus-value-spour-les-personnes-en-situation-de-handicap.html>, [Consulté le 24 septembre 2022].

¹²⁶ Le mécanisme de Standstill ou « effet cliquet », oblige le législateur à examiner les textes pour éviter qu'ils contreviennent au droit en vigueur.

¹²⁷ Le Belgian Disability Forum asbl (BDF) regroupe 18 organisations belges représentatives des personnes handicapées. Le BDF représente les personnes handicapées belges au niveau européen et supranational. Le BDF a pris la forme d'une association sans but lucratif (ASBL).

la Cour constitutionnelle belge convoquaient les articles 10¹²⁸ et 11¹²⁹ sur l'égalité, l'article 22¹³⁰ sur la vie privée et l'article 23¹³¹ concernant les droits économiques et sociaux. L'article 22^{ter} offre l'opportunité de faire reconnaître l'inclusion dans toutes les strates de la société belge de manière directe. La seconde partie de l'article impose au législateur, ainsi qu'aux pouvoirs publics, d'adopter des dispositions conformes à la Constitution, norme supérieure du droit belge.

67. Faisons halte à ce stade pour répondre à une question née des constatations faites en France comme en Belgique, le simple développement du droit national et international permet-il de garantir son effectivité ? A cette interrogation, il apparaît difficile d'apporter une réponse assurée tant le thème de l'effectivité est complexe à cerner. On constate le besoin de textes pour asseoir les droits en général et les droits humains en particulier. En plus des législations nationales, des textes européens et internationaux viennent compléter les dispositifs normatifs. Cette inflation de textes peut, dans un premier temps, inquiéter les acteurs qui ne tardent pas à se plaindre de textes nouveaux qu'il leur faut appliquer dans les établissements. Cette première réaction passée, on constate que l'on peut très vite se rassurer au regard de la profusion des textes, sans s'interroger sur leurs effets réels sur les droits des personnes. Une fois de plus, il nous faut nous plonger dans la sémantique et se poser la question de l'effectivité des textes au sens de leur pénétration dans la sphère sociale.

¹²⁸ Article 10 de la Constitution belge : « *Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres. Les Belges sont égaux devant la loi ; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers. L'égalité des femmes et des hommes est garantie* ».

¹²⁹ Article 11 de la Constitution belge : « *La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. A cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques* ».

¹³⁰ Article 22 de la Constitution belge : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit* ».

¹³¹ Article 23 de la Constitution belge : « *Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. à cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice* ».

Expliquer les responsabilités en établissement pour favoriser la CIDPH

68. La réflexion autour d'une nouvelle organisation des établissements ouvre la discussion auprès de chaque direction, qui doit parvenir seule à définir les termes et à expliquer clairement le nouveau paradigme. Les termes de la Convention définis, les directions doivent alors répondre aux questions soulevées par la notion de responsabilité. Dans les établissements, la vision conventionnelle est intimement liée aux questions de responsabilité des acteurs. Dans quelle mesure, est-on responsable des infractions commises par une personne handicapée que l'on accompagne en respectant ses souhaits ? Les conditions de sécurité et de surveillance ne peuvent être identiques dans un établissement ou dans un logement autonome en ville. Dans ces conditions, une question sera posée avant d'aller plus avant dans l'accompagnement, dans quels cas suis-je responsable ?

69. Pour que la philosophie de la Convention quitte la sphère de la rhétorique et imprègne pleinement toutes les actions quotidiennes d'accompagnement, il est indispensable que l'ensemble des acteurs soit rassuré par un environnement juridique qui ne freine pas les actions d'accompagnement. La seconde partie de notre développement sera donc consacrée à la définition des contours de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale, afin que les règles soient correctement appréhendées par tous les acteurs. Les réformes belges et françaises du droit de la responsabilité fournissent un éclairage sur les démarches nationales en œuvre et peuvent expliquer la vitesse d'intégration différente des textes dans le droit commun.

Développer les actions communes pour diffuser la Convention dans la société

70. Au-delà des actions d'explication et d'acculturation qui peuvent être menées dans les établissements médico-sociaux, il est nécessaire, en complément, que des actions communes soient dirigées contre les États afin de forcer les actes à rejoindre les paroles et de faire en sorte que le corpus des droits des personnes handicapées soit reconnu et appliqué. Le Conseil de l'Europe offre une opportunité pour les associations représentatives des personnes handicapées de faire entendre leur voix par le truchement des réclamations collectives qu'elles peuvent porter. Seules les actions collectives contre un Etat peuvent être prises en compte par le Comité des droits sociaux du Conseil de l'Europe (le « CEDS »). En éloignant les débats des cas individuels, pour s'attacher aux démarches globales d'un État, les réclamations collectives ont

pour but de faire reconnaître le manque d'action des États devant les 48 autres membres du Conseil de l'Europe.

71. Cette reconnaissance est mise à l'épreuve dès le démarrage de l'action, dans la mesure où les associations qui souhaitent soutenir une réclamation collective doivent s'appuyer sur des associations reconnues par le Conseil de l'Europe. Pour illustrer notre propos, nous prendrons appui sur la réclamation collective portée par cinq associations¹³² et déposée par deux réseaux

¹³² APF France Handicap, il s'agit d'une importante organisation française, reconnue d'utilité publique, de défense et de représentation des personnes en situation de handicap et de leurs proches. Elle rassemble aujourd'hui 100 000 acteurs : adhérents, élus, salariés, bénévoles et volontaires, usagers, sans compter ses dizaines de milliers de donateurs, donatrices et sympathisants. APF France handicap porte des valeurs humanistes, militantes et sociales et un projet d'intérêt général, celui d'une société inclusive et solidaire. L'association agit contre les discriminations et pour l'égalité des droits, la citoyenneté, la participation sociale et le libre choix du mode de vie des personnes en situation de handicap et de leur famille. APF France handicap intervient dans tous les domaines de la vie quotidienne avec ses 550 structures réparties sur tout le territoire. Son modèle socio-économique unique et original en Europe permet à APF France handicap d'être en adéquation avec les projets et besoins des personnes en situation de handicap et de leur famille,

CLAPEAHA, Le Comité de liaison et d'action des parents d'enfants et d'adultes atteints de handicaps associés relaie les préoccupations spécifiques des personnes en situation de handicaps rares et/ou complexes (multi sensoriels telle la surdité, polyhandicap) avec altération souvent sévère de leurs capacités de décision et d'action dans les actes essentiels de la vie quotidienne. Il est à l'origine de la création du schéma national handicap rare,

UNAFAM, Il s'agit d'une association d'utilité publique, qui depuis 1963, accueille, écoute, soutient, forme, informe et accompagne les familles et l'entourage de personnes vivant avec des troubles psychiques et défend leurs intérêts communs. La prise en compte de la personne, la solidarité, le militantisme, la démocratie en santé constituent le socle des valeurs sur lequel l'Unafam construit son action pour soutenir les familles, pour améliorer le parcours de vie des personnes vivant avec des troubles psychiques, favoriser leur insertion sociale et professionnelle et accroître leur autonomie dans la cité. Elle compte plus de 14 500 adhérents, 120 délégations et 300 points d'accueil,

FNATH, Forte de 100 000 adhérents et d'un maillage de 1000 associations départementales et locales, la FNATH accompagne, défend et représente les personnes accidentées de la vie, quelle que soit l'origine de leur accident ou de leur maladie, dans leurs démarches d'accès aux droits. Elle accompagne ainsi près de 15 000 nouvelles personnes, y compris dans des démarches contentieuses devant les tribunaux, pour les aider à faire reconnaître leurs droits. Au-delà de cette défense individuelle, la FNATH agit et se mobilise également tant au plan national que local pour défendre les droits collectifs des personnes,

UNAPEI, Première fédération d'associations française de représentation et de défense des intérêts des personnes handicapées intellectuelles et de leurs familles, l'Unapei milite pour une société inclusive et solidaire. L'Unapei et ses 550 associations membres agissent pour que chaque personne handicapée soit considérée comme un citoyen à part entière et dispose de réponses adaptées à ses souhaits. Elles rassemblent plus de 55 000 familles adhérentes et 71 500 bénévoles et emploient 94 000 professionnels au sein de 3100 établissements et services médico-sociaux qui accompagnent 200 000 personnes handicapées sur tout le territoire français.

européens¹³³. L'objectif de cette réclamation collective est clairement affiché et a pour but la condamnation de l'État français pour violation des droits fondamentaux des personnes handicapées. Les associations regrettent le retard pris par l'État et, de manière subséquente, la dégradation de la situation sociale des personnes handicapées et de leur famille. Malgré le fait d'avoir promis de faire du handicap une priorité nationale, les associations constatent l'absence d'un plan d'action global permettant un accès égal et effectif aux services sociaux, aux soins, au logement, ainsi qu'à des aides à l'autonomie.

72. Par le biais de cette action, les associations souhaitent que la responsabilité de l'État soit reconnue et exposée devant les autres membres du Conseil de l'Europe. Bien que les résultats de cette action associative n'ont aucune valeur contraignante pour l'État, ils permettent de porter le débat de l'effectivité des droits des personnes handicapées sur le devant de la scène. Ils permettent également de passer du discours à la construction de plans nationaux. A ce titre, l'exemple des actions en faveur de l'autisme en France est significatif de l'impact que peut avoir une réclamation devant le Conseil de l'Europe.

73. Explication et acculturation des acteurs en interne dans les établissements, actions associatives devant le Conseil de l'Europe, tels sont les deux axes mis en avant dans une seconde partie de notre recherche.

¹³³ FORUM EUROPEEN DES PERSONNES HANDICAPEES : Il s'agit d'une ONG indépendante qui défend les droits de 80 millions d'Européens en situation de handicap. Le Forum est une plateforme qui regroupe des organisations représentant les personnes en situation de handicap en provenance de toute l'Europe. Elle est dirigée par des personnes en situation de handicap et leurs familles, INCLUSION EUROPE : Inclusion Europe est l'association des personnes handicapées intellectuelles et de leurs familles en Europe. Depuis 1988, Inclusion Europe mène le combat pour l'égalité des droits et l'inclusion pleine et entière des personnes handicapées intellectuelles et de leurs familles, dans tous les domaines de leur vie. L'association a des organisations membres dans près de 40 pays européens. Inclusion Europe est particulièrement active sur les questions concernant l'éducation, la capacité juridique, la non-discrimination, la vie autonome, l'inclusion sociale et l'accessibilité, et la santé. L'association est basée à Bruxelles en Belgique.

Objet de la Thèse

74. L'objet de notre thèse est de s'interroger sur l'effectivité des droits des personnes handicapées en établissement à l'aune d'une approche inclusive. Notre travail porte spécifiquement sur les établissements français et wallons et sur la manière dont les droits humains parviennent à les pénétrer. D'emblée, afin de clarifier les contours de l'objet de notre recherche, il faut s'arrêter sur la définition des termes utilisés. Cette démarche est d'autant plus nécessaire que le terme d'effectivité des droits est susceptible de plusieurs acceptions et qu'il n'appartient pas naturellement au champ juridique. Il est courant d'affirmer que le droit est présent dans tous les secteurs de la société. A chaque problème rencontré, il est fréquent que la réponse des pouvoirs publics se traduise par la production de normes selon une visée descendante du droit. Les citoyens approuvent cette approche, tout en regrettant l'inflation législative lorsque cette dernière les contraint. Ce désir de droit, que le doyen J. CARBONNIER n'hésite pas à qualifier de passion, irrigue le champ du handicap en France comme en Belgique, au point de paralyser l'action et la réflexion des différents acteurs lorsque l'on aborde la notion d'effectivité des droits. La loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale serait donc le seul texte faisant autorité pour les établissements français et le seul exemple à suivre pour les établissements wallons accueillant des français ? Une réponse simple à cette question, si elle peut rassurer les acteurs, ne peut embrasser l'intégralité du débat sur l'effectivité des droits en établissement. Ce constat posé, notre recherche s'est ensuite éloignée des droits internes pour se porter au-delà des frontières et se demander si les textes internationaux participent également à l'effectivité des droits en établissement.

75. Cette approche nous invite à considérer ce que le doyen J. CARBONNIER nomme « *les droits venus d'ailleurs* ». Sous ce vocable, se rassemblent l'ensemble des textes internationaux qui ont été adoptés par la France et la Belgique. Parmi ces derniers, une place particulière doit être accordée à la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, qui ne crée pas de droits supplémentaires, mais induit un véritable changement de paradigme. Adoptée par les deux pays, la Convention insiste sur la responsabilité de la société dans la production des situations handicapantes. Il paraît intéressant d'examiner la manière dont le traité international a été appréhendé par les États. Ce faisant, on constate rapidement une différence d'approche entre les deux pays, dans la mesure où un texte international ne pénètre pas les territoires de manière identique.

76. Pour la France, l'effectivité du droit émanant de la Convention reste partielle dans les faits, recouverte par le développement d'un écran de fumée rhétorique sur l'inclusion des personnes handicapées. Cette « *visée inclusive* » empêche une véritable réflexion des acteurs sur les changements profonds qu'il faut opérer dans les établissements médico-sociaux pour parvenir à « *une vie bonne, avec et pour autrui, dans des institutions juste* »¹³⁴. Par ailleurs, la Convention ne fait pas l'objet de beaucoup d'actions d'acculturation significative en direction des établissements médico-sociaux, ce qui explique en partie le phénomène d'effectivité partielle de ce droit conventionnel qui peut s'apparenter au fonctionnement d'un phare, dont la lumière apparaît avant de disparaître.

77. Pour la Belgique, l'approche de la Convention s'est faite différemment. A l'instar de la France, le texte a été adopté rapidement par l'État fédéral belge. Mais, contrairement à la France, les parlementaires ont proposé de réviser la Constitution pour intégrer un article 22^{ter} relatif à l'inclusion et aux aménagements raisonnables nécessaires pour que la société ne génère pas de situations handicapantes. Les dix ans qui ont été nécessaires pour réaliser la révision constitutionnelle ont permis l'acculturation et l'éclairage de la société par la multiplication des débats parlementaires sur le sens des mots proposés au travers de l'article 22^{ter}. Après plusieurs années de débat, le terme d'intégration s'est transformé en inclusion.

78. La réception de la Convention en droit interne fait apparaître des différences entre les deux pays relativement à l'effectivité des droits. En premier lieu, l'organisation administrative d'un pays impacte la réception de la Convention parmi le droit positif interne. Une organisation centralisée accordera une place prépondérante aux sources législatives et réglementaires¹³⁵. En outre, en France comme en Wallonie, on constate un impact important des politiques budgétaires dans la lecture de l'effectivité des droits. Un arbitrage est souvent demandé entre le respect des droits des personnes handicapées et le volume budgétaire nécessaire pour les faire respecter. Enfin, une lecture rigide et exclusive de la Convention par le Comité des droits des

¹³⁴ RICOEUR P., *Op. cit.*, 2015, p. 202.

¹³⁵ Malgré l'article premier de la Constitution française de 1958 qui indique que le pays dispose d'une organisation décentralisée, la place de la Loi, production de l'État central, demeure importante. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a consacré la notion d'organisation décentralisée de la République française. On a évoqué l'idée d'un acte deux de la décentralisation.

Nations Unies ne facilite pas son introduction en droit interne. Dès lors, on constate les limites d'une visée descendante de l'effectivité des droits.

79. Pour garantir un développement et une appropriation des droits des personnes handicapées, notre recherche s'est également intéressée aux voies ascendantes que l'on peut mobiliser au sein des établissements pour faire valoir les droits des personnes accompagnées. Dans les établissements médico-sociaux, une réflexion sur les contours de la responsabilité des acteurs, constitue une des voies permettant aux acteurs d'appréhender ce nouveau paradigme d'accompagnement par les droits. L'ouverture des établissements, le développement des nouveaux modes d'accompagnement des personnes handicapées, sont des orientations que tout le monde défend, mais qui doivent s'accompagner d'un éclairage sur la responsabilité de chacun. Cette démarche n'est pas suffisamment mise en avant par les pouvoirs publics dans l'objectif de faire évoluer les pratiques. Pourtant, une écoute des acteurs indique clairement que l'inclusion des personnes et la responsabilité des acteurs sont les deux faces d'une même pièce qui ne peuvent être disjointes. A côté de ces actions d'acculturation internes aux établissements, il est important de promouvoir des actions de plaidoyer permettant d'éclairer les citoyens sur l'état d'application ou d'inapplication d'un texte par les pouvoirs publics. Les associations peuvent porter des réclamations au niveau du Conseil de l'Europe afin de faire reconnaître la responsabilité de l'État et de transformer une rhétorique en action concrète en faveur des droits.

80. Poser la problématique de l'effectivité des droits des personnes handicapées en établissement revient à constater que l'effectivité pure et totale n'existe pas. Au niveau global, la conjugaison du droit interne et du droit international met en lumière l'effectivité partielle des textes. Un travail complémentaire s'avère nécessaire au niveau de l'établissement afin de clarifier les domaines de responsabilité de chacun et d'assurer la mobilisation autour des manquements quant à l'application des droits des personnes handicapées. Nous faisons l'hypothèse que deux termes peuvent être mis en exergue dans le cadre de nos travaux de recherche, celui de la transparence et de la proximité. Transparence des situations afin que les carences d'application du droit des personnes handicapées soient mises en lumière et atteignent les acteurs sociaux. Proximité des réponses construites pour les établissements médico-sociaux afin que l'effectivité des droits puisse se diffuser.

Plan de la thèse

81. Les établissements médico-sociaux sont aujourd'hui traversés par la notion d'inclusion qui représente une idée rayonnant sur l'ensemble de la société. L'inclusion est désormais au cœur des discours du secteur et mobilise l'ensemble des acteurs autour des droits des personnes handicapées, à telle enseigne, qu'on oublie surtout d'interroger la nature et la place des droits garantissant l'inclusion. Le seul respect d'un droit national, européen, international ou d'un droit mêlé est-il une garantie d'effectivité pour les personnes handicapées accueillies en établissement ? J. CARBONNIER¹³⁶ invite à nous éloigner du « *droit dogmatique* » qui présuppose la force du droit par le seul effet de sa promulgation, pour nous interroger sur la notion d'effectivité du droit. Il nous rappelle que « *l'effectivité n'appartient pas à la définition de la règle de droit* ». S'interroger sur l'effectivité du droit des personnes handicapées en établissement n'appelle pas de réponse simple de la part des acteurs, tant cette interrogation rompt avec les habitudes. En effet, le respect du droit interne français demeure solidement ancré dans les établissements, au point d'être décliné, outre-quiévrain, dans les établissements wallons qui accueillent et accompagnent des français.

82. Notre démarche de recherche conduit à nous interroger sur la notion d'effectivité des droits au-delà des textes juridiques eux-mêmes. L'analyse de la France et de la Wallonie nous permet d'abord d'approcher l'effectivité d'une manière descendante, sous l'angle d'une visée impérative et répressive des droits. Malgré un récit historique commun, une langue commune et une proximité géographique, la mise en miroir de la France et de la Wallonie fait ressortir l'hypothèse selon laquelle l'organisation administrative du territoire impacte l'approche des droits. Alors que les français attendent beaucoup d'une production législative jacobine, les belges essayent plusieurs modèles et se rassemblent autour d'un État fédéral qui accepte que le pouvoir législatif soit réparti entre les collectivités et l'État central. Cette division de pouvoirs entre les niveaux d'administration du Royaume appelle les acteurs à considérer d'autres sources de droit et à accepter leur métissage.

83. Au-delà des droits internes, le travail sur la question de l'effectivité nous amène à nous interroger sur l'impact des « *droits venus d'ailleurs* » selon l'expression de J. CARBONNIER.

¹³⁶ CARBONNIER J., *Op. cit.*, 2014, p.136.

Le champ du handicap est alors saisi par le droit international qui demande que l'on analyse l'inclusion dans une perspective d'égalité de droits pour tous les citoyens. L'Union européenne, le Conseil de l'Europe ou les Nations Unies participent au développement des droits en faveur des personnes handicapées ainsi qu'au métissage des sources. Qu'il soit européen ou international, le droit pénètre plus facilement l'environnement d'un État fédéral plutôt qu'un État centralisé. En France comme en Wallonie, droit interne et droit international constituent les deux faces d'une même pièce qu'il faut considérer pour mesurer l'effectivité des droits.

84. En complément de ce niveau d'analyse macro, nous sommes partis de l'hypothèse selon laquelle l'analyse de l'effectivité des droits à l'aune d'une approche descendante ne permettait pas de saisir complètement les contours de la notion. Nous nous sommes alors attachés à analyser des voies complémentaires d'effectivité des droits à un niveau plus fin, celui des établissements médico-sociaux, en considérant une approche ascendante des droits. Il ne suffit pas de décréter qu'un établissement est inclusif pour garantir l'effectivité des droits à son niveau. Demeurer arc-bouté sur la notion d'inclusion et sur la visée impérative et répressive de l'effectivité des droits bloque nos réflexions sur les droits des personnes. Dans les faits, un directeur qui souhaite promouvoir la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées se heurte rapidement à une question lancinante qui sera exprimée par ces mots : « *qui sera responsable en cas de problème ?* » Sans réponse à cette question, le directeur ne parviendra pas à faire progresser l'effectivité des droits au quotidien et à ce que la Convention devienne un texte de référence intégré par tous les acteurs de l'accompagnement. Par-delà l'établissement, l'effectivité des droits peut dépendre de la mobilisation organisée autour des manquements des pouvoirs publics. Qu'un problème dans un établissement devienne public et on peut constater une mobilisation pour que les droits des personnes handicapées reprennent de la vigueur. La célérité des réponses des pouvoirs publics comme celle des directions d'établissement nous rappellent alors que la transparence et la proximité sont les meilleurs amis du respect des droits. L'exemple de la réclamation collective et des actions de plaidoyer auprès du Conseil de l'Europe apporte un éclairage sur les actions que des associations françaises et belges peuvent entreprendre afin de garantir les droits des personnes handicapées.

85. A partir de ces différents constats, nous envisagerons d'aborder l'effectivité des droits en établissement médico-social entendue dans une visée descendante de diffusion du droit

(Partie 1). En complément de cette approche, nous exposerons l'effectivité entendue dans une visée ascendante d'appropriation du droit **(Partie 2)**.

Partie 1 : L'effectivité entendue dans une visée descendante de diffusion du droit

86. Pour les établissements médico-sociaux, le thème des droits des personnes handicapées est au cœur des préoccupations de l'ensemble des acteurs. Au quotidien, les collectivités publiques produisent des normes infra-législatives dans le but de compléter les cadres juridiques nationaux en place. Dans nombre de situations, il s'agit de répondre à des exigences de sécurité afin de rassurer les différentes parties prenantes. La situation sanitaire liée à la pandémie de COVID-19 a parfaitement illustré ce besoin de production de normes dans le but de se protéger. De leur côté, les familles des personnes handicapées interrogent les établissements sur des problématiques en lien avec l'organisation de la vie en collectivité. Ce faisant, elles se font écho des demandes de leurs enfants qui souhaitent que les règles évoluent vers plus de libertés au sein des établissements. Les salariés des établissements s'inscrivent dans la même dynamique en questionnant les directions afin de s'assurer de l'exact contour des droits des personnes.

87. Face à l'ensemble de ces interrogations, notre travail a consisté à interroger le droit qui est mobilisé par l'ensemble des acteurs. Les collectivités, les familles, les salariés et les personnes elles-mêmes évoquent-elles une unique source juridique lorsqu'elles se réfèrent au droit ou doit-on écarter cette unicité au profit d'un métissage de source ? Répondre d'une manière certaine à cette question relève d'une gageure dans la mesure où chaque acteur peut adopter une approche qui lui sera singulière.

88. Les établissements médico-sociaux sont irrigués par différentes sources de droit, tant nationales qu'internationales. À côté des textes législatifs et réglementaires nationaux, apparaissent des « *droits venus d'ailleurs* » selon l'expression de J. CARBONNIER. Le droit européen créé par l'Union européenne côtoie les textes du Conseil de l'Europe, sans oublier la production de l'Organisation des Nations Unies. L'ensemble de ces textes nourrit le droit des personnes handicapées en établissement dans une visée descendante de diffusion du droit et oblige à s'interroger sur la notion d'effectivité. Le choix a été fait de ne pas limiter l'analyse de cette notion au fait qu'un droit existe, mais, au contraire, de considérer l'effectivité comme étant la manière dont le droit parvient à pénétrer la sphère sociale.

89. Notre développement va nous permettre d'aborder l'effectivité des droits des personnes handicapées considérée dans une visée impérative en accordant une place centrale à la production de droits. Dans ce contexte, on peut noter une congruence des objectifs nationaux

et internationaux (**Titre 1**). Sans chercher à les nier, ces objectifs peuvent toutefois être également questionnés à l'aune des « *droits venus d'ailleurs* », *soft law* onusiens de protection des personnes handicapées (**Titre 2**).

Titre 1 : Une congruence des objectifs entre droits nationaux et internationaux

90. Interrogés sur le point de savoir quelles sont les sources de droit qui encadrent les établissements médico-sociaux accueillant des personnes handicapées, la plupart des acteurs mettent en exergue les textes nationaux. En France, la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 est considérée comme la principale référence à respecter pour les établissements, les premiers articles de ce texte dressant la liste des outils à mettre en place. La situation est apparemment identique en Wallonie, si l'on observe la législation régionale de 2018. Dans les deux territoires, avec quelques années d'écart, le législateur a imposé des règles pour mettre fin à des situations de maltraitance et pour garantir que les droits des personnes handicapées soient respectés.

91. Cette vision impérative des droits ne doit pas masquer des différences importantes entre la France et la Wallonie en lien avec leur organisation administrative. Les établissements français appliquent la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002, sans interroger plus avant l'effectivité de ce texte entendue à l'aune des modifications qu'induisait cette loi. Encore aujourd'hui, nombre d'acteurs français considèrent que les droits des personnes sont garantis dans la mesure où les outils législatifs existent au sein de l'établissement¹³⁷. Au contraire, concernant la Wallonie, il faut attendre 2018 et la publication de l'arrêté du Gouvernement wallon relatif aux conditions d'agrément des services pour trouver un texte régissant l'accueil des français dans les établissements belges¹³⁸. L'organisation fédérale de la Belgique explique en partie la distance prise avec le pouvoir législatif central et la facilité pour la collectivité à intégrer différentes sources de droit. Tant en France qu'en Wallonie, ne t'ardera pas à apparaître le poids financier des droits à respecter.

92. Qu'ils se situent en France ou en Wallonie, les établissements médico-sociaux ne peuvent être assimilés à des îlots juridiques coupés de leur environnement. Cette évidence doit être rappelée à l'envi afin que les acteurs ne demeurent pas arc-boutés sur le droit interne à leur pays, mais envisagent également les droits issus de l'Union européenne et du Conseil de

¹³⁷ Le nouveau référentiel d'évaluation des ESSMS publié par l'HAS induit une démarche visant à s'assurer que l'établissement apporte une réponse adaptée aux besoins et aux projets des personnes accompagnées.

¹³⁸ Région wallonne, Service public de Wallonie, *Moniteur belge*, 31 mai 2018, Arrêté du Gouvernement wallon relatif aux conditions d'agrément des services résidentiels, d'accueil de jour et de soutien dans leur milieu de vie, pour personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère

l'Europe. D'emblée, ce métissage de sources juridiques nous pousse à élargir notre vision des sources du droit et à nous éloigner de « *l'asphyxie lente des esprits* » que dénonce A. CASAGRANDE.

93. L'analyse du cadre juridique nous permet d'aborder, pour la France et la Belgique, l'effectivité des droits à l'aune des textes nationaux (**Chapitre 1**). Au-delà du cadre national, notre travail invite à une analyse plus approfondie et une lecture élargie de l'effectivité des droits à l'aune des textes internationaux (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : L'effectivité des droits à l'aune des textes nationaux

94. Pour aborder la question de l'effectivité des droits des personnes handicapées, il nous faut au préalable évoquer la source du droit qui est à l'œuvre. Nul besoin de commander de vastes campagnes de sondages pour constater que les droits nationaux sont ceux qui nourrissent le quotidien des établissements médico-sociaux et qui représentent la source du droit la plus importante pour les acteurs. En France, la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 fait figure de pilier central dans les établissements pour garantir les droits des personnes handicapées. Depuis vingt ans, le champ du handicap se nourrit de cette disposition législative en considérant qu'une liste d'outils suffit pour assurer l'effectivité des droits. Ce faisant, la France promeut une vision strictement impérative de l'effectivité des droits qui commande qu'une loi soit effective à partir du moment où elle a été régulièrement approuvée et promulguée. Dans le cadre de notre travail, nous avons choisi de concentrer nos développements sur le volet impératif du droit au détriment du volet répressif.

95. Si l'on fait quelques kilomètres et que l'on observe la Wallonie, on relève une approche du droit différente. La législation de la région wallonne n'a pas fait de pause au début du 21^{ème} siècle afin de figer les règles de fonctionnement des établissements au travers une disposition législative. La société wallonne prend de la distance avec la loi fédérale belge, la Constitution acceptant que la collectivité dispose de son propre parlement qui légifère. L'organisation et le fonctionnement des établissements ne dépend donc pas d'une loi fédérale qui s'appliquerait sur l'intégralité du Royaume sans distinction. Au contraire, la presse nous rappelle que certains établissements fonctionnent sans autorisation et dans des conditions d'hygiène et de sécurité qui méritent d'être questionnées. Le terme de « *maison pirate* » est même convoqué pour illustrer ces établissements qui fonctionnent sans que les pouvoirs publics wallons s'en émeuvent.

96. Sans porter de jugement sur ces différences d'organisation administrative entre la France et la Wallonie, on constate que les acteurs n'attendent pas la même chose de la loi. D'un côté, elle provient du pouvoir central et doit s'appliquer dans tout le pays et, de l'autre côté, elle est l'œuvre du pouvoir régional et correspond davantage aux problématiques du territoire. Dans le cadre de notre recherche, nous faisons l'hypothèse que la proximité autorise plus facilement l'appropriation du droit par les acteurs sociaux.

97. En France, on note l'importance de l'organisation administrative du pays dans le processus de création de loi. Il est donc intéressant d'analyser l'effectivité à l'aune des normes françaises (**Section 1**). Malgré la proximité géographique et historique des deux pays, la Belgique fédérale n'a pas les mêmes approches de l'impact des normes législatives internes. Ces différences justifient l'étude de l'effectivité à l'aune des normes belges (**Section 2**).

Section 1 : L'effectivité à l'aune des normes françaises

98. Lorsqu'on travaille la question du secteur médico-social, on se rend compte très vite qu'il est traversé par différentes lignes de force qui peuvent être parfois en opposition. Les unes inscrivent le secteur dans une certaine forme de modernité, d'innovation et de mouvement, alors que les autres sont teintées d'une relative stabilité, rétive au changement. Multiplication des innovations dans les pratiques d'accompagnement et constance dans l'environnement juridique, telles sont les deux caractéristiques principales du secteur médico-social. Les professionnels sont donc invités à conjuguer les nouvelles approches de l'accompagnement avec le respect des textes et des codes qui encadrent les établissements.

99. Curiosité, ouverture d'esprit et acceptation de l'altérité, telles sont les qualités demandées à chaque nouveau collaborateur quel que soit le poste occupé. Il faut en effet être curieux de l'autre, l'accepter avec ses différences. Ces traits de caractère forment les contacts quotidiens avec les personnes accompagnées dans les établissements. Les personnes peuvent être mineures et découvrir l'école et la vie en collectivité, elles peuvent être majeures et entretenir, au travers des établissements et services d'aide par le travail (par le biais des ESAT¹³⁹), les premiers contacts avec les entreprises. Certaines personnes ne sont pas ou plus capables de travailler et peuvent être accompagnées dans des établissements ou services par des professionnels pour les gestes de la vie quotidienne. Par le truchement de tous ces exemples, force est de constater que les établissements ne sont pas uniformes parce que la population accompagnée est plurielle.

100. Cette première ligne de force invite donc tous les acteurs à faire preuve d'ouverture d'esprit et d'inventivité. Les mêmes solutions ne peuvent servir pour chaque situation et la voie choisie pour proposer un accompagnement idoine doit être constamment revisiter et questionner afin de correspondre au mieux à chaque situation personnelle. A côté du développement des pratiques d'accompagnement en perpétuel mouvement, on relève une seconde ligne de force au travers de la stabilité du cadre juridique des établissements. Différents exemples permettent

¹³⁹ L'ESAT est une structure qui permet aux personnes en situation de handicap d'exercer une activité professionnelle tout en bénéficiant d'un soutien médico-social et éducatif dans un milieu protégé. Cette structure accueille des personnes qui n'ont pas acquis assez d'autonomie pour travailler en milieu ordinaire : Employeurs publics et privés du marché du travail classique ou en entreprise adaptée à leurs besoins, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.service-public.fr>, [Consulté le 5 février 2022].

d'illustrer le fait que le champ médico-social, tout en respectant une stabilité du cadre juridique, cherche à suivre un environnement mouvant pour les établissements (I). Nous avons choisi de présenter les normes françaises en fonction de l'analyse de leur état. Certains outils peuvent être qualifiés de statiques dans la mesure où le législateur n'est pas intervenu depuis 2002 pour apporter des modifications du cadre juridique (II). D'autres outils, au contraire, peuvent être qualifiés de dynamiques dans la mesure où ils ont été augmentés au fil du temps afin de mieux garantir les droits des personnes handicapées en établissement (III).

I. Stabilité du cadre juridique et environnement mouvant pour les établissements

101. L'accompagnement médical des personnes fournit une preuve que les établissements peuvent être à la pointe des innovations en terme d'organisation comme en terme d'équipements. L'organisation des soins dans les ESSMS est une préoccupation permanente car il est question de protection de la personne handicapée vulnérable et de responsabilité de l'accompagnant au quotidien¹⁴⁰. On ne compte plus le nombre de réunions dans les établissements autour des thématiques de santé. Il s'agit de traiter les pathologies classiques, d'organiser les vaccinations ou les rendez-vous plus spécifiques, mais aussi d'anticiper les questions des personnes autant que des familles. L'innovation médicale est également le quotidien des établissements. En effet, depuis peu, les établissements constituent un terrain d'expérimentation de la télémédecine, outil informatique permettant de rapprocher le médecin et le patient sans qu'il faille prévoir un déplacement. Pour les établissements qui accueillent des personnes souffrant de troubles du spectre autistique, la télémédecine rend possible l'accès à un centre de ressources, à un spécialiste en mobilisant les professionnels de l'établissement autour de la seule pathologie. A l'aide de ce système, les équipes ne se focalisent plus sur l'organisation des déplacements ou sur les rendez-vous annulés du fait d'une personne souffrant de troubles autistiques, mais peuvent se concentrer sur l'essentiel.

102. De plus en plus, on observe l'utilité de ces nouveaux moyens d'examen à distance. Certaines agences régionales de santé ont accompagné ce mouvement en accordant des crédits non reductibles (C.N.R.) aux établissements afin qu'ils puissent s'équiper. Des efforts doivent encore se poursuivre en direction des médecins, afin qu'ils acceptent d'entrer dans cette

¹⁴⁰ La question de la responsabilité dans les établissements fera l'objet d'une étude dans la seconde partie de notre recherche

dynamique 2.0 avec leur patient. Au-delà des nouvelles techniques et des nouvelles approches, la question de paiement de l'acte de télémedecine a freiné le démarrage de ce mode de consultation. Une évolution récente de la réglementation a permis une revalorisation de facturation de la consultation en télémedecine, ce qui devrait permettre d'attirer une population médicale plus nombreuse et plus curieuse.

103. La période de pandémie de 2019 a été le reflet « grandeur nature » du mouvement et du besoin d'innovation du secteur médico-social dans un environnement instable. La littérature¹⁴¹ s'est faite l'écho de l'impact concret de la pandémie sur la société. L'innovation et la recherche de la meilleure solution se sont très vite imposées, car nombre d'établissements ont été obligés de faire face seuls aux difficultés. Illustrons notre propos au travers de différents exemples.

104. En mars et avril 2019, au démarrage de l'épidémie, les acteurs de terrain ont souvent tenté de contacter en vain les autorités de tutelle, Conseil départemental ou Agence régionale de santé. Au mieux, les questions restaient sans réponse, laissant les directions d'établissement devant des choix complexes. L'absence de masques de protection a été la première difficulté à surmonter. Comment assurer dans les établissements l'obligation de protection, alors que personne n'avait d'équipements ? A cette question, ce sont les parents des personnes handicapées qui ont, eux-mêmes, fabriqué la réponse en ressortant leur vieille machine à coudre et leurs vieux draps afin de confectionner des masques de fortune. Les linges d'après-guerre ont côtoyé ceux de la fin du siècle, les fleurs se sont mariées avec des paysages, offrant aux personnes handicapées ainsi qu'au personnel une protection contre ce nouveau virus. Par la suite, les différentes doctrines des autorités rappelleront qu'il faut utiliser tel type de masque plutôt que tel autre et qu'il faut le changer toutes les quatre heures, afin de garantir une parfaite sécurité sanitaire. Bien sûr ces considérations étaient très éloignées de ce qui avait animé les parents au démarrage puisqu'il s'agissait, avant tout, de fournir une protection à leurs enfants afin qu'ils ne tombent malade. Il fallait également pallier les carences des pouvoirs publics qui restaient sans réponse face aux appels des établissements. Cette période a montré que le secteur médico-social est source d'innovation et de mobilisation lorsque la situation l'exige.

¹⁴¹ Berche, Patrick, et Stanis Perez, « 4. La pandémie de la Covid-19 », *Pandémies. Des origines à la Covid-19*, sous la direction de Berche Patrick, Perez Stanis, Perrin, 2021, pp. 488-504. Borrell, Josep. « COVID-19 : le monde d'après est déjà là... », *Politique étrangère*, vol., no. 2, 2020, pp. 9-23. Henrard, Jean-Claude, et al. « Santé publique : les réponses aux défis de la pandémie de la COVID-19 », *Santé Publique*, vol. 33, no. 6, 2021, pp. 785-788.

105. Un autre exemple illustre parfaitement le fait que la volonté de protection des personnes handicapées pendant la pandémie peut amener les acteurs à innover et à s'affranchir du cadre légal. L'innovation trouve ici sa source dans le fait que les solutions mises en place répondaient à des besoins nouveaux et, par ailleurs, qu'elles étaient le résultat d'une réflexion des acteurs dans les établissements. Au début de la pandémie, la Covid est entrée dans les établissements obligeant à interroger les tutelles pour connaître la marche à suivre pour un premier cas déclaré. Les réponses apportées n'ont pas permis d'apporter de solutions visant à rassurer les acteurs. Les établissements ont donc recherché des solutions internes permettant d'éviter des conséquences médicales graves, au risque de ne pas respecter le cadre légal.

106. Face à une certaine vacuité des réponses des pouvoirs publics, les directions de l'établissement devaient construire seules les pistes de solution pour rassurer à la fois les personnes accueillies, les parents, les tuteurs et les personnels. Très vite, les personnels médicaux ont indiqué qu'il fallait procéder au confinement de l'établissement si l'on voulait accompagner au mieux les malades et protéger les autres. Afin de répondre rapidement au défi, les personnels ont parfois proposé de rester dans l'établissement 24h/24h pendant plusieurs semaines consécutives. Au total, les équipes se sont relayées en restant sur les établissements afin d'éviter la diffusion rapide de la Covid. On peut noter que ces exemples ont été retracés par la presse locale, à plusieurs reprises, pour vanter le professionnalisme des salariés¹⁴².

107. Cette expérience permet de mesurer l'engagement de nombre de professionnels qui n'ont pas hésité à trouver des solutions innovantes en restant plusieurs semaines consécutives

¹⁴² L'article du journal « L'écho républicain » rappelle que les salariés : « ...se sont à peine posés la question. Et si elles éprouvent de l'inquiétude, ce n'est pas pour elles-mêmes, mais pour les huit personnes adultes polyhandicapées avec qui elles ont décidé de partager la vie, 24 heures sur 24, durant quatorze jours renouvelables. Salariées du foyer du Mesnil, dans le hameau de Marsauceux, à Mézières-en-Drouais, Marina, infirmière, et ses trois collègues aides-soignantes, Morgane, Stéphanie et Kenza, ont spontanément levé le doigt pour partager un huis clos total avec leurs protégés, dont trois ont développé les symptômes du coronavirus ». « Une aile entière du bâtiment a ainsi été totalement isolée. Les trois pensionnaires malades et cinq autres personnes qui ont pu être contact avec eux ont rejoint cette unité rendue totalement étanche avec le reste de l'établissement. Chaque personne est évidemment "confinée" dans sa chambre. Seule ? Non car l'infirmière et ses trois collègues sont présentes jour et nuit »,

[En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.lechorepublicain.fr/dreux-28100/actualites/quatre-soignantes-ont-decide-de-se-confiner-avec-leurs-patients-handicapes-a-mezieres-en-drouais_13777013/, Consulté le 27 novembre 2023

dans un établissement pour suivre et protéger les personnes handicapées. Leur action est remarquable dans la mesure où elle ne correspond à aucun standard. Pour autant, cette action a été remarquée par l'inspection du travail qui n'a pas manqué de poser un certain nombre de questions sur la manière dont ces expériences s'étaient déroulées. Le temps de travail ne correspondait pas à la norme légale et le fait que les salariés soient volontaires pour sauver des vies ne suffisait pas à justifier l'action menée. Toutes ces questions rappelaient qu'à une situation extraordinaire devait tout de même répondre une démarche normée, conforme au droit.

108. A l'opposé de ces preuves de flexibilité et d'innovation, on peut noter une seconde ligne de force du secteur médico-social représentée par une grande stabilité juridique. Il suffit d'examiner le nombre de lois spécifiques pour se rendre compte qu'en France, aucun texte significatif n'a été voté depuis 2002 et 2005. Pour les établissements médico-sociaux français, on peut même affirmer que la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 constitue le texte de référence. Nombre de centres de formation placent cette loi et les obligations qui en découlent au cœur de leurs enseignements. Cette loi a représenté un exemple suivi par les autorités wallonnes pour proposer l'arrêté du 31 mai 2018¹⁴³ relatif aux conditions d'agrément des services résidentiels, d'accueil de jour et de soutien dans leur milieu de vie, pour personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère.

109. Qu'ils soient cadres ou non cadres, les acteurs retiennent donc que les établissements doivent respecter un certain nombre d'obligations qui sont énoncées dans la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002¹⁴⁴. Au titre de ces obligations, on note l'article huit qui oblige les établissements à remettre un livret d'accueil dès l'entrée¹⁴⁵. En annexe, le code de l'action sociale et des familles mentionne deux documents complémentaires obligatoires, une charte des droits et

¹⁴³ Arrêté du Gouvernement wallon relatif aux conditions d'agrément des services résidentiels, d'accueil de jour et de soutien dans leur milieu de vie, pour personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère, 31 mai 2018, publié le 04 juillet 2018, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://etaamb.openjustice.be/fr/arrete-du-gouvernement-wallon-du-31-mai-2018_n2018203395.html, Consulté le 27 novembre 2023.

¹⁴⁴ La section 2 du chapitre 1 énonce les droits des usagers du secteur social et médico-social au travers ses articles 8 à 13

¹⁴⁵ Article L.311-4 du code de l'action sociale et des familles : « Afin de garantir l'exercice effectif des droits mentionnés à l'article L.311-3 et notamment de prévenir tout risque de maltraitance, lors de son accueil dans un établissement ou dans un service social ou médico-social, il est remis à la personne ou à son représentant légal un livret d'accueil ».

libertés de la personne accueillie¹⁴⁶ ainsi qu'un règlement de fonctionnement. A la fin de l'article L.311-4 du CASF, il est rappelé que le séjour d'une personne en établissement doit être juridiquement encadré par un document contractuel¹⁴⁷. Pour faire valoir ses droits, la personne accueillie peut faire appel à une personne qualifiée¹⁴⁸. Le législateur a également prévu des mécanismes de collaboration tout au long de l'année entre les différentes parties prenantes¹⁴⁹. La loi prévoit la mise en place de conseil de la vie sociale ou d'autres formes de participation. Il est intéressant de constater que la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 laisse une certaine liberté aux établissements ou aux services, pour organiser ces instances de coopération et de décision. La mention des « *autres formes de coopération* » permet d'envisager la meilleure organisation possible au sein d'un établissement.

110. Afin de fixer les normes de fonctionnement dans l'établissement, le législateur impose la rédaction d'un règlement « *qui définit les droits de la personne accueillie et les obligations et devoirs* »¹⁵⁰. Ce document définit les règles à respecter par les parties. D'une manière plus

¹⁴⁶ Le terme « personne accompagnée » est préféré à celui de « personne accueillie » par le Décret n° 2022-688 du 25 avril 2022 portant modification du conseil de la vie sociale et autres formes de participation.

¹⁴⁷ *Ibid.* : « Un contrat de séjour est conclu ou un document individuel de prise en charge est élaboré avec la participation de la personne accueillie ou de son représentant légal. Ce contrat ou document définit les objectifs et la nature de la prise en charge ou de l'accompagnement dans le respect des principes déontologiques et éthiques, des recommandations de bonnes pratiques professionnelles et du projet d'établissement. Il détaille la liste et la nature des prestations offertes ainsi que leur coût prévisionnel. Le contenu minimal du contrat de séjour ou du document individuel de prise en charge est fixé par voie réglementaire selon les catégories d'établissements et de personnes accueillies ».

¹⁴⁸ Article L.311-5 du code de l'action sociale et des familles : « Toute personne prise en charge par un établissement ou un service social ou médico-social ou son représentant légal peut faire appel, en vue de l'aider à faire valoir ses droits, à une personne qualifiée qu'elle choisit sur une liste établie conjointement par le représentant de l'État dans le département et le président du conseil général après avis de la commission départementale consultative mentionnée à l'article L.312-5. La personne qualifiée rend compte de ses interventions aux autorités chargées du contrôle des établissements ou services concernés, à l'intéressé ou à son représentant légal dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

¹⁴⁹ Article L.311-6 du code de l'action sociale et des familles : « Afin d'associer les personnes bénéficiaires des prestations au fonctionnement de l'établissement ou du service, il est institué soit un conseil de la vie sociale, soit d'autres formes de participation. Les catégories d'établissements ou de services qui doivent mettre en œuvre obligatoirement le conseil de la vie sociale sont précisées par décret. Ce décret précise également, d'une part, la composition et les compétences de ce conseil et, d'autre part, les autres formes de participation possibles ».

¹⁵⁰ Article L.311-7 du code de l'action sociale et des familles : « Dans chaque établissement et service social ou médico-social, il est élaboré un règlement de fonctionnement qui définit les droits de la personne accueillie et les obligations et devoirs nécessaires au respect des règles de vie collective au sein de l'établissement ou du service. Le règlement de fonctionnement est établi après consultation du conseil de la vie sociale ou, le cas échéant, après mise en œuvre d'autre forme de

générale, la philosophie de l'établissement se retrouve dans le projet qui décrit les « *modalités d'organisation et de fonctionnement* »¹⁵¹.

II. Les normes françaises entendues au sens d'outils statiques

111. La loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 dresse une liste exhaustive des outils que les établissements doivent mettre en place pour garantir les droits des personnes handicapées. Cette liste peut être regardée horizontalement, considérant que chaque outil a la même valeur. Selon cette approche, les établissements considèrent que la seule présence des outils suffit à garantir les droits des personnes handicapées. Nous avons choisi de ne pas observer cette approche horizontale, mais, au contraire, de mettre en avant les caractéristiques de chacun des outils.

112. Dans cette optique, trois outils législatifs nous semblent pouvoir être qualifiés de statiques, dans la mesure où ils ont peu évolué depuis 2002 et sont peu mobilisés dans les établissements. La personne de confiance (A) ou la personne qualifiée (B) ne pénètrent pas facilement les établissements accueillant des personnes handicapées. Quant à la charte des droits et libertés, force est de constater que sa mobilisation impacte faiblement le quotidien des établissements (C).

A. La désignation d'une personne de confiance, un choix personnel

113. La loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 relative à l'action sociale et médico-sociale, nous invite à examiner conjointement la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé¹⁵² pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le calendrier de publication au journal officiel de ces deux textes explique en grande partie le lien qui est établi entre les secteurs médico-social et sanitaire, puisque seulement deux mois séparent ces deux grandes lois. Par ailleurs, on constate une certaine porosité entre ces secteurs car les

présentation. Les dispositions minimales devant figurer dans ce règlement ainsi que les modalités de son établissement et de sa révision sont fixées par décret en Conseil d'État ».

¹⁵¹ Article L.311-8 du code de l'action sociale et des familles : « *Pour chaque établissement ou service social ou médico-social, il est élaboré un projet d'établissement ou de service, qui définit ses objectifs, notamment en matière de coordination, de coopération et d'évaluation des activités et de la qualité des prestations, ainsi que ses modalités d'organisation et de fonctionnement. Ce projet est établi pour une durée maximale de cinq ans après consultation du conseil de la vie sociale ou, le cas échéant, après mise en œuvre d'une autre forme de participation* ».

¹⁵² Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

personnes accueillies présentent à la fois des difficultés sociales, des difficultés de santé et expriment des demandes d'accompagnement. Enfin, force est de constater que certains établissements accueillent une population qui nécessite de forts besoins médicaux. C'est notamment le cas des foyers d'accueil médicalisé¹⁵³ ou des maisons d'accueil spécialisé¹⁵⁴.

114. Pour autant, malgré cette proximité, on doit reconnaître que dès leur publication, les législations sont différentes parce que les secteurs restent bien distincts. L'exemple de la désignation d'une personne de confiance illustre parfaitement l'écart de législation entre le secteur médico-social et le secteur sanitaire¹⁵⁵. Pour les établissements médico-sociaux, la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 ne mentionne pas la possibilité de se faire assister d'une personne de confiance pour faire respecter les droits des usagers ou pour soutenir les personnes dans leur démarche médicale. Au contraire, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 reconnaît au patient le droit de nommer une personne de confiance¹⁵⁶. On aurait pu imaginer que cette disposition soit commune aux deux lois, dans la mesure où il s'agit d'accompagner une personne dans ses différentes démarches. Qu'elle soit hospitalisée ou accueillie dans un établissement médico-social, le besoin d'être accompagnée peut se faire ressentir avec la même acuité. La proximité

¹⁵³ Le foyer d'accueil médicalisé accueille des adultes handicapés qui nécessitent une aide pour les actes de la vie quotidienne.

¹⁵⁴ La maison d'accueil spécialisé accueille des adultes lourdement handicapés qui n'arrivent pas à réaliser seul les actes de la vie quotidienne. CASF Article R344-1 : « *Les maisons d'accueil spécialisés reçoivent, conformément aux dispositions de l'article L 344-1 et sur décision de la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées, des personnes adultes qu'un handicap intellectuel, moteur ou somatique grave ou une association de handicaps intellectuels, moteurs ou sensoriels rendent incapables de se suffire à elles-mêmes dans les actes essentiels de l'existence et tributaire d'une surveillance médicale et de soins constants* ».

¹⁵⁵ La loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir la société du bien vieillir et de l'autonomie précise la place et le rôle de la personne de confiance en établissement de santé ou en EHPAD.

¹⁵⁶ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, Article 11 JORF 5 mars 2002 - code de la santé publique- Article L1111.6 : « *Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions. Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois, le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci* ».

du vote des deux législations, à quelques semaines d'écart, aurait pu favoriser un rapprochement naturel.

115. Le rapprochement partiel des deux législations ne s'est réalisé qu'avec l'adoption de la loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015¹⁵⁷. Le Titre 2 de cette loi intitulé « *Adaptation au vieillissement* », aborde les droits et la protection des personnes âgées au travers du chapitre 4. Pour signifier le changement de paradigme, le législateur inscrit dans le CASF une différence de sémantique. Il ne faut plus utiliser le terme de placement en établissement mais celui de personne accueillie¹⁵⁸. Cette dénomination indique clairement que l'on souhaite que la personne âgée soit considérée, avant tout, en tant que personne sujet de droit et plus simplement en tant qu'usager d'un service. L'article 27 de la loi impose l'inscription dans le CASF d'un article L.311.5-1 qui inscrit la personne de confiance dans la législation spécifique au secteur médico-social¹⁵⁹. Ce faisant, avec plus de dix ans d'écart, le CASF, au même titre que le code de la santé publique, impose aux directions d'établissement d'effectuer des démarches de sensibilisation auprès des personnes accueillies, afin qu'elles aient recours à une personne de confiance.

116. Pour les ESSMS, la désignation d'une personne de confiance a une double signification. Tout d'abord, à l'instar de ce qui est en application dans le secteur hospitalier, la personne de

¹⁵⁷ Loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement – JORS n°0301 du 29 décembre 2015.

¹⁵⁸ CASF, Article L113-1 : « *le mot placement est remplacé par le mot accueil* ».

¹⁵⁹ CASF, Article L.311.5-1 : « *Lors de toute prise en charge dans un établissement ou service social ou médico-social, il est proposé à la personne majeure accueillie de désigner, si elle ne l'a pas déjà fait, une personne de confiance dans les conditions définies au premier alinéa de l'article L.1111-6 du code de la santé publique. Cette désignation est valable sans limitation de durée, à moins que la personne n'en dispose autrement. Lors de cette désignation, la personne accueillie peut indiquer expressément, dans le respect des conditions prévues au même article L.1111-6, que cette personne de confiance exerce également les missions de la personne de confiance mentionnée audit article L.1111-6, selon les modalités précisées par le même code. La personne de confiance est consultée au cas où la personne intéressée rencontre des difficultés dans la connaissance et la compréhension de ses droits. Si la personne le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions. Lorsqu'une mesure de protection judiciaire est ordonnée par le juge ou le conseil de famille, s'il a été constitué, autorise la personne chargée de la protection à représenter ou à assister le majeur pour les actes relatifs à sa personne en application du deuxième alinéa de l'article 459 du code civil, la désignation de la personne de confiance est soumise à l'autorisation du conseil de famille, s'il est constitué, ou à défaut du juge des tutelles. Lorsque la personne de confiance est désignée antérieurement au prononcé d'une telle mesure de protection judiciaire, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut soit confirmer sa mission, soit la révoquer* ».

confiance constitue un appui important pour expliquer les décisions médicales et exprimer l'opinion de la personne accueillie si elle n'y parvient pas seule. Cette mission est expressément rappelée par l'article L.311.5-1 du CASF. Le CASF ajoute que la personne de confiance intervient en soutien de la personne accueillie, lorsqu'elle « *rencontre des difficultés dans la connaissance et la compréhension de ses droits* ».

117. L'article L.311-5 du CASF, en mentionnant clairement le code de la santé publique, confirme donc la place importante de la personne de confiance pour aborder toutes les questions médicales. Au regard des personnes handicapées accueillies dans certains établissements, il est indispensable de pouvoir disposer d'un intermédiaire permettant de répondre aux questions médicales. Nombreuses sont en effet les situations où les directions d'établissement se trouvent confrontées à des interrogations des services médicaux, pour pallier l'absence des familles. Avant l'adoption de la loi n° 2015-1176 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, les directions d'établissement étaient fréquemment confrontées à des situations juridiquement complexes. Dans les faits, nombreuses sont les personnes accueillies qui ne bénéficient pas d'une mesure de protection juridique¹⁶⁰ et qui éprouvent des difficultés, dans la compréhension des décisions médicales à prendre. Lors d'une entrée dans un service hospitalier, la réponse aux questions posées par le praticien se heurtait à un vide juridique et laissait les directions d'établissement seules. La loi n° 2015-1176 du 28 décembre 2015 et ses décrets d'application indiquent la marche à suivre pour proposer la désignation de la personne de confiance, en conjuguant le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles.

118. Le texte du CASF rappelle la mission première qui est proposée à la personne de confiance. Il insiste sur le lien qui doit être fait avec l'article L.1111-6 du code de la santé publique. La personne désignée peut être un parent, un proche ou le médecin traitant de la personne accueillie en établissement. Elle reçoit l'information médicale pour pallier les difficultés de compréhension et exprime la volonté de la personne qui ne pourrait le faire seule. Le témoignage de la personne de confiance prévalant sur tous les autres, sa désignation doit s'effectuer par écrit et peut être révisée à tout moment. Il est important de noter une différence entre les deux codes, quant à la durée de la désignation. Dans le secteur hospitalier, la

¹⁶⁰ Dans nombre d'établissements, on constate que les personnes handicapées ne bénéficient pas toutes de mesures de protection juridique. Les directions d'établissement doivent travailler auprès des familles pour expliquer l'utilité d'une protection juridique de leur proche vulnérable.

désignation de la personne de confiance ne vaut que pour la période d'hospitalisation. Au contraire, pour les établissements médico-sociaux, la désignation s'inscrit dans un temps long. En effet, sans limitation de durée, la personne de confiance demeure l'interlocuteur privilégié même s'il y a un changement d'établissement ou de service.

119. Un décret en date du 18 octobre 2016¹⁶¹ est venu compléter la législation en fournissant, par l'intermédiaire de différentes annexes, des modèles de formulaires de désignation et de révocation de la personne de confiance. Ce décret est pris en application de l'article 27 de la loi n° 2015-1176 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société en vieillissement. Le texte rappelle l'obligation d'information relative à la personne de confiance qui incombe à la direction d'établissement et qui doit être réalisée, huit jours au moins, avant la remise du contrat d'accueil. L'annexe 4-10 fournit le modèle de la notice d'information relative à la désignation de la personne de confiance (article D.311-0-4 du code de l'action sociale et des familles). La direction de l'établissement doit s'assurer que la personne accueillie a compris quelles sont les missions de la personne de confiance, en fournissant une information adaptée à son degré de compréhension. L'annexe 2 fournit un exemple de document à communiquer pour informer les principales missions de la personne de confiance.

120. Dans le champ médico-social, il est important de noter la place importante accordée à l'aide apportée pour la compréhension des droits. Le législateur, au-delà de l'accompagnement médical, a souhaité que les personnes puissent se faire assister par un tiers afin de mieux saisir la portée de leurs droits.

¹⁶¹ Décret no 2016-1395 du 18 octobre 2016 fixant les conditions dans lesquelles est donnée l'information sur le droit de désigner la personne de confiance mentionnée à l'article L. 311-5-1 du code de l'action sociale et des familles.

B. La personne qualifiée, une voie de médiation pour la défense des droits

121. Le respect des droits des personnes handicapées est un élément important de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002. Le législateur a envisagé plusieurs voies, directes ou indirectes, permettant de faire valoir ses droits auprès d'un établissement. Par voie directe, on entend la remise, l'explication et la signature de différents documents qui encadrent le séjour de la personne dans l'établissement. Pour chacun de ces documents, la direction devra s'assurer de leur bonne compréhension et de la mise en place, si cela s'avère nécessaire, d'une retranscription en facile à lire et à comprendre¹⁶².

122. Le législateur a également codifié une voie indirecte d'accès et de respect des droits en permettant à la personne accueillie en établissement de se faire assister individuellement ou collectivement. L'article 9 de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, illustre cette dynamique des droits sous un angle nouveau. Il ne s'agit plus d'aider une personne à comprendre ses droits, pas plus qu'il ne s'agit de créer un espace de conciliation entre une personne et la direction d'un établissement lors d'un conflit. A la lumière de cet article, le législateur a souhaité la présence d'une personne qualifiée dans le but de faire respecter les droits. La lecture de l'article L. 311-5 du CASF définit clairement le rôle et la place de la personne qualifiée¹⁶³.

123. L'intervention de la personne qualifiée est en outre rappelée par la circulaire n° 138 DGAS du 24 mars 2004, relative à la mise en place du livret d'accueil prévu à l'article L. 311-4 du CASF. Le livret d'accueil doit faire mention de « *La liste des personnes qualifiées remplissant la mission mentionnée à l'article L. 311-5, les modalités pratiques de leur saisine et les numéros d'appel des services d'accueil et d'écoute téléphonique, adaptés aux besoins de*

¹⁶² La méthode du « Facile à lire et à comprendre » a été créée en 2009 à travers un projet européen intitulé « Pathways ». Il a rassemblé des organisations et associations de 8 pays européens. Pour la France, c'est l'association UNAPEI et l'association Nous aussi qui ont participé au projet. Cette méthode a pour objectif de faciliter la compréhension des documents pour les personnes déficientes intellectuelles.

¹⁶³ CASF, Art. L. 311-5 : « *Toute personne prise en charge par un établissement ou un service social ou médico-social ou son représentant légal peut faire appel, en vue de l'aider à faire valoir ses droits, à une personne qualifiée qu'elle choisit sur une liste établie conjointement par le représentant de l'État dans le département et le président du conseil départemental, après avis de la commission départementale consultative mentionnée à l'article L. 312-5. La personne qualifiée rend compte de ses interventions aux autorités chargées du contrôle des établissements ou services concernés, à l'intéressé ou à son représentant légal dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État* ».

prise en charge, ainsi que le cas échéant, les coordonnées de l'autorité judiciaire à l'origine de la mesure éducative dont bénéficie l'utilisateur ».

124. Chaque personne accueillie dans un établissement doit être informée de la possibilité qui lui est offerte de faire appel à une personne qualifiée. Le recours à une personne qualifiée pour régler un problème rencontré par une personne handicapée demeure toutefois une option (1) car de nombreuses voies parallèles peuvent être mobilisées. La liste des personnes qualifiées est établie dans chaque département par les pouvoirs publics (2). Il est important que chaque acteur soit informé des contours de la mission de la personne qualifiée (3), ainsi que des limites inhérentes à la mission (4).

1. Le recours optionnel à la personne qualifiée

125- La lecture des textes indique clairement que le recours à une personne qualifiée demeure une option pour la personne handicapée accueillie en établissement. Pour faire valoir ses droits, une personne dispose, en effet, de plusieurs options avant de faire appel à une personne qualifiée. Avant qu'une relation ne dégénère en conflit, la personne pourra faire appel à la personne de confiance qu'elle a désignée, ou porter la question auprès des représentants du conseil de la vie sociale, ou tout simplement, prendre attache avec la direction de l'établissement. Quelle que soit la voie utilisée, l'objectif est unique, il s'agit d'apporter une réponse idoine à la question de droit posée. Selon l'organisation de la structure, les pistes ouvertes pour faire respecter les droits peuvent être diverses. En tout état de cause, la direction de l'établissement doit répondre au mieux aux besoins identifiés et faire cesser les situations qui ne respectent pas les droits.

126- Le recours à une personne qualifiée est un signe d'échec pour une direction. Cela signifie que toutes les autres formes de dialogue ont échoué et que, seule une personne extérieure, peut aider efficacement la personne accueillie en établissement. Dans les faits, on constate que les conflits se résolvent souvent par le dialogue entre les acteurs internes à l'établissement. L'analyse des procédures permettant de traiter les réclamations en établissement renseigne sur la volonté des directions de faire respecter les droits. La communication autour de ces questions de droit représentent autant de garantie que les demandes seront traitées. Le silence assourdissant est souvent l'ennemi du respect des droits en établissement.

2. *Le choix de la personne qualifiée à partir d'une liste établie par les pouvoirs publics*

127- Pour être appelée en tant que personne qualifiée, il faut préalablement être inscrit sur une liste établie au niveau du département. Cette liste est proposée, pour une durée de trois ans, conjointement par les services préfectoraux, les ARS et le Conseil départemental. Les candidats retenus sont, la plupart du temps, des personnels ayant travaillé pour les services de l'État ou les collectivités territoriales qui ne doivent pas entretenir de liens avec des fédérations ou des groupements d'établissements. Ce type de candidature est souvent mobilisé dans nombre de départements.

128- Les personnes choisies doivent être indépendantes des collectivités publiques et des établissements d'accueil. Cette indépendance est un élément central de la mission de la personne qualifiée qui n'exerce pas un travail de contrôle, mais doit s'assurer que le droit est bien respecté. Dès lors, la personne qualifiée ne doit pas détenir directement ou indirectement des intérêts particuliers, quelle que soit leur nature, ou faire partie de la gouvernance des établissements ou services concernés par la demande.

129- Il n'existe pas d'obligation de formation pour la personne qualifiée. Néanmoins, dans la plupart des départements, il est demandé que le candidat connaisse le secteur social et médico-social, ainsi que la réglementation en vigueur. Le candidat s'engage donc implicitement à suivre les évolutions juridiques du secteur.

3. *Les contours de la mission*

130- La personne qualifiée rend compte de ses actions auprès de la personne accueillie au cours ou à la fin de son intervention. Il est important de constater le lien direct qui existe entre elles. Le législateur a souhaité ce lien direct pour mettre en évidence un rôle de « *défenseur des droits* », assigné à la personne qualifiée. L'article R 311-1¹⁶⁴ du CASF rappelle par ailleurs,

¹⁶⁴ CASF, Article R 311-1 : « *En temps utile et, en tout état de cause, dès la fin de son intervention, la personne qualifiée, mentionnée à l'article L. 311-5, informe le demandeur d'aide ou son représentant légal s'il s'agit d'un mineur ou, s'il s'agit d'un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation, la personne chargée de la mesure de protection par lettre recommandée avec avis de réception des suites données à sa demande et, le cas échéant, des mesures qu'elle peut être amenée à suggérer, et des démarches qu'elle a entreprises . Elle en rend compte à l'autorité chargée du contrôle*

que le résultat des actions entreprises ne fait pas l'objet d'une communication automatique auprès de l'établissement, cette démarche d'information reste une option. La personne qualifiée informe l'autorité de contrôle des difficultés rencontrées lors de sa mission et des suites qui ont été réservées aux difficultés juridiques. Afin de bien différencier la mission de la personne qualifiée avec celle d'un contrôleur, il est important de noter que la personne qualifiée ne peut s'autosaisir.

131- L'article R 311-1 du CASF démontre que la personne qualifiée n'intervient pas en tant que conciliateur ou en tant que médiateur entre la personne accueillie et la direction de l'établissement. Contactée parce que les droits ne sont pas respectés, la personne qualifiée effectue de manière indépendante des démarches pour rétablir des situations juridiques inappropriées.

132- L'article L.311-3 du CASF rappelle par ailleurs les droits qui doivent être garantis pour les personnes accueillies en établissement. Sans être totalement exhaustive, cette liste guide la personne qualifiée dans ses missions¹⁶⁵. Le texte évoque également l'obligation découlant de l'article 40 du code de procédure pénale¹⁶⁶ qui oblige « *toute autorité constituée, tout officier*

de l'établissement, du service ou du lieu de vie et d'accueil et, en tant que de besoin, à l'autorité judiciaire. Elle peut également tenir informé la personne ou l'organisme gestionnaire ».

¹⁶⁵ Selon le CASF, Article L.311-3, un certain nombre de droits doivent être garantis, on peut citer le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité ; sous réserve des pouvoirs reconnus à l'autorité judiciaire et des nécessités liées à la protection des mineurs en danger et des majeurs protégés, le libre choix entre les prestations adaptées qui lui sont offertes soit dans le cadre d'un service à son domicile, soit dans le cadre d'une admission au sein d'un établissement spécialisé ; la confidentialité des informations la concernant ; une information sur ses droits fondamentaux et les protections particulières légales et contractuelles dont elle bénéficie, ainsi que sur les voies de recours à sa disposition ; l'accès à toute information ou document relatif à sa prise en charge, sauf dispositions législatives contraires ; une prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité favorisant son développement, son autonomie et son insertion, adaptés à son âge et à ses besoins, respectant son consentement éclairé qui doit systématiquement être recherché lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. A défaut, le consentement de son représentant légal doit être recherché ; La participation directe ou avec l'aide de son représentant légal à la conception et à la mise en œuvre du projet d'accueil et d'accompagnement qui la concerne.

¹⁶⁶ Code de procédure pénale, Article 40 : « *Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1. Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ».*

public ou fonctionnaire », à dénoncer les crimes et délits constatés dans l'exercice de ses fonctions. Malgré une absence de définition par le code de procédure pénale¹⁶⁷, la notion d'autorité constituée recouvre la mission de la personne qualifiée. Au travers différents décrets¹⁶⁸, on mesure clairement le rôle réservé à la personne qualifiée, qui doit avant tout faire respecter le droit et dénoncer les éventuelles dérives.

133- Les outils issus de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002 servent de support aux actions que la personne qualifiée peut être amenée à conduire dans les établissements. L'absence de ces outils ou le fait qu'ils ne soient pas mis à jour constituent des indications sur le fait que les droits ne sont pas correctement garantis. Une lecture des comptes rendus du conseil de la vie sociale apporte souvent des réponses sur l'environnement des établissements et sur les points qui méritent une attention particulière. Les missions de la personne qualifiée sont le reflet d'une lecture impérative et statique des droits en établissement. Les droits des personnes accueillies seraient respectés dès lors que les outils de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002 seraient mis à disposition dans l'établissement.

4. *Les limites de la mission*

134- Il est très difficile de dresser un bilan exhaustif des missions des personnes qualifiées sur l'ensemble du territoire pour plusieurs raisons. Tout d'abord, force est de constater que ces personnes qualifiées ne sont pas toutes en poste (décès, démission en raison d'un déménagement, remplacement tardif). Ensuite, le dispositif, bien que prévu par la loi, connaît une déclinaison territoriale qui peut être différente de Brest à Metz. Enfin, il n'existe pas de synthèse globale des activités des personnes qualifiées permettant de tracer les grandes lignes d'intervention. Il demeure donc des améliorations possibles afin que la mission de la personne qualifiée soit efficiente. Par ailleurs, nombre d'établissements dans le cadre de leur démarche qualité, ont mis en place des systèmes internes de traitement des plaintes et des

¹⁶⁷ Ministère de la justice, réponse question écrite n° 08239, publiée dans le journal officiel du sénat en date du 02/04/2009, p. 799.

¹⁶⁸ Décret n°2003-1094 du 14 novembre 2003 relatif à la personne qualifiée mentionnée à l'article L.311-5 du code de l'action sociale et des familles, Décret n°2004-1136 du 21 octobre 2004 relatif au code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire), Décret n°2021-684 du 28 mai 2021 - art. 36 (partie réglementaire).

dysfonctionnements. Gérées par un ou une technicien(ne) en charge de la qualité, ces réponses de proximité peuvent apporter des solutions. Dans tous les cas, la communication organisée autour des difficultés que peut connaître un établissement, demeure la meilleure garantie de respect des droits de la personne handicapée. Toutes les procédures internes ne sauraient être plus efficaces qu'une bonne communication entre les acteurs. La transparence des situations vécues sert le droit.

C. Les droits et libertés regroupés autour d'une charte

135- Le dictionnaire de Vocabulaire juridique¹⁶⁹ définit la charte comme étant un « *écrit solennel qui est destiné à consigner des droits ou à régler des intérêts* », pouvant être comparé à une loi ou une règle fondamentale. Chacune des chartes revêt donc une solennité particulière qui leur procure un rang particulier pour l'État ou pour une entreprise. Nombreuses sont en effet les entreprises qui produisent des chartes, afin de mobiliser leurs collaborateurs et collaboratrices autour de thèmes qu'elles souhaitent mettre en avant. Elles sont assimilées à des codes de bonne conduite et recouvrent des domaines aussi divers que l'utilisation des outils informatiques, l'utilisation des véhicules de service, le respect de l'environnement ou le développement durable. La multiplication de ces publications interroge et peut, très vite, être comparée à un inventaire à la Prévert dans l'entreprise. Quitter la simple incantation pour qu'une charte d'entreprise devienne véritablement effective en devenant source d'obligations juridiques, telle est la question qui est posée au juriste. Par principe, une charte n'a aucune valeur juridique « *sui generis* ». Plusieurs conditions cumulatives sont nécessaires pour qu'une charte produise des effets juridiques pour l'entreprise.

136- Il est nécessaire que la charte soit annexée au règlement intérieur de l'entreprise déposée au greffe du conseil des prud'hommes ainsi qu'à l'inspection du travail, après consultation des instances représentatives du personnel¹⁷⁰. Par ailleurs, la charte doit être portée à la connaissance du personnel par voie d'affichage ou par voie informatique. Les règles édictées par la charte doivent également figurées dans le contrat de travail du salarié.

¹⁶⁹ G. CORNU, *Op. Cit.*, p166

¹⁷⁰ Consultation du comité social et économique, Article L.1321 code du travail.

137- Cette dernière condition crée souvent un vide juridique qui est rarement comblé dans la mesure où chaque nouvelle charte devrait s'accompagner d'une révision générale des contrats de travail en vigueur. Cette absence de mention des éléments de la charte, dans le contrat de travail, la rend inopposable et ne peut justifier des sanctions en cas de non-respect. Pour que la charte devienne un outil contraignant et respecté dans l'entreprise, il est donc nécessaire de dépasser la simple exposition du texte.

138- La loi 2002-2 du 2 janvier 2002 convoque cette notion de charte, afin que « *l'exercice des droits et libertés individuels* » soit garanti dans les établissements. Le législateur avait même envisagé deux chartes distinctes. La première avait une portée nationale et devait poser les principes éthiques et déontologiques devant être respectés par les établissements. L'article 6 de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002 redessine le code de l'action sociale et des familles en son article L.311-2 qui dispose : « *Une charte nationale est établie conjointement par les fédérations et organismes représentatifs des personnes morales publiques et privées gestionnaires d'établissements et de services sociaux et médico-sociaux. Cette charte porte sur les principes éthiques et déontologiques afférents aux modes de fonctionnement et d'intervention, aux pratiques de l'action sociale et médico-sociale et aux garanties de bon fonctionnement statutaire que les adhérents des fédérations et organismes précités sont invités à respecter par un engagement écrit. Elle est publiée par arrêté du ministre chargé des affaires sociales* ».

139- Le législateur avait envisagé que cette première charte soit le fruit d'un travail de collaboration entre partenaires publics et privés et porte sur des grands principes d'actions. Cette charte n'a jamais été élaborée. Les associations et fédérations ont donc créé, chacune de leur côté, leur propre charte éthique et leur guide d'intervention proposé à chaque adhérent. A titre d'exemple, l'UNAPEI a publié en 2018 sa charte éthique et déontologique en direction de ses membres qui rappelle : « *La présente charte est établie par référence au projet associatif global de l'UNAPEI, conformément aux statuts de l'UNAPEI, à son règlement intérieur, à sa Charte pour la dignité des personnes handicapées mentales, à sa Charte pour les associations mandataires judiciaires à la protection des majeurs et à ses divers rapports d'orientation. Ce document, soumis à approbation le 1er juin 2018 lors de l'Assemblée Générale de l'UNAPEI rappelle la vocation, les ambitions et les engagements de l'UNAPEI et des membres qu'elle regroupe* ».

140- Fruit de démarches individuelles, ces chartes ont été complétées par un travail centralisé mené d'abord par l'ancienne Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM), puis par la Haute Autorité de Santé (HAS). De nombreuses recommandations ont ainsi été élaborées en direction des établissements, afin de fournir des repères permettant la réflexion des acteurs. En juillet 2020, 68 recommandations, 3 guides et 5 fiches repères avaient déjà été publiées.

141- La seconde charte prévue par le législateur de 2002 aborde les droits et liberté de la personne accueillie en établissement. L'article 8 de la loi mentionne la charte des droits au travers de l'article L.311-4 du CASF qui dispose : *« Afin de garantir l'exercice effectif des droits mentionnés à l'article L. 311-3 et notamment de prévenir tout risque de maltraitance, lors de son accueil dans un établissement ou dans un service social ou médico-social, il est remis à la personne ou à son représentant légal un livret d'accueil auquel sont annexés : [...] Une charte des droits et libertés de la personne accueillie, arrêtée par les ministres compétents après consultation de la section sociale du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale mentionné à l'article L. 6121-9 du code de la santé publique [...] »*.

142- L'arrêté du 8 septembre 2003¹⁷¹ fournit, au travers de douze articles, la liste des droits qui constitue le cœur de la charte de la personne accueillie. Annexée au livret d'accueil, elle doit être remise lors de l'accueil dans un établissement, affichée et facilement accessible. Il peut être utile d'intégrer des références à cette charte dans le règlement intérieur de l'entreprise. De cette manière, le non-respect des droits peut donner lieu à des rappels disciplinaires. Pour autant, il faut rappeler que l'objectif essentiel de cette mention dans le règlement intérieur est de sensibiliser aux droits des personnes accueillies afin de tendre vers l'effectivité des droits. Il s'agit d'insister auprès des collaborateurs sur les conséquences juridiques d'un manquement.

143- Peut-on invoquer la charte des droits et des libertés pour dénoncer des comportements ou des manquements ? Répondre à cette question revient à s'interroger sur la question de l'opposabilité de la charte (1). Aux côtés de l'arrêté du 8 septembre 2003, une annexe détaille les droits pour les personnes handicapées (2). Le respect de la vie privée (3), la vie affective et

¹⁷¹ Arrêté du 8 septembre 2003 relatif à la charte des droits et libertés de la personne accueillie, mentionnée à l'article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles, JORF n°234 du 9 octobre 2003

le respect de l'intimité (4) sont des exemples de droits à garantir au sein des établissements. D'une manière générale, l'exigence de sécurité est au centre de la préoccupation de chaque acteur (5).

1. *L'opposabilité de la Charte*

144- Le dictionnaire de Vocabulaire juridique¹⁷² fournit une définition de ce qui est juridiquement opposable. Il s'agit d'un acte ou d'un texte « *dont la valeur comme élément de l'ordre juridique ne peut être méconnue par les tiers, lesquels, n'étant pas directement obligés par ce qui leur est opposable, n'en sont pas moins tenus d'en reconnaître et d'en respecter l'existence et même d'en subir les effets* ».

145- L'arrêté du 8 septembre 2003 s'articule autour de cinq articles et d'une annexe qui dresse la liste des droits de la personne accueillie en établissement. Il fait mention d'un certain nombre d'articles du CASF qui abordent les droits et libertés individuels. Dès son article 1, il est rappelé l'article L 311-4 du CASF dispose : « *Afin de garantir l'exercice effectif des droits [...] et notamment de prévenir tout risque de maltraitance, [...] il est remis [...] une charte des droits et libertés de la personne accueillie, arrêtée par les ministres compétents après consultation de la section sociale du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale mentionné à l'article L. 6121-7 du code de la santé publique ; la charte est affichée dans l'établissement ou le service* ». L'article L 311-3 du CASF complète le tableau des droits en indiquant : « *L'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux* ».

146- Par la suite, le législateur informe des conséquences du non-respect des droits par l'établissement¹⁷³. Les problèmes identifiés dans l'organisation ou le fonctionnement peuvent

¹⁷² CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), 2020, p. 707.

¹⁷³ CASF, Article L 313-14 : « *Lorsque les conditions d'installation, d'organisation ou de fonctionnement de l'établissement, du service ou du lieu de vie et d'accueil méconnaissent les dispositions du présent code ou présentent des risques susceptibles d'affecter la prise en charge des personnes accueillies ou accompagnées ou le respect de leurs droits, l'autorité compétente en vertu de l'article L. 313-13 peut enjoindre au gestionnaire d'y remédier, dans un délai qu'elle fixe. Ce délai doit être raisonnable et adapté à l'objectif recherché. Elle en informe le conseil de la vie sociale quand il existe et, le cas échéant, le représentant de l'État dans le département, ainsi que le procureur de la République dans le cas des établissements et services accueillant des majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique. L'autorité compétente peut également prévoir les conditions dans lesquelles le responsable de l'établissement, du service ou du lieu de vie et d'accueil assure l'affichage de l'injonction à l'entrée de ses locaux. Cette injonction peut inclure des mesures de réorganisation ou relatives à l'admission de*

amener l'autorité publique à prendre, à l'encontre de l'établissement, un certain nombre de mesures graduées. De la simple injonction à une astreinte, d'un affichage des difficultés dans les locaux à l'interdiction de gérer, la gamme des sanctions est variée et poursuit un même objectif, celui de restaurer le respect des droits de la personne accueillie. Dans les faits, rares sont les situations qui génèrent la mise en place de ces sanctions. Le plus souvent, les problèmes en lien avec le non-respect des droits des personnes trouvent une solution par l'intervention de tiers prévus par le législateur. L'intervention de la personne de confiance, de la personne qualifiée, des membres du conseil de la vie sociale ou des familles permet, la plupart du temps, de rectifier des situations.

147- La question de l'opposabilité d'une charte a reçu une réponse du droit européen. En effet, depuis le traité de Lisbonne, l'Union européenne a reconnu à sa Charte des droits fondamentaux, une portée juridique équivalente à celle des traités. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'est pas l'exact reflet de la charte des droits et des libertés de la personne accueillie en établissement, néanmoins, on trouve dans les deux documents une proximité d'approche¹⁷⁴.

2. Le détail des droits dans l'annexe

148- L'arrêté du 8 septembre 2003 mentionne, en annexe, une liste de droits et de principes qui s'imposent dans le cadre d'un accompagnement en établissement. Il s'agit :

- ☐ Du principe de non-discrimination
- ☐ Du droit à une prise en charge ou à un accompagnement adapté
- ☐ Du droit à l'information
- ☐ Du principe du libre choix, du consentement éclairé et de la participation de la personne
- ☐ Du droit à la renonciation
- ☐ Du droit au respect des liens familiaux
- ☐ Du droit à la protection
- ☐ Du droit à l'autonomie
- ☐ Du principe de prévention et de soutien

nouveaux bénéficiaires et, le cas échéant, des mesures individuelles conservatoires, en application du code du travail ou des accords collectifs... ».

¹⁷⁴ La suite de notre recherche fait état de manière détaillée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, p.204

- ☐ Du droit à l'exercice des droits civiques attribués à la personne accueillie
- ☐ Du droit à la pratique religieuse
- ☐ Du respect de la dignité de la personne et de son intimité

149- L'énonciation de l'ensemble de ces droits en annexe de l'arrêté renseigne sur la place que souhaite accorder le législateur à la protection juridique des personnes accueillies en établissement. D'une certaine manière, le législateur a voulu rappeler un certain nombre de barrières visant à protéger la personne handicapée. Cette démarche acte le déséquilibre juridique existant entre les parties et entend y remédier. A partir de cette liste, on peut mettre en exergue trois thèmes prégnants. Le respect de la vie privée et de l'intimité, la sécurité des personnes et des biens, la protection des informations personnelles et l'individualisation des prises en charge en établissement méritent une attention particulière.

3. *Le respect de la vie privée*

150- Le respect de la vie privée recouvre plusieurs notions qui trouve un écho lorsqu'on envisage la vie en collectivité. On parlera alors d'intimité de la personne, de protection de son domicile ainsi que du respect du droit à l'exercice d'une sexualité. La notion d'intimité est protégée par le Code civil dans son article 9 qui dispose que « *Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé* ».

151- La vie privée et ses différentes déclinaisons sont autant de thèmes d'actualité dans les établissements. Il est fréquent de s'interroger sur la notion de domicile en établissement ainsi que sur la possibilité de pénétrer dans une chambre occupée. Quelles sont les conditions qui doivent être respectées, afin de pouvoir entrer dans le logement d'une personne tout en respectant son espace privé ? Cette question nécessite une pédagogie constante de la part des directions d'établissement. La jurisprudence nous guide dans la recherche de cet équilibre en affirmant le caractère privé des chambres d'une maison d'accueil spécialisée. En l'espèce¹⁷⁵, un salarié s'est vu notifié son licenciement pour avoir utilisé la chambre d'une personne

¹⁷⁵ CA Montpellier - Chambre sociale - 18 décembre 2019 – N° d'inscription au répertoire général N°RG 16/00136 – N° Portalis DBVK V B7A M2XX.

accueillie en établissement sans avoir son accord. Il est reproché au salarié de s'être « *coucher après le repas de midi dans la chambre d'une résidente hospitalisée [...] par ailleurs, ces chambres représentent l'espace privé des résidents accueillis et le personnel a le devoir et l'obligation de respecter leur intimité* ». Cette position jurisprudentielle est constante. Déjà en 1986, la Cour d'appel nous fournissait une ligne de réflexion pour les collaborateurs d'établissement dans la mesure où elle affirmait que la chambre d'hôpital peut être considérée comme étant un espace privé¹⁷⁶.

152- Un autre angle mérite d'être observé lorsqu'on aborde la question de l'espace privé au sein des établissements. De plus en plus, les politiques publiques invitent les directions à mettre en place des places « *d'urgence* » permettant l'accueil de personnes handicapées, se trouvant dans une situation complexe. Bien sûr, il n'est pas question de créer des places supplémentaires, mais de transformer temporairement des places libres. Il est donc demandé aux directions d'entamer des démarches auprès des familles, afin qu'elles acceptent que la chambre de leur fils ou de leur fille puisse être mobilisée pendant les temps de vacances. On se situe ici au centre de deux exigences contradictoires. D'une part, le respect de l'espace privé de chaque personne au sein d'un établissement et, d'autre part, le souhait de pouvoir répondre aux besoins individuels des personnes sans solution. Les directions sont donc appelées à conjuguer ces contraires et à modifier leur règlement de fonctionnement après consultation du conseil de la vie sociale.

153- Une circulaire non opposable, datée du 5 juillet 2021¹⁷⁷, a par ailleurs formulé des recommandations en direction des établissements en « *rappelant la nécessité de respecter le droit à l'intimité, la vie amoureuse, et les droits sexuels et reproductifs des personnes en situation de handicap, et lutter contre les violences dont elles peuvent faire l'objet [...]. Cette instruction adressée aux professionnels et aux directions des ESSMS rappelle le droit pour les personnes en situation de handicap d'avoir une vie affective, relationnelle, intime et sexuelle. L'instruction promeut et encourage le développement de pratiques professionnelles*

¹⁷⁶ CA Paris, 4^{ème} chambre, 26 juin 1986, 86-003870 Participation ouvrier Nice Matin c/ Mme Chantal, Denise Bonneau dite Chantal Nobel.

¹⁷⁷ Circulaire N° DGCS/SD3B/2021/147 du 5 juillet 2021 relative au respect de l'intimité, des droits sexuels et reproductifs des personnes accompagnées dans les établissements et services médico sociaux relevant du champ du handicap et de la lutte contre les violences.

respectueuses de cette vie privée. Elle décline des pratiques et des outils à développer pour la mise en œuvre effective de ce droit, et identifie ce qui peut être une entrave ».

4. La vie affective et sexuelle, le respect de l'intimité

154- Parmi les questions qui restent vives en établissement, on peut citer celle de la vie affective. Touchant éminemment à l'intimité, les questions autour de la sexualité exigent, à la fois, l'organisation de débats et un accompagnement individuel. Cette thématique irrigue également les réflexions collectives animées par le Comité Consultatif National d'Éthique¹⁷⁸ (le « CCNE ») pour les sciences de la vie et de la santé. Interrogé par le gouvernement français en février 2020 sur l'accès à la vie affective et sexuelle et l'assistance sexuelle des personnes handicapées, le CCNE a apporté des éléments de réponse aux questions soulevées par les professionnels, les familles et les personnes handicapées elles-mêmes. Cette démarche s'inscrit dans une dynamique semblable à celle qui avait animé l'avis rendu en 2012, sur cette question de la vie affective des personnes handicapées¹⁷⁹. Le CCNE rappelle que ces interrogations nécessitent des réponses construites autour des droits des personnes qui « *revendiquent une réglementation complémentaire et adaptée, concernant les fréquentes carences de leur vie affective et sexuelle* »¹⁸⁰ et du droit pénal en vigueur. Le CCNE reconnaît qu'« *en raison de l'organisation institutionnelle, la vie en établissement peut contribuer à restreindre la vie relationnelle. Elle est souvent un obstacle à la vie affective et intime, en raison de la difficulté d'organiser une place pour le respect de la vie privée (règlement de fonctionnement des établissements trop restrictifs, absence de chambre adaptée, chambres doubles, persistance de tabous, relation affective et intime très réduite et sous le regard des autres, contrôle des entrées et des sorties des résidents et des visiteurs [...])* ». Pour être effectif, le droit à une vie affective pour les personnes handicapées nécessite, d'après le CCNE, « *de modifier le cadre légal relatif à la prostitution et donc de s'affranchir des principes éthiques [...]* cette décision est éminemment politique et législative ».

¹⁷⁸ Création CCNE, Décret n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (JO du 25 février 1983).

¹⁷⁹ CCNE, Avis n°118, Vie affective et sexuelle des personnes handicapées, question de l'assistance sexuelle, 4 octobre 2012.

¹⁸⁰ CCNE, Réponse à la saisine de la Ministre chargée des personnes handicapées sur l'accès à la vie affective et sexuelle et l'assistance sexuelle des personnes handicapées, Paris, 13 juillet 2021.

155- Par ailleurs, pour que les droits soient effectifs, il est nécessaire que la parole circule dans les établissements auprès des collaborateurs et des familles. La crainte enfouie de constater que sa fille porteuse de trisomie 21 entretient des relations intimes avec une autre personne, génère beaucoup de questions de la part des familles. Des temps d'échange et de formation doivent être organisés avec tous les acteurs, afin de se mettre d'accord sur les contours des droits individuels et les obligations qui en découlent. La question de l'intervention d'un tiers peut également se poser dans le cadre d'un accompagnement sexuel de la personne handicapée. Des demandes sont faites aux directions d'établissement pour répondre aux souhaits des personnes sur cette thématique, mais se heurtent à des obstacles juridiques. Il s'agit des articles 222-24¹⁸¹ et 222-29¹⁸² du code pénal, relatifs aux abus sexuels sur personnes vulnérables ainsi que ceux concernant la prostitution et le proxénétisme¹⁸³. Un rapport rédigé en 2011 par Jean-François CHOSSY¹⁸⁴ réaffirmait que la sexualité est *« une des dimensions de la vie ordinaire »*¹⁸⁵. Et un droit humain devant lequel chacun doit rester discret, humble mais pas indifférent pour ne pas se sentir, un jour, coupable de n'avoir rien fait par peur et par crainte ». Et l'auteur du rapport de citer l'exemple de cet *« homme très lourdement handicapé qui n'a l'usage ni de ses jambes ni de ses bras, dont l'existence vitale dépend uniquement de la présence constante d'un tiers aidant et qui possède une intelligence vive et pétillante, veut vivre les passions, les pulsions, les sentiments, les émotions, les besoins et les envies qui l'envahissent comme les autres »*, et de s'interroger *« Qui a le droit de les lui refuser et comment faire pour l'accompagner ? »* Jean-François CHOSSY de poursuivre en mettant en lumière d'autres questions posées en établissement par les collaborateurs. Que conseiller à ces professionnels confrontés, au sein des établissements, au rapprochement en couple des personnes handicapées ? Faut-il interdire, au nom d'une certaine morale ou du règlement, à ces personnes d'avoir une

¹⁸¹ Code pénal, Article 222-24 : *« [...] punit de vingt ans de réclusion criminelle le viol, « Lorsqu'il est commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur ».*

¹⁸² Code pénal, article 222-29 : *« Les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende lorsqu'elles sont imposées à une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse ou résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de son auteur ».*

¹⁸³ Code pénal, Article 225-5 à 225-12-4.

¹⁸⁴ J.F. CHOSSY, *Evolution des mentalités et changement du regard de la société sur les personnes handicapées, passer de la prise en charge à la prise en compte*, Rapport parlementaire, Novembre 2011.

¹⁸⁵ *Ibid.*, page 105.

vie amoureuse ? Faut-il séparer les couples et briser leur vie affective pour servir la tranquillité des agents et la réputation de l'établissement au détriment de la dignité de la personne handicapée ?

156- Cette thématique de la vie affective et sexuelle, en établissement, soumet les directions à une tension entre le respect d'un droit individuel et le respect des lois pénales. La frontière est ténue et exige, avant tout, beaucoup d'explications et de formations en direction de toutes les parties prenantes ainsi qu'une modification des textes législatifs.

5. *L'exigence de sécurité*

157- La sécurité des personnes et des biens représente un domaine que l'on peut mettre en exergue à partir de cette liste de droits reconnus aux personnes handicapées accueillies en établissement. La question de la sécurité et celle de la liberté des personnes accompagnent les philosophes depuis longtemps. Au 17^{ème} siècle, Thomas Hobbes¹⁸⁶ invitait les citoyens à renoncer à la liberté de se gouverner eux-mêmes au profit d'un État qui assure protection et paix¹⁸⁷, « *Et parce que la condition de l'homme [...] est d'être dans un état de guerre de chacun contre chacun, situation où chacun est gouverné par sa propre raison et qu'il n'y a rien dont il ne puisse faire usage dans ce qui peut l'aider à préserver sa vie contre ses ennemis, il s'ensuit que, dans un tel état, tout homme a un droit sur toute chose, même sur le corps d'un autre homme. Et c'est pourquoi, aussi longtemps que ce droit naturel de tout homme sur toute chose perdure, aucun homme, si fort et si sage soit-il, ne peut être assuré de vivre le temps que la nature alloue ordinairement aux hommes. Et par conséquent, c'est un précepte, une règle générale de la raison que tout homme doit s'efforcer à la paix, aussi longtemps qu'il a l'espoir de l'obtenir [...]* »¹⁸⁸.

158- Quelques années plus tard, Jean-Jacques Rousseau¹⁸⁹, au contraire, insistait sur l'importance de la liberté de l'homme qui lui permet de se différencier de l'animal. Son

¹⁸⁶ HOBBS T., 1588-1689.

¹⁸⁷ HOBBS T., *Leviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Édition Electronique, Université du Québec à Chicoutimi, 2003. Traduit de l'anglais par Philippe Follio.

¹⁸⁸ *Ibid.*, page 112.

¹⁸⁹ ROUSSEAU J.J., 1712-1778.

« *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* »¹⁹⁰ résume sa pensée. La cohabitation des thèmes de la sécurité et de la liberté est très présente dans les établissements médico-sociaux. La loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rappelle cette dualité et invite les directions à rechercher le meilleur équilibre. L'article deux insère un article L.1161 dans le CASF qui rappelle l'objectif de protection des personnes en établissement¹⁹¹. Cette exigence de sécurité est contrebalancée par l'article L.311-3 du même code qui indique que « *L'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux [...]* ».

159- Afin d'assurer les libertés des personnes accueillies dans les établissements, les directions doivent garantir la sécurité des biens (5.1) et des personnes (5.2). Conjuguer la sécurité avec la liberté constitue un défi pour les directions d'établissement qui doivent examiner la jurisprudence pour connaître ce point d'équilibre (5.3). La question de la protection des données personnelles s'est inscrite dans l'actualité des établissements (5.4), venant bousculer la notion de secret professionnel.

¹⁹⁰ ROUSSEAU J.J., *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1755 : « *Je ne vois dans tout animal qu'une machine ingénieuse, à qui la nature a donné des sens pour se remonter elle-même et pour se garantir, jusqu'à un certain point, de tout ce qui tend à la détruire ou à la déranger. J'aperçois précisément les mêmes choses dans la machine humaine, avec cette différence que la nature seule fait tout dans les opérations de la bête, au lieu que l'homme concourt aux siennes, en qualité d'agent libre. L'un choisit ou rejette par instinct, et l'autre par un acte de liberté ; ce qui fait que la bête ne peut s'écarter de la règle qui lui est prescrite, même quand il lui serait avantageux de le faire et que l'homme s'en écarte souvent à son préjudice. C'est ainsi qu'un pigeon mourrait de faim près d'un bassin rempli des meilleures viandes et un chat sur des tas de fruits ou de grain, quoique l'un et l'autre pût très bien se nourrir de l'aliment qu'il dédaigne, s'il s'était avisé d'en essayer. C'est ainsi que les hommes dissolus se livrent à des excès, qui leur causent la fièvre et la mort ; parce que l'esprit déprave les sens et que la volonté parle encore, quand la nature se tait* ».

¹⁹¹ CASF, Article L.1161 : « *l'action sociale et médico-sociale tend à promouvoir, dans un cadre interministériel, l'autonomie et la protection des personnes, la cohésion sociale, l'exercice de la citoyenneté, à prévenir les exclusions et à en corriger les effets. Elle repose sur une évaluation continue des besoins et des attentes des membres de tous les groupes sociaux, en particulier des personnes handicapées et des personnes âgées, des personnes et des familles vulnérables, en situation de précarité ou de pauvreté et sur la mise à leur disposition de prestations, en espèces ou en nature. Elle est mise en œuvre par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les organismes de sécurité sociale, les associations ainsi que par les institutions sociales et médico-sociales au sens de l'article L. 311-1* ».

5.1 La garantie des biens

160- Garantir les biens des personnes accueillies en établissement porte une double signification. Les directions doivent assurer les personnes contre le risque de vol de biens mobiliers. Dès l'entrée dans l'établissement, il faut effectuer un état des lieux des biens que la personne dépose dans son logement. L'exhaustivité de la liste permet le plus souvent de retrouver des objets qui se sont « égarés » dans une chambre voisine. L'orientation de ce travail de recherche permet le plus souvent d'annihiler les tensions entre les personnes. Cependant, il arrive parfois que les objets perdus ne soient pas retrouvés dans une chambre de l'établissement. Les directions se trouvent quelque fois confrontées à des cas de vol des personnels. Il n'y a pas de recette miracle afin d'éviter ces situations, seule des actions permanentes de sensibilisation peuvent avoir un effet. Il s'agit notamment d'insister sur la notion de responsabilité individuelle et de rappeler qu'un vol, donnera lieu à un dépôt de plainte auprès des autorités judiciaires susceptible d'entraîner des condamnations pénales. Le vol est défini par le code pénal dans son article 311-1 qui dispose, « *Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ».

161- Par ailleurs, l'article 311-5¹⁹² du code pénal rappelle le fait que la victime soit une personne vulnérable est considéré comme une considération aggravante. Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 € d'amende lorsque le vol est commis dans deux des circonstances prévues par le présent article. Le rappel de ces règles légales conjugué à une large information sur ces faits dans les établissements constitue, pour les directions, des actions à mettre en place afin de garantir les biens des personnes accueillies contre les vols.

162- La garantie des biens est également assurée par le CASF, au travers de son article L.116-4 et par le Code civil au titre des articles 909 et 911. La loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement¹⁹³ rappelle aux « *personnes physiques propriétaires, gestionnaires, administrateurs ou employés d'un établissement ou service soumis à autorisation ou à*

¹⁹² CASF, Article 311-5 : « *Le vol est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende lorsqu'il est précédé, accompagné ou suivi de violence sur autrui ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant huit jours au plus ; lorsqu'il est facilité par l'état d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ; Lorsqu'il est commis dans un local d'habitation ou dans un lieu utilisé ou destiné à l'entrepôt de fonds, valeurs, marchandises ou matériels, en pénétrant dans les lieux par ruse, effraction ou escalade* ».

¹⁹³ Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, JORF n°0301 du 29 décembre 2015.

déclaration en application du présent code, ainsi que les bénévoles ou les volontaires qui agissent en leur sein ou y exercent une responsabilité, (qu'elles) ne peuvent profiter de dispositions à titre gratuit entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par les personnes prises en charge par l'établissement ou le service pendant la durée de cette prise en charge ».

163- Cet article aborde par la suite la question de la nullité de l'acquisition d'un bien « appartenant à une personne prise en charge, accueillie ou accompagnée » sauf autorisation du juge. Le législateur entend donc accorder une protection de leur patrimoine aux personnes lors de leur entrée en établissement. Ce faisant, on peut constater que cette action législative s'inscrit dans le même esprit que la mesure inscrite dans la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007¹⁹⁴ relative à la protection des majeurs qui dispose que « *les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigués des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci. Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales, au nom desquelles ils exercent leurs fonctions, ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires que les personnes dont ils assurent la protection auraient faites en leur faveur, quelle que soit la date de la libéralité* ». Le Code civil indique par ailleurs dans son article 911, qu'une personne morale, au même titre que les personnes physiques, ne peuvent recevoir de libéralités de la part d'une personne accueillie en établissement.

5.2 La garantie des personnes

164- Parmi les raisons qui poussent les familles et les personnes elles-mêmes, à demander un hébergement dans un ESSMS, on peut citer le besoin de sécurité. Les familles acceptent que leur enfant quitte le foyer familial pour un hébergement en collectivité, à condition que la direction les rassure quant aux dispositifs mis en place pour garantir la sécurité. Quelles sont les garanties alimentaires que l'on peut fournir ? Quels protocoles sont-ils utilisés pour promouvoir la bientraitance ? Les locaux sont-ils équipés d'une alarme incendie ? Quelle est la fréquence des exercices d'évacuation en cas d'incendie ? Nombre de réponses se trouvent dans

¹⁹⁴ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n°56 du 7 mars 2007, Article 9.

les documents remis aux personnes lors de l'accueil (règlement de fonctionnement, projet d'établissement).

165- Accueillir des personnes vulnérables nécessite un cadre particulièrement rassurant pour des personnes éprouvant des difficultés à vivre en milieu « ordinaire »¹⁹⁵. Pour les directions, il faut réussir à conjuguer protection et liberté, à rassurer sans transformer l'établissement en lieu fermé. Cette frontière ténue est au cœur des réflexions des directions qui entendent conjuguer à la fois le besoin d'ouverture des établissements vers l'extérieur et la demande et l'exigence de protection de personnes vulnérables. Force est de constater qu'il n'existe pas de réponse idoine et que chaque direction doit construire une réponse en fonction de son environnement, du public accueilli et de la réglementation en vigueur. Les évolutions législatives et jurisprudentielles sont également le reflet de ce flottement entre sécurité et liberté. Principe fondamental du droit, la liberté d'aller et venir est au centre des préoccupations des directions qui doivent se tenir constamment informées des obligations à respecter.

5.3 La jurisprudence et la place de la liberté d'aller et venir

166- Interrogée sur le respect de la liberté d'aller et venir en établissement pour personnes âgées, la Défenseure des droits¹⁹⁶ rappelle que « 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'homme¹⁹⁷, l'article 12 du PIDCP¹⁹⁸ et l'article 2 du protocole n°4 de la CESDH¹⁹⁹. Elle est par ailleurs, consubstantielle au droit, à l'autonomie

¹⁹⁵ Cette expression est utilisée pour décrire le droit commun, accessible à tous

¹⁹⁶ Défenseur des droits, Rapport concernant les droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD, 4 mai 2021, page 23.

¹⁹⁷ Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948, article 13 : « Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ».

¹⁹⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ONU, 16 décembre 1966, article 12 : « Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien... ».

¹⁹⁹ Convention européenne des droits de l'homme, traité du Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950, article 2 du protocole 4 : « Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

de chaque personne en situation de handicap, consacré par les articles 3 et 19 de la CIDPH²⁰⁰ et par l'article 15 de la Charte sociale européenne²⁰¹, 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 et qualifiée de liberté fondamentale par le Conseil d'État. 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 » .

167- Et la Défenseure des droits de pointer l'objectif pour les établissements qui consiste « 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 liberté²⁰² ». Ces quelques lignes mettent en exergue une des difficultés majeures des directions d'établissement, assurer la sécurité dans un établissement et faire en sorte de préserver des espaces de liberté. Cette mission est rendue d'autant plus difficile lorsque cette frontière n'a pas été tracée clairement par la gouvernance de la structure. La lecture du projet stratégique d'une structure doit en effet éclairer l'ensemble des acteurs sur les fondamentaux sur lesquels les actions d'accompagnement doivent s'élaborer. Cette lisibilité a une triple vocation. Tout d'abord, elle éclaire toutes les parties prenantes lors de la signature des documents contractuels d'accueil dans l'établissement. Ensuite, ce projet peut également servir de support pour acculturer les collaborateurs, les familles ainsi que les personnes accueillies elles-mêmes. Enfin, cette clarification vient guider les directions qui peuvent dès lors décider

²⁰⁰ Convention relative aux droits des personnes handicapées, ONU, article 3 : « Les principes de la présente Convention sont Le respect de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l'indépendance des personnes », article 19 « Les personnes handicapées aient la possibilité de choisir, sur la base de l'égalité avec les autres, leur lieu de résidence et où et avec qui elles vont vivre et qu'elles ne soient pas obligées de vivre dans un milieu de vie particulier ».

²⁰¹ Charte sociale européenne, 1^{er} juillet 1999, article 15 : « En vue de garantir aux personnes handicapées, quel que soit leur âge, la nature et l'origine de leur handicap, l'exercice effectif du droit à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté les parties s'engagent notamment à favoriser leur pleine intégration et participation à la vie sociale, notamment par des mesures, y compris des aides techniques, visant à surmonter des obstacles à la communication et à la mobilité et à leur permettre d'accéder aux transports, au logement, aux activités culturelles et aux loisirs ».

²⁰² Ibid., page 23.

plus librement des actions à mener. Il est important d'insister sur cette cohérence d'action dans les structures. Sans elle, les directions peuvent être amenées à arbitrer en faveur de la sécurité au détriment des libertés.

168- La crise sanitaire de 2019 a interrogé l'ensemble des acteurs sur leur positionnement, face à ces questions opposant liberté et sécurité. Nombre de référés-libertés ont été utilisés afin de contester des décisions ou des recommandations des autorités publiques qui pouvaient porter atteinte à la liberté fondamentale d'aller et venir. A titre d'exemple, on peut citer une décision du Conseil d'État²⁰³ qui a suspendu une recommandation du ministre des solidarités et de la santé, visant à interdire les sorties des résidents dans les EHPAD. La haute juridiction considère que la recommandation emporte « *des effets notables sur la liberté d'aller et de venir* », et que son « *caractère général et absolu ne peut manifestement pas être regardé comme une mesure nécessaire et adaptée et ainsi, proportionnée à l'objectif de prévention de la diffusion du virus* ». Le Conseil d'État considère donc que « *les requérants sont fondés à soutenir que cette prescription qui porte une atteinte grave à la liberté d'aller et venir est manifestement illégale* ». Au travers cet exemple, on mesure les difficultés des directions pour appliquer le droit fondamental d'aller et venir. La décision finale est donc nécessairement contingente.

5.4 La protection des informations personnelles

169- De prime abord, tous les acteurs du champ médico-social sont d'accord pour assurer la protection des informations des personnes accueillies en établissement. Dans les faits, la situation est souvent différente, le manque de respect de la règle de droit peut se cacher derrière des actes du quotidien. Par exemple, les temps de réunion qui ont pour objectif de faciliter les échanges entre professionnels autour des dossiers, peuvent constituer des zones de moindre protection des informations personnelles. Il est important pour les directions, de rappeler les règles vigueurs afin d'acculturer l'ensemble des acteurs.

170- Dans le même ordre d'idée il nous faut insister sur la présence d'espaces multiples, présents dans chaque établissement, qui peuvent constituer des sources de dérapage. Les couloirs, par exemple, représentent des lieux d'échange naturels entre professionnels sur des situations personnelles. Autant de possibilités de constater que la protection des données n'est pas parfaitement assurée au quotidien.

²⁰³ CE, Juge des référés, Ordonnance du 3 mars 2021, n° 449759, inédit au recueil Lebon.

171- Le questionnement autour de cette notion de protection d'informations nous pousse à nous interroger sur la notion de secret professionnel. Qui est soumis au secret professionnel ? Existe-t-il une notion de secret partagé en établissement ? L'information confidentielle et l'information secrète recouvrent-elles le même champ ? Il est nécessaire que les directions aident les collaborateurs à apporter des réponses à ces questions qui divisent les personnels médicaux et non médicaux.

5.4.1- Les contours du secret professionnel

172- Il est important de souligner que le secret professionnel est une notion d'ordre public que l'on doit respecter, car il s'agit d'un devoir et non d'un droit. Le secret professionnel est défini comme étant l'interdiction faite à celui qui y est soumis de divulguer les informations dont il est dépositaire. Le code pénal, par le biais de l'article 226-13, rappelle que « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

173- Il est difficile de dresser une liste exhaustive de toutes les professions soumises au secret, néanmoins dans les établissements, on peut citer en exemple les postes de médecin²⁰⁴, d'infirmier²⁰⁵ ou d'assistant social²⁰⁶ et les étudiants des écoles se préparant à l'exercice de ces professions. Les autres fonctions que l'on peut rencontrer au sein d'un établissement ne sont

²⁰⁴ Code de la santé publique, articles L4127-4 : « *Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris* ».

²⁰⁵ Code de la santé publique, articles L4314-3 : « *Les infirmiers et infirmières et les étudiants des instituts de formation préparant à l'exercice de la profession sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les réserves énoncées aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal* », R4312-4, « *L'infirmier respecte en toutes circonstances les principes de moralité, de probité, de loyauté et d'humanité indispensables à l'exercice de la profession* ».

²⁰⁶ CASF, Article L411-3 : « *Les assistants de service social et les étudiants des écoles se préparant à l'exercice de cette profession sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les réserves énoncées aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal. La communication par ces personnes à l'autorité judiciaire ou aux services administratifs chargés de la protection de l'enfance, en vue de ladite protection, d'indications concernant des mineurs dont la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation sont compromises n'expose pas, de ce fait, les intéressés aux peines fixées par l'article 226-13 du code pénal* ».

pas soumises, par nature, au secret professionnel, sauf dans les cas où les personnels sont employés dans le cadre d'une mission légale.

174- Les règles relatives au secret professionnel sont posées depuis longtemps, mais n'ont pas permis de faciliter le fonctionnement des établissements. Alors que l'on mettait en avant la coopération entre professionnels autour du projet personnel de la personne handicapée et la fluidité des informations la concernant, on assistait à une division entre les membres de l'équipe soumis au secret et les autres. Les directions demandaient un véritable travail de collaboration en insistant sur le fait que certaines informations ne devaient pas être échangées. En 2016²⁰⁷, le législateur a voté un texte autorisant un véritable échange d'informations entre les collaborateurs d'un établissement. Les notions de secret professionnel et de partage d'information ont été redéfinies.

5.4.2- *L'individualisation de l'accompagnement*

175- Les évolutions du secteur médico-social, depuis le début du siècle, mettent en exergue le thème de l'individualisation des accompagnements. La loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 affirme, dès son article 2, que l'action sociale et médico-sociale « *repose sur une évaluation continue des besoins et des attentes des membres de tous les groupes sociaux, en particulier des personnes handicapées [...]* »²⁰⁸ dans le but « *de répondre de façon adaptée aux besoins de chacun d'entre eux et en leur garantissant un accès équitable sur l'ensemble du territoire* »²⁰⁹. Depuis vingt ans, les collaborateurs des établissements sont donc invités à aider les personnes à exprimer leurs besoins, afin qu'un projet d'accompagnement puisse être construit. Placer la personne au centre des préoccupations devient désormais un leitmotiv pour toutes les directions, voire une rhétorique.

5.4.3- *Différentes dénominations du projet*

176- Paradoxalement, la sémantique mise en avant pour caractériser l'expression des besoins individuels n'est jamais la même. Par exemple, la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 évoque

²⁰⁷ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF n°0022 du 27 janvier 2016.

²⁰⁸ Loi 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, article 2.

²⁰⁹ *Ibid.*, article 3.

l'obligation de mise en œuvre d'un projet d'accueil et d'accompagnement²¹⁰. L'article L.311-3 du CASF est ainsi rédigé : « *La participation directe ou avec l'aide de son représentant légal à la conception et à la mise en œuvre du projet d'accueil et d'accompagnement qui la concerne* ».

177- On peut retrouver les mêmes termes à l'article 4 de la charte des droits et libertés de la personne accueillie²¹¹ qui aborde le principe du libre choix, du consentement éclairé et de la participation de la personne. Cet article rappelle que « *dans le respect des dispositions légales, des décisions de justice ou des mesures de protection, ainsi que des décisions d'orientation [...] le droit à la participation directe ou avec l'aide de son représentant légal, à la conception et à la mise en œuvre du projet d'accueil et d'accompagnement qui la concerne, lui est garanti* ».

178- Le décret n°2007-975 du 15 mai 2007 fixant les contours du cahier des charges pour l'évaluation des établissements et services²¹² évoque, quant à lui, la notion de projet personnalisé dans l'annexe 3-10 concernant les objectifs propres à l'évaluation des établissements et services sociaux et médico-sociaux *[qui]* sont de deux ordres. D'une part, il s'agit de porter une appréciation sur les activités, la qualité des prestations au regard des droits des usagers et les conditions de réalisation du projet personnalisé. D'autre part, il s'agit de donner des éléments d'appréciation sur les activités et la qualité des prestations, au regard de l'ouverture de l'établissement ou du service sur son environnement et des interactions.

179- Au travers de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005²¹³, on peut noter l'utilisation du terme projet de vie²¹⁴ et de projet personnalisé²¹⁵. Enfin, le décret n°2005-233 du 11 mars 2005²¹⁶ relatif aux conditions d'organisation des SAVS²¹⁷ et des SAMSAH²¹⁸ met l'accent sur

²¹⁰ *Ibid.*, article 7-7°.

²¹¹ Arrêté du 8 septembre 2003 relatif à la charte des droits et libertés de la personne accueillie, mentionnée à l'article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles.

²¹² 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, article 3.

²¹³ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

²¹⁴ *Ibid.*, article 12, chapitre 5, Prestation de compensation.

²¹⁵ *Ibid.*, article 19, scolarité, enseignement supérieur et enseignement professionnel.

²¹⁶ Décret n° 2005-223 du 11 mars 2005 relatif aux conditions d'organisation et de fonctionnement des services d'accompagnement à la vie sociale et des services d'accompagnement médico-social pour adultes handicapés, JORF n° 61 du 13 mars 2005.

²¹⁷ Services d'Accompagnement à la Vie Sociale.

²¹⁸ Service d'Accompagnement Médico-social pour Adultes Handicapés.

le projet de soins et sur le projet individualisé de prise en charge et d'accompagnement. Les lois et décrets proposent une offre élargie de termes pour décrire l'outil utilisé afin que le droit de la personne, quel que soit l'établissement, s'exprime de la façon la plus éclairée possible. Cette diversité des termes peut parfois s'accompagner d'une diversité de pratique et de valorisation des droits. Afin de fournir un cadre de réflexion et d'action, l'ANESM²¹⁹ et la HAS²²⁰ ont publié plusieurs recommandations afin d'aider les directions dans la gestion des projets individuels²²¹. Une autre raison a justifié la rédaction de ces recommandations de bonnes pratiques professionnelles. Pour les pouvoirs publics, l'instauration des évaluations d'établissement exigeait qu'elles puissent reposer sur un guide commun en fonction des personnes accueillies. Chaque guide a vocation à éclairer la pratique quotidienne des professionnels et à servir de point d'appui pour le dialogue et les échanges avec les usagers. Il interroge l'organisation et le fonctionnement des établissements et services, pour favoriser la dimension de la personnalisation de l'accompagnement.

5.4.4- Le projet, des souhaits individuels partagés

180- Bien qu'il ne soit pas cité parmi les grands piliers de la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002, le projet individuel, son contenu, son cadre d'élaboration et le processus de mise à jour, constituent des démarches importantes permettant de valoriser les droits des personnes accueillies. Un document correctement rédigé, fixant des objectifs clairs et mesurables et faisant l'objet d'un processus de révision fréquent, donne un premier signe de transparence et de bientraitance de l'établissement. L'ANESM²²², dans ses recommandations de bonnes pratiques, insiste sur la place de droit des usagers dans les projets en pointant plusieurs dimensions. On peut noter le droit à un accompagnement adapté aux spécificités de la personne, à ses aspirations et à ses besoins (y compris de protection), à l'évolution de sa situation, respectant son consentement éclairé (ou, à défaut, celui de son représentant légal). Egalement, on relève le

²¹⁹ Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux, 2007-2018.

²²⁰ Haute autorité de santé, Autorité publique indépendante, Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, JORF n° 0190 du 17 août 2004.

²²¹ Recommandations de bonnes pratiques professionnelles, *Les attentes de la personne et le projet personnalisé*, ANESM, décembre 2008. Recommandations de bonnes pratiques professionnelles, *Le projet personnalisé : une dynamique du parcours d'accompagnement (volet EHPAD)*, ANESM, AOÛT 2018.

²²² Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux, *Les attentes de la personne et le projet personnalisé*, 1^{er} décembre 2008.

droit d'exercer un choix dans ces prestations adaptées (dans le respect de l'éventuel cadre judiciaire), le droit de participation directe de l'usager ou de son représentant légal, le droit de concevoir et de mettre en œuvre un projet d'accueil et d'accompagnement adapté.

181- Cette reconnaissance des droits et le partage des besoins individuels sont des thématiques qui ont été reprises par la Haute Autorité de Santé (la « HAS ») dans son travail de refonte du référentiel d'évaluation des établissements. Le nouveau référentiel d'évaluation de la HAS s'organise autour de trois chapitres qui abordent la personne accueillie, les professionnels et l'établissement. Dans le volet consacré à la personne, on insiste clairement sur le respect des droits, la sollicitation de la personne et la co-construction de son projet d'accompagnement.

III. Les normes françaises entendues au sens d'outils dynamiques

182- La loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 dresse une liste d'outils à utiliser pour que les droits des personnes accueillies soient valorisés. Dans le cadre de nos travaux, nous considérons que les outils peuvent être classés en fonction du mouvement qui les accompagne. On peut les qualifier de statiques, lorsqu'ils sont peu mobilisés dans les établissements où lorsqu'aucune modification législative significative n'est intervenue pour les modifier depuis la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002. On peut les qualifier d'outils dynamiques lorsqu'ils épousent la réalité de la vie en établissement et qu'ils recèlent une cinétique propre. Ainsi, le conseil de la vie sociale (A), le livret d'accueil (B), le projet d'établissement (C), le règlement de fonctionnement (D) et le contrat de séjour (E), même s'ils répondent tous à des obligations légales, ces outils fournissent une photographie de l'établissement, de son environnement et de sa politique de participation.

A. Un conseil pour une participation de tous les acteurs

183- La personne est désormais reconnue en tant que sujet de droit, devant participer activement « à la mise en œuvre du projet d'accueil et d'accompagnement qui la concerne »²²³. Le thème de la participation revient à plusieurs reprises dans la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002. Il est par exemple évoqué à l'article 8 qui traite du contrat de séjour²²⁴, à l'article 10 concernant le conseil de la vie sociale²²⁵ (le « CVS ») ou encore à l'article 11 à propos du règlement de fonctionnement²²⁶. Dépasseant la simple sémantique, la participation est un terme polysémique qui articule deux dimensions, celle du pouvoir d'agir et celle du processus d'apprentissage. A l'échelle d'un établissement, ces deux dimensions interpellent les directions dans le quotidien

²²³ Loi 2002-2 du janvier 2002, Article 7.

²²⁴ *Ibid.*, article 8 : « Un contrat de séjour est conclu ou un document individuel de prise en charge est élaboré avec la participation de la personne accueillie ou de son représentant légal ».

²²⁵ *Ibid.*, article 10 : « Afin d'associer les personnes bénéficiaires des prestations au fonctionnement de l'établissement ou du service, il est institué soit un conseil de la vie sociale, soit d'autres formes de participation. Les catégories d'établissements ou de services qui doivent mettre en œuvre obligatoirement le conseil de la vie sociale sont précisées par décret ».

²²⁶ *Ibid.*, article 11 : « Dans chaque établissement et service social ou médico-social, il est élaboré un règlement de fonctionnement qui définit les droits de la personne accueillie et les obligations et devoirs nécessaires au respect des règles de vie collective au sein de l'établissement ou du service. Le règlement de fonctionnement est établi après consultation du conseil de la vie sociale ou, le cas échéant, après mise en œuvre d'une autre forme de participation ».

de gestion. Il est nécessaire que l'organisation accorde une place aux personnes afin qu'elles participent à la vie de l'établissement en tant que sujet.

184- Parmi les outils énoncés par le législateur, le conseil de la vie sociale (CVS) offre aux personnes accueillies dans les établissements, aux familles ainsi qu'au personnel, l'occasion de prendre part à la vie de l'organisation. Parmi tous les outils législatifs, le CVS permet de nombreuses interventions afin de créer une véritable dynamique d'établissement. L'étude plus avant du CVS au travers des décrets n° 2004-287 du 25 mars 2004 et n° 2022-688 du 25 avril 2022, permet d'éclairer deux approches de la participation. La première consiste à aborder le conseil de la vie sociale au travers des obligations légales stricto sensu. Chaque établissement médico-social, entendu au sens de l'article L.312-1 du CASF, doit mettre en place un conseil ou d'autres formes d'organisation pour assurer la participation des personnes²²⁷. La seconde exige une démarche novatrice qui s'appuie sur les ouvertures proposées par la loi. On aborde alors l'effectivité des droits qui apparaît comme « *un objet d'indispensable inquiétude pour les juristes soucieux de convaincre qu'ils ne s'enferment pas dans "l'univers abstrait des règles" et sont attentifs à l'inscription de celles-ci dans les pratiques sociales* »²²⁸.

185- Aborder le thème du conseil de la vie sociale exige que l'on s'interroge sur son cadre juridique (1) et sur l'environnement propice à sa création (2), pour parvenir à accompagner les bonnes pratiques (3). Rapidement, on sera invité à dépasser le cadre du conseil de la vie sociale pour s'interroger sur l'effectivité des droits (4) et à explorer les récentes modifications réglementaires (5).

1. Le cadre juridique du Conseil de la vie sociale

186- L'article 10 de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 aborde le thème du conseil de la vie sociale. Il est fait mention du décret n° 2004-287 du 25 mars 2004²²⁹ qui décrit plus avant les

²²⁷ CASF, Article L311-6, « *Afin d'associer les personnes bénéficiaires des prestations au fonctionnement de l'établissement ou du service, il est institué soit un conseil de la vie sociale, soit d'autres formes de participation. Les catégories d'établissements ou de services qui doivent mettre en œuvre obligatoirement le conseil de la vie sociale sont précisées par décret* ».

²²⁸ JEAMMAUD A., *Op. Cit.*, 2006, p. 34.

²²⁹ Décret n° 2004-287 du 25 mars 2004 relatif au conseil de la vie sociale et aux autres formes de participation institués à l'article L.311-6 du code de l'action sociale et des familles, JORF n° 74 du 27 mars 2004. Le décret 2022-688 du 25 avril 2022 portant du conseil de la vie sociale et autres formes de participation complète l'environnement juridique du CVS.

conditions de création et de fonctionnement du conseil de la vie sociale . Le conseil est obligatoire dans les établissements ou les services qui « assure un hébergement ou un accueil de jour continu ou une activité d'aide par le travail au sens du premier alinéa de l'article L. 344-2 ». Outil d'expression des personnes accompagnées, le conseil de la vie sociale doit être institué dans la plupart des établissements médico-sociaux (cf. article L.312-1 du CASF). Dans les établissements dans lesquels les séjours sont assez courts, le conseil peut se révéler inapproprié car les personnes n'ont pas le temps de se connaître et de partager des projets communs. Par analogie au droit des sociétés, on pourrait affirmer qu'on ne relève pas « *d'affectio societatis* »²³⁰ nécessaire pour mettre en place et faire évoluer un conseil de la vie sociale.

187- Les centres d'hébergement et de réinsertion sociale (CHRS) sont des exemples d'établissement dans lesquels les conseils de la vie sociale trouvent difficilement leur place. Ces difficultés d'implantation peuvent également provenir des personnes accueillies elles-mêmes qui n'acceptent pas d'investir un projet commun. Un CHRS hébergeant des personnes sortant de prison ou sous-main de justice peut rencontrer ce type d'écueil, qui oblige l'équipe à trouver d'autres biais pour que la parole circule et pour que les règles en vigueur dans le monde carcéral laissent place à un fonctionnement différent, plus proche de la société civile. Le législateur a envisagé ces difficultés de mise en place du conseil de la vie sociale en permettant aux établissements de favoriser « *d'autres formes de participation* ». Le décret n°2004-287 du 25 mars 2004, au travers de son article premier, évoquait la possibilité d'instituer « *un groupe d'expression* » en cas de difficulté²³¹. En janvier 2012, l'ANESM indiquait que « *les groupes d'expression constituent un complément aux systèmes plus formels de délégation (CVS). Cette forme de participation permet à chacun d'exprimer librement ses attentes et réflexions* »²³². Les directions étaient invitées à clarifier la place de ces groupes, à en garantir le bon fonctionnement en respectant une certaine souplesse d'organisation. Complétant les propositions au travers de ses recommandations, l'ANESM évoque la possibilité de proposer aux usagers de

²³⁰ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.*, 2020, *Affectio societatis* : « *Expression latine évoquant un lien psychologique entre associés qui désigne un élément constitutif de la société dont les composants sont l'absence de subordination entre associés, la volonté de collaborer à la conduite des affaires sociales... et l'acceptation d'aléas communs...* ».

²³¹ La mention du groupe d'expression a été supprimée par le décret n° 2022-688 du 25 avril 2022 qui modifie l'article D311-3 du CASF : « *Lorsque le conseil de la vie sociale n'est pas mis en place, il est institué toute autre forme de participation* ».

²³² Recommandations de bonnes pratiques professionnelles, Expression et participation des usagers dans les établissements relevant du secteur de l'inclusion, Anesm, Avril 2008.

l'établissement d'organiser des enquêtes de satisfaction ou des groupes d'initiatives et des groupes-projets²³³.

188- La lecture des décrets n°2004-287 du 25 mars 2004 et n° 2022-688 du 25 avril 2022 fournit aux directions d'établissement un assez large choix d'organisation afin d'assurer la participation des personnes. Les textes intègrent également les évolutions du secteur médico-social en autorisant les directions à proposer la création d'un conseil de la vie sociale commun si elles gèrent plusieurs établissements ou services sociaux ou médico-sociaux, appartenant à « *une même catégorie* » au sens de l'article L.312-1 du CASF. Cette possibilité appelle plusieurs commentaires.

189- Tout d'abord, on peut constater que les pouvoirs publics avaient anticipé dès le début des années 2000 la volonté de réviser les structures, afin que les directions supervisent plusieurs établissements. Cette tendance organisationnelle est aujourd'hui largement admise par tous les acteurs. A la suite des départs à la retraite ou des regroupements de structures, les directions générales ont proposé la suppression de certains postes de direction au profit d'un organigramme différent. Ensuite, il faut souligner que cette possibilité a été largement mobilisée par les directions « *multi établissements* », afin de limiter les temps de réunion. Pour qu'un conseil de la vie sociale commun soit véritablement efficient, appartenir à « *une même catégorie d'établissements ou services* » est nécessaire mais, clairement insuffisant. Il est indispensable que les établissements soient proches géographiquement ou sur le même site, afin qu'ils partagent des préoccupations communes. Enfin, il faut que les directions veillent à ce que ces conseils communs soient un véritable lieu d'expression des besoins. La mise en commun du conseil ne doit pas annihiler les remontées d'informations des établissements. Les conseils doivent être un lieu d'ouverture, de transparence et d'altérité. Ces caractéristiques représentent les clefs permettant de garantir les droits des personnes handicapées en établissement.

2. L'environnement de création du CVS

190- Le nombre maximum de membres du conseil n'est pas fixé par le décret n°2004-287 du 25 mars 2004. Le décret n° 2022-688 du 25 avril 2022 mentionne à l'article un, un nombre minimum de participants pour un CVS. L'article D.311-5 indique que le CVS comprend deux

²³³ Ibid. : « *la structure doit donner les ressources aux usagers pour leur permettre de reprendre le ' pouvoir d'agir ' sur leur propre vie et leur environnement, en étant à l'origine de projets* ».

représentants des personnes accompagnées, un représentant des personnels et un représentant de l'organisme gestionnaire. Les pouvoirs publics ont souhaité laisser une forme de liberté aux différents acteurs (Personnes accueillies, familles et professionnels) lors de la création du conseil. L'article 2 du décret n°2004-287 du 25 mars 2004 évoque l'importance de « *la décision institutive* », pour fixer « *le nombre et la répartition des membres* »²³⁴. Pour que le conseil parte sur de bonnes bases, il faut que ces dernières soient partagées. Pour les personnes accueillies, il est nécessaire de prévoir des temps de préparation pour leur campagne électorale et valoriser la place du conseil. Pour les directions, il faudra expliquer aux familles que le conseil n'est pas un lieu pour porter des revendications individuelles. De la compréhension du rôle et de la place de chacun dépend la réussite du CVS. Quelques réunions sont utiles pour expliquer le rôle du CVS, les modalités de sa désignation (2.1), ses compétences (2.2) et ce que l'on peut attendre des élus

2.1 Modalités de désignation

191- Les modalités de désignation des membres du conseil sont abordées au travers les six articles du décret n°2004-287 du 25 mars 2004. Le mandat des élus titulaires ou suppléants, « *représentants des personnes accueillies et les représentant de l'autorité parentale ou des représentants légaux* »²³⁵ peut couvrir une période allant de un à trois ans. Un mandat de trois ans semble être la bonne formule qui permet à chaque acteur de bien appréhender les missions du conseil et de le faire « vivre ». Ce temps d'acculturation est très utile pour rappeler que les mandats seront remis en jeu après trois ans.

192- L'élection des représentants du personnel est évoquée à l'article 11 du décret. Le texte traite des personnels qui ont le statut de salariés ainsi que ceux qui sont mis à la disposition de

²³⁴ Ibid., Article 3 : « *Le conseil de la vie sociale comprend au moins : - deux représentants des personnes accueillies ou prises en charge, soit un représentant des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale à l'égard des mineurs, soit un représentant des représentants légaux des personnes accueillies dans les établissements recevant des personnes majeures ; - un représentant du personnel ; - un représentant de l'organisme gestionnaire...* ».

²³⁵ Ibid., Article 9 : « *Sous réserve des dispositions de l'article 28, les représentants des personnes accueillies et les représentants des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou des représentants légaux sont élus par vote à bulletin secret à la majorité des votants respectivement par l'ensemble des personnes accueillies ou prises en charge et par l'ensemble des personnes titulaires de l'exercice de l'autorité parentale à l'égard des mineurs ou des représentants légaux des personnes majeures. Des suppléants sont élus dans les mêmes conditions. Sont élus le ou les candidats ayant obtenu le plus grand nombre de voix. A égalité de voix, il est procédé par tirage au sort entre les intéressés* ».

l'établissement en étant salariés d'une autre entreprise. On rencontre souvent ces cas de sous-traitance pour les activités de restauration. En effet, les budgets des établissements n'intègrent pas d'équivalent temps plein pour occuper des postes en restauration. La restauration est une question centrale dans la plupart des établissements, qui génère nombre d'interrogations au CVS. Qualité des repas, composition, respect des régimes, variété des menus nourrissent les réunions du conseil. De ce fait, la présence d'un représentant du prestataire de restauration au conseil et son élection peut s'avérer utile afin d'apporter les réponses idoines.

2.2 Les compétences du Conseil de la vie sociale

193- Quel est le rythme de rencontre du CVS choisi par l'établissement ? A cette question le décret impose d'organiser un minimum de trois réunions annuelles, mais aucune limite maximum n'est fixée. Sans vouloir inonder les plannings des directions, il est intéressant de proposer entre quatre et six réunions par an. Ce faisant, les actions s'inscrivent dans une dynamique de soutien des droits en dépassant le cadre légal pour s'inspirer de la philosophie du texte. La jurisprudence s'appuie néanmoins sur cette obligation de trois réunions minimum pour sanctionner les salariés. En 2016, la Cour d'appel d'Agen rappelle que « *Lors de l'évaluation interne des 2 et 3 avril 2012 et malgré l'envoi de l'intégralité du contenu de cette évaluation, trois jours auparavant, nous avons constaté nombre de dysfonctionnements majeurs concernant le respect de procédures du référentiel qualité Logeathèque et de la réglementation en vigueur dans les établissements sociaux et médico sociaux, notamment l'absence de tenue des conseils de la vie sociale (CVS) : le décret du 25 mars 2004 relatif au conseil de la vie sociale impose la réalisation a minima de 3CVS. Or le dernier procès-verbal du CVS de l'EHPAD d'Agen, que vous nous avez présenté lors de l'évaluation du 3 avril 2012, date du 11 mai 2011. Cette instance représentative des résidents est un droit intangible des usagers. Il vous appartenait de respecter la réglementation et d'accompagner la présidente du CVS et d'entendre les usagers. Ce manquement aux droits des usagers est préjudiciable tant aux résidents, familles, et salariés de l'établissement, qu'à l'image de marque de l'association Logea* »²³⁶.

²³⁶ CA Agen, Chambre sociale, 26 avril 2016, n° 15/00395.

194- Le premier travail du CVS consiste à arrêter son règlement intérieur²³⁷ qui est défini comme « *la résolution déterminant les méthodes et règles de travail intérieures qui doivent être observées dans le fonctionnement d'une assemblée, d'un conseil, d'un organe complexe ou d'un ordre* »²³⁸. Ce document récapitule l'ensemble des règles qui guideront les acteurs pour faire vivre le conseil. Afin qu'il soit correctement et pleinement appréhendé, il est indispensable que le règlement soit proposé en communication adaptée aux différents publics.

195- L'article 14 du décret énonce tous les domaines à propos desquels le conseil « *donne son avis et peut faire des propositions* ». Ils sont variés et intéressent aussi bien « *le fonctionnement de l'établissement* » que « *l'animation de la vie institutionnelle* »²³⁹. Les domaines sont nombreux et rappellent que la communication avec les élus du conseil doit être exhaustive et facilement accessible. Il est important de s'attarder sur l'importance juridique des avis du conseil. Il s'agit « *d'avis simples* » et non « *d'avis conformes* », ce qui signifie que les directions des établissements ne sont pas tenues par les avis du conseil. Au contraire, « *l'avis conforme* » sont de véritables décisions qui obligent les parties. A titre d'exemple, en droit administratif, un « *avis non conforme* » est assimilé à un acte administratif faisant grief²⁴⁰.

196- Les directions sont donc tenues de mettre en débat nombre de questions intéressant l'établissement, même si elles ne sont pas obligées de suivre les « *avis simples* » du conseil. Les directions sont invitées à fournir les informations nécessaires²⁴¹ et à suivre un cadre bien défini pour assurer une préparation exhaustive du conseil, afin que toutes les questions soient

²³⁷ *Ibid.*, Article 17 : « *Le conseil de la vie sociale établit son règlement intérieur dès sa première réunion* ».

²³⁸ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.*, p. 875.

²³⁹ Décret n°2004-287 du 25 mars 2004, article 14 : « *Le conseil de la vie sociale donne son avis et peut faire des propositions sur toute question intéressant le fonctionnement de l'établissement ou du service, notamment sur l'organisation intérieure et la vie quotidienne, les activités, l'animation socioculturelle et les services thérapeutiques, les projets de travaux et d'équipements, la nature et le prix des services rendus, l'affectation des locaux collectifs, l'entretien des locaux, les relogements prévus en cas de travaux ou de fermeture, l'animation de la vie institutionnelle et les mesures prises pour favoriser les relations entre ces participants ainsi que les modifications substantielles touchant aux conditions de prises en charge* ».

²⁴⁰ CE, SSR, 29 octobre 2013, MAB c. Conseil supérieur de la Magistrature, requête n° 346569.

²⁴¹ *Ibid.*, Article 15 : « *Le conseil de la vie sociale se réunit au moins trois fois par an sur convocation du président ou, dans les établissements mentionnés au dernier alinéa de l'article 6, du directeur, qui fixent l'ordre du jour des séances. Celui-ci doit être communiqué au moins huit jours avant la tenue du conseil et être accompagné des informations nécessaires. En outre, sauf dans les établissements mentionnés au dernier alinéa de l'article 6, le conseil est réuni de plein droit à la demande, selon le cas, des deux tiers de ses membres ou de la personne gestionnaire* ».

débatues. Les avis ne sont juridiquement valables « *que si le nombre des représentants des personnes accueillies et des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou des représentants légaux présents est supérieur à la moitié des membres. Dans le cas contraire, l'examen de la question est inscrit à une séance ultérieure. Si lors de cette séance, ce nombre n'est pas atteint, la délibération est prise à la majorité des membres présents* »²⁴².

3. Les bonnes pratiques pour un conseil de la vie sociale efficace

197- Il n'existe pas de voie unique pour mettre en place un CVS qui fonctionne correctement. Chaque direction doit s'assurer que les parties prenantes trouvent leur « juste place », c'est-à-dire celle qui leur permettra d'exprimer l'avis d'un groupe sans vouloir occuper une position prépondérante. Il s'agit donc d'un arbitrage constant entre des familles qui souhaitent évoquer leur cas personnel, leurs difficultés et leurs souffrances et des représentants du personnel qui pense que le conseil peut constituer un bon tremplin pour faire valoir leur revendication. L'équilibre est donc assez fragile et le rythme fréquent des élections au conseil implique que son fonctionnement soit souvent interrogé.

198- Néanmoins, certaines techniques facilitent l'efficacité d'un CVS. Un travail préparatoire est nécessaire, préalablement aux réunions, afin de promouvoir la participation des personnes accueillies. Des « *boîtes à idées* » peuvent être proposées dans les établissements, permettant à chacun de faire entendre sa voix sans que l'expression de sa parole soit publique. De manière structurée, il est nécessaire d'organiser des « *groupes d'expression* » en amont de chaque conseil. Les demandes sont alors synthétisées et retranscrites en vue d'une présentation au conseil.

199- Ces « *groupes d'expression* » ne permettent pas uniquement d'évoquer des sujets « *à venir* », mais doivent également suivre les décisions prises par le conseil ainsi que les avis formulés. Fort heureusement, la plupart du temps, les conseils mettent en avant des réussites, pointent des avancées juridiques et accompagnent de nouveaux projets.

²⁴² *Ibid.*, Article 16 : « Le conseil délibère sur les questions figurant à l'ordre du jour, à la majorité des membres présents. Les avis ne sont valablement émis que si le nombre des représentants des personnes accueillies et des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou des représentants légaux présents est supérieur à la moitié des membres. Dans le cas contraire, l'examen de la question est inscrit à une séance ultérieure. Si lors de cette séance, ce nombre n'est pas atteint, la délibération est prise à la majorité des membres présents ».

200- Lors des réunions du CVS, il est important que les directions rappellent l'importance de la parole des personnes accompagnées et la place de la présidente ou du président. Enfin, l'expression des personnes accompagnées doit dépasser les murs de l'établissement pour se faire entendre auprès de l'organisme gestionnaire. Pour assurer une transparence et une prise en considération des demandes, les comptes rendus du conseil devraient être examinés lors des conseils d'administration de l'organisme gestionnaire. Transparence en interne auprès des personnes accueillies et en externe auprès des administrateurs de l'organisme gestionnaire, le conseil devient alors un lieu de débat et de décisions partagés.

4. *Dépasser le texte du conseil de la vie sociale pour tendre vers l'effectivité des droits*

201- Soucieux d'assurer la participation des personnes dans les établissements et services, le législateur a envisagé d'autres formes de participation. Le décret n°2004-287 du 25 mars 2004 décline les modes de participation (article n°19), la désignation des représentants (article n°23), ainsi que la composition et le fonctionnement des autres formes de participation. L'objectif est de permettre une organisation souple du CVS. La principale obligation à respecter est le fait que ces autres formes de participation « *comportent obligatoirement des représentants des usagers et de leurs familles ou représentants légaux en nombre supérieur à la moitié* ». En autorisant des formes d'organisation différentes du conseil, le législateur a souhaité ouvrir la possibilité d'organiser d'autres systèmes plus souples et plus adaptés à l'environnement de chaque établissement. L'objectif central reste la recherche de la meilleure participation des personnes et le développement de leurs droits. Les directions doivent appréhender cette opportunité juridique qui invite à dépasser le strict cadre des textes, pour tendre vers l'effectivité des droits. Diverses formes nouvelles de participation peuvent être proposées.

202- En droit du travail, le juriste évoque la notion de délégation lorsqu'il décrit l'organisation d'un établissement. En revanche, le décret n°2004-287 du 25 mars 2004 ne reconnaît pas l'existence d'une délégation du conseil, mais indique simplement que « *le temps de présence des personnes handicapées accueillies en centre d'aide par le travail dans les instances de participation est considéré comme temps de travail* » (Article 29). A la suite d'une

réunion de préparation des élections au conseil en ESAT²⁴³, une direction d'établissement peut poser la question au président de savoir s'il souhaite se présenter à nouveau. En face d'une réponse négative, la direction devra comprendre les raisons de ce refus.

203- La question du temps consacré à la préparation et à l'explication des décisions peut être à la base du refus. En filigrane, la question d'un temps de délégation pour les élus du CVS peut être posée. Malgré le silence de la loi sur ce point, la direction peut proposer un volume d'heures de délégation pour assurer un bon fonctionnement du CVS. On peut considérer que cette démarche constitue une « *application effective* »²⁴⁴ de la règle de droit, « *l'effectivité est alors entendue comme le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »²⁴⁵.

204- Comme indiqué plus haut, le CVS demande un arbitrage constant entre les différentes parties prenantes. Les interventions des familles des personnes accueillies exigent quelques fois un rappel des règles de fonctionnement du conseil afin que ce dernier ne se transforme en tribune individuelle. Les associations créées par les parents sont parfois soumises à des tensions entre la parole des créateurs de la personne morale et celle de leurs enfants. Salarié de ces structures associatives, le directeur est placé dans une position inconfortable. D'un côté, il doit faire respecter le droit des personnes accueillies dans l'établissement qu'il dirige en rappelant le cadre du conseil et la sphère d'intervention de chaque partie. De l'autre, il sait la place occupée par certains parents dans l'association et le pouvoir qui en découle. Pour réussir à conjuguer ces deux volets, il est nécessaire que la direction convoque le maximum de ressources individuelles, afin de parvenir à acculturer tous les acteurs. Dans un conseil présidé par une personne accompagnée dans l'établissement, le pouvoir doit rester « *au centre de la table* », les parents devant considérer leurs enfants comme de vrais adultes, véritables acteurs juridiques.

205- Inventer de nouveaux espaces de discussions pour les parents en dehors des CVS, telle peut être la solution pour que la parole ne soit pas « *embolisée* » par les parents pendant les conseils. Il est important de formaliser ces temps de rencontre autour d'un calendrier, d'un

²⁴³ Etablissements ou services d'aide par le travail.

²⁴⁴ CARBONNIER J., *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, article cité, p. 3 ; ID., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris : LGDJ, 9e éd., 1998, p. 133.

²⁴⁵ LASCOUMES P., *V° Effectivité*, in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 1993, p. 217.

règlement et d'une dénomination. L'acronyme C2P²⁴⁶ peut être choisi et des rencontres bimensuelles peuvent être instituées. Organiser ces espaces dédiés aux parents, leur permet d'aborder des problématiques qui les préoccupent et sont souvent partagées par tous. Pour répondre précisément aux questions, il peut être utile d'inviter l'assistante sociale de l'établissement ou d'autres intervenants spécialistes des questions de droit en établissement.

206- Ces exemples illustrent les nombreuses possibilités offertes par la loi pour étendre la participation dans les établissements. Il n'existe pas de listes exhaustives des commissions ou groupes de discussion que les directions peuvent initier. Le vocable « *autres formes de participation* » autorise une déclinaison à l'envi des organisations.

207- Les président(es) des CVS prennent leur rôle très au sérieux. Ils représentent les personnes de leur établissement et se font l'écho des demandes quotidiennes. Au-delà des établissements, il est possible d'organiser des temps de rencontre des présidents d'un même organisme gestionnaire, en présence du président de l'association et/ou du directeur général. Ces échanges peuvent permettre à la gouvernance d'être informée de la vie des établissements, sans le filtre des directions. Cette relation directe est aussi une reconnaissance de l'expertise d'usage des personnes accueillies. Le philosophe américain John Dewey (1859-1952) définissait cette relation de la manière suivante :

*« C'est la personne qui porte la chaussure qui sait le mieux si elle fait mal et où elle fait mal, même le cordonnier est l'expert qui est le meilleur juge pour savoir comment y remédier [...] Une classe d'experts est inévitablement si éloignée de l'intérêt commun qu'elle devient nécessairement une classe avec des intérêts particuliers et un savoir privé ce qui, sur des matières qui concernent la société, revient à un non-savoir »*²⁴⁷.

208- Dans le même ordre d'idées, l'agence régionale de santé de nouvelle-aquitaine, dans le cadre des négociations sur les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, a interrogé les personnes accueillies sur le périmètre des activités qui seront mises en avant, ainsi que sur les

²⁴⁶ C2P, Conseil de Participation Parentale. Il s'agit d'un exemple d'acronyme qui peut être mobilisé en interne pour désigner des instances favorisant la participation des parents.

²⁴⁷ John Dewey, *The Public and its Problems*, An Essay in political inquiry, 1927.

moyens alloués pour faire fonctionner l'établissement. Ce faisant, l'administration reconnaît la place importante des personnes et de leurs droits en allant au-delà des textes.

5. Les récentes évolutions réglementaires du conseil de la vie sociale

209- En 2022²⁴⁸, un décret a été publié portant modification du conseil de la vie sociale et autres formes de participation. L'objet du texte est de modifier et de compléter la composition, le fonctionnement ainsi que les compétences du conseil de la vie sociale. L'entrée en vigueur du décret était fixée au 1^{er} janvier 2023. D'emblée, il est important de noter que le texte promeut « l'ouverture » et la « transparence » de l'établissement au travers de plusieurs axes. Afin de s'assurer de la mise en place réelle du CVS, la direction doit transmettre l'acte instituant à l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation²⁴⁹. La composition minimum du CVS regroupe quatre personnes²⁵⁰, mais « si la nature de l'ESSMS le justifie », d'autres représentants peuvent y participer²⁵¹. Conformément au texte initial, les personnes accompagnées doivent représenter plus de la moitié des membres du CVS. L'article D311-18 du CASF dresse par ailleurs une liste de personnes pouvant demander à assister au CVS. Il peut s'agir d'un représentant élu de la commune d'implantation de l'activité ou d'un représentant élu d'un groupement de coopération intercommunal, d'un représentant du conseil départemental ou d'un représentant de l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation. On note également la présence possible de la personne qualifiée mentionnée à l'article L. 311-5 du CASF, du représentant du défenseur des droits ou d'un représentant du conseil départemental de la citoyenneté et de l'autonomie. Cette liste de personnes est le signe d'une volonté des pouvoirs publics « d'ouvrir les portes » des établissements en favorisant la transparence des actions et de la communication autour des droits des personnes.

210- On retrouve également cette volonté de transparence lorsqu'on examine l'article D311-20 du CASF qui dispose « *Chaque année, le conseil de la vie sociale rédige un rapport*

²⁴⁸ Décret n° 2022-688 du 25 avril 2022 portant modification du conseil de la vie sociale et autres formes de participation, JORF n° 0098 du 27 avril 2022.

²⁴⁹ CASF, Article D311-27.

²⁵⁰ CASF, Article D311-5, « *Le conseil de la vie sociale comprend au moins : 1° Deux représentants des personnes accompagnées ; 2° Un représentant des professionnels employés par l'établissement ou le service élu dans les conditions prévues à l'article D. 311-13 ; 3° Un représentant de l'organisme gestionnaire* ».

²⁵¹ CASF, Article D311-5 Alinéa 2 énumère 7 catégories de personnes pouvant participer au CVS.

d'activité que le président du conseil de la vie sociale présente à l'instance compétente de l'organisme gestionnaire de l'établissement ». Selon la même dynamique, « *Le relevé de conclusions de chaque séance [du CVS] est établi par le secrétaire de séance, [...], Il est ensuite transmis à l'instance compétente de l'organisme gestionnaire et à l'autorité administrative compétente pour l'autorisation* ». Les pouvoirs publics veulent que toutes les parties prenantes soient informées de la vie de l'établissement.

211- Parmi l'ensemble des dispositions nouvelles du décret n° 2022-688 du 25 avril 2022, il est important de mettre en exergue l'article D311-15 du CASF qui mentionne la participation du CVS « *à l'élaboration ou à la révision du projet d'établissement ou du service mentionné à l'article L. 311-8, en particulier son volet portant sur la politique de prévention et de lutte contre la maltraitance* ». L'actualité a mis en évidence des problèmes de maltraitance dans les établissements. Ces situations réclamaient l'intervention des pouvoirs publics pour définir plus avant cette notion ainsi que l'environnement nécessaire pour que la maltraitance soit dénoncée²⁵².

²⁵² Les thèmes de la maltraitance et celui des lanceurs d'alerte seront analysés dans la seconde partie de notre recherche (Titre 1, Chapitre 1).

B. Le livret d'accueil

212- L'article L.311-4 du CASF prend appui sur le livret d'accueil « *afin de garantir l'exercice effectif des droits mentionnés à l'article L. 311-3 et notamment de prévenir tout risque de maltraitance, lors de son accueil dans un établissement ou dans un service social ou médico-social* ». La remise de ce document lors de l'accueil dans l'établissement constitue donc un acte important, d'autant plus que lui sont annexés la charte des droits et liberté de la personne accueillie, ainsi que le règlement de fonctionnement. Au regard de la place accordée au livret, on pouvait attendre la publication de textes complémentaires contraignants permettant aux directions de mieux appréhender les contours et les limites de leurs obligations. Les pouvoirs publics ont simplement publié une circulaire pour éclairer les contours du livret d'accueil, laissant à l'établissement le soin de présenter son document propre. Avant de décrire les mentions souhaitées dans le livret d'accueil, il est important de s'attarder sur la nature juridique de la circulaire n° 2004-138 du 24 mars 2004²⁵³.

213- Le détail du livret d'accueil est décrit par une simple circulaire (1). Cette base juridique nous invite à réfléchir sur la valeur du livret d'accueil (2) et de son annexe (3). Le thème de la lutte contre la maltraitance ressort clairement du livret d'accueil comme étant une priorité pour les établissements (4).

1. Une simple circulaire pour étayer le livret d'accueil

214- A l'instar des autres droits énoncés par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002, le détail du livret d'accueil devait faire l'objet d'un décret complémentaire. Un projet de texte avait été préparé par le gouvernement, mais n'a pu aboutir en raison d'un avis négatif du Conseil d'État. Ce dernier a justifié son refus par le fait que l'habilitation législative n'englobait pas le domaine du livret d'accueil. En clair, le livret d'accueil qui doit garantir l'effectivité du droit et lutter contre la maltraitance, a été oublié par les pouvoirs publics.

215- Face à cette impréparation, le gouvernement avait deux possibilités. Soit il proposait au parlement une nouvelle ordonnance lui permettant de prendre un décret complémentaire, soit il

²⁵³ Circulaire DGAS/SD 5 n° 2004-138 du 24 mars 2004 relative à la mise en place du livret d'accueil prévu à l'article L.311-4 du code de l'action sociale et des familles, texte non paru au Journal Officiel

empruntait une autre voie administrative plus simple, mais moins solide juridiquement. La première solution n'a pas été retenue car elle aurait exigé que le gouvernement propose une nouvelle loi d'habilitation et expose au grand jour un travail non abouti. La Direction générale de l'action sociale²⁵⁴ a donc été chargée de rédiger une circulaire dont la valeur est simplement indicative. La lecture du texte indique clairement que les pouvoirs publics souhaitent simplement conseiller les établissements dans leur rédaction, l'administration dans ses contrôles et les évaluateurs dans leur démarche. Il est indiqué que la circulaire ne sera pas publiée au journal officiel et d'autre part, que les directions sont libres d'adapter « *le contenu, la forme et les modalités de communication du livret d'accueil* ». En annexe, il est fourni une liste des thèmes qui peuvent figurer dans le livret en spécifiant qu'elle n'a qu'une valeur indicative.

216- Il peut apparaître dommage que le livret d'accueil ne soit encadré qu'au travers une circulaire. Dans ses conclusions devant le Conseil d'État en 2020²⁵⁵, Monsieur le rapporteur public, Guillaume ODINET, considère que les circulaires constituent « *un droit souterrain, clandestin, inaccessible, asymétrique* ». Il dénonce le fait que le « *droit devienne tout aussi complexe, et parfois difficilement compréhensible pour les fonctionnaires chargés de l'appliquer quotidiennement et de le faire respecter. Les administrations centrales multiplient par conséquent les circulaires et instructions, qui constituent la référence essentielle. Celles-ci, pour la plupart, ne sont ni publiées, ni opposables. Il en résulte qu'elles échappent à l'information du législateur comme du citoyen, et au contrôle du juge de l'excès de pouvoir* »²⁵⁶. La circulaire a « *mauvaise presse, tant en raison de sa capacité à proliférer que par son caractère de littérature grise, para-normative, de l'administration, manifestant un recul de la règle de droit vers le précaire et le confidentiel* »²⁵⁷. La loi est venue mettre fin à ces

²⁵⁴ Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité, Direction générale de l'action sociale, Sous-direction des institutions des affaires juridiques et financières, Bureau des affaires juridiques et contentieuses.

²⁵⁵ CE, Section, 12 juin 2020, 418142, Recueil Lebon.

²⁵⁶ Rapport public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit, Etudes et documents du Conseil d'Etat, *La documentation française*, page 276.

²⁵⁷ *Ibid.*, Odinet.

incertitudes²⁵⁸, complétée par un décret n° 2008-1281²⁵⁹ qui précise les conditions de publication des instructions et circulaires.

217- *« Les circulaires et instructions adressées par les ministres aux services et établissements de l'État sont tenues à la disposition du public sur un site internet relevant du Premier ministre. Elles sont classées et répertoriées de manière à faciliter leur consultation. Une circulaire ou une instruction qui ne figure pas sur le site mentionné au précédent alinéa n'est pas applicable. Les services ne peuvent en aucun cas s'en prévaloir à l'égard des administrés. Cette publicité se fait sans préjudice des autres formes de publication éventuellement applicables à ces actes ».*

218- A la lumière de ces textes, les dispositifs de renforcement de la lutte contre la maltraitance ont fait l'objet d'une publication au journal officiel²⁶⁰. De cette manière, une annexe recouvrait une valeur juridique supérieure au livret d'accueil.

2. La valeur du livret d'accueil

219- La question soulevée par la circulaire intéresse le juriste qui s'interroge sur la hiérarchie des normes, mais très peu le directeur d'établissement dans sa gestion quotidienne. En effet, le livret d'accueil est inscrit au rang des documents obligatoires imposés par le législateur. Dans le cadre des évaluations extérieures ou des inspections, ce document est exigé nonobstant la question de la valeur juridique de la circulaire initiale. Pour les établissements, le livret d'accueil est important dans la mesure où il décrit de manière exhaustive l'organisation, les prestations, leurs coûts et d'une manière générale, le fonctionnement de la structure.

220- L'article L.311-4 du CASF rappelle que la remise du livret accompagne l'accueil en établissement, afin de garantir l'exercice des droits et de prévenir tout risque de maltraitance. Il

²⁵⁸ Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance, JORF n° 0184 du 11 août 2018, Article 20.

²⁵⁹ Décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires, JORF n° 0287 du 10 décembre 2008, Article 1.

²⁶⁰ Circulaire N° DGCS/SD2A/2014/58 du 20 février 2014 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance et au développement de la bientraitance des personnes âgées et des personnes handicapées dans les établissements et services médico-sociaux relevant de la compétence des ARS.

s'agit donc, pour les directions, d'un véritable engagement vis-à-vis des personnes et des familles.

221- Outil de valorisation des actions, le livret d'accueil peut également être convoqué par les personnes accueillies et leurs représentants afin d'obtenir des dommages intérêts lorsque des prestations ne sont pas effectives. Sur la base du code de la consommation²⁶¹, il est possible d'engager la responsabilité d'un établissement en raison de pratiques déloyales ou trompeuses constitutives de délit. L'article L 213-1 du code de la consommation énonce les peines qui peuvent être prononcées :

« Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 300 000 euros quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers ».

222- Force est de constater que les actions judiciaires sur cette base ne sont pas nombreuses. Les différents dispositifs de médiation posés par le législateur évitent que les tensions, dans les établissements, génèrent des blocages tels qu'il faille avoir recours au juge pour les dénouer. Pour autant, les éléments figurant dans le livret d'accueil méritent toute l'attention des directions. Ils sont souvent mis en avant par les familles lors des conflits, autour de la facturation des séjours en établissement. Le prix de journée exige souvent des explications en lien avec sa variabilité. Pourquoi la facturation augmente-t-elle ? Pourquoi la direction n'a-t-elle pas prévenu les familles ? Quelles sont les prestations supplémentaires couvertes par l'augmentation ? Telles sont les questions fréquemment soulevées auprès des directions. Rapidement, le livret d'accueil et les prestations peuvent être au centre des discussions et des réclamations.

²⁶¹ Code de la consommation, Article L.121-1 : « Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service. Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe. Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-2 à L. 121-4 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 121-6 et L. 121-7 ».

3. Une annexe indicative

223- La circulaire concernant le livret d'accueil n'ayant pas de force contraignante, il est logique que le texte se contente de proposer une annexe facultative qui « *précise à titre indicatif la nature des renseignements qui pourraient utilement y figurer* ». Il s'agit pour les pouvoirs publics d'indiquer aux autorités de contrôle et aux établissements les éléments qu'il serait intéressant de faire figurer dans le document.

224- Tout d'abord, dans une première partie, il est conseillé de mentionner des informations concernant l'établissement, sa situation géographique et les moyens de transport pour s'y rendre. Par ailleurs, une fiche descriptive de l'établissement doit permettre de renseigner rapidement sur les personnes responsables de la structure, l'organigramme général ainsi que sur les services à disposition permettant de mobiliser des aides financières. Cette dernière mention est à rapprocher des éléments d'information sur les conditions de facturation des prestations qui devraient être présentées aux personnes souhaitant intégrer l'établissement. Enfin, il est conseillé de décrire quelles sont les garanties souscrites en matière d'assurance pour l'établissement afin de rassurer la famille de la personne accueillie. Le livret doit également mentionner la liste des personnes qualifiées, les modalités pratiques de leur saisine ainsi les numéros d'appel des services d'écoute et de conseils.

225- Une seconde partie doit permettre de fournir des informations concernant les personnes accueillies et leurs représentants légaux qui peuvent être consultées selon les termes de la loi du 6 janvier 1978²⁶² relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Sont également rappelées les possibilités d'accueil offertes aux proches, lors de leur visite dans l'établissement. Dans les plans de réhabilitation d'établissement, il est souvent proposé un studio pour les familles. Afin de limiter les risques de vol, il est conseillé de développer de manière exhaustive les règles applicables « aux dépôts d'argent, de valeurs et d'objets personnels ».

4. La lutte contre la maltraitance

226- L'article L 311-4 du CASF indique clairement les objectifs du livret d'accueil qui doit permettre de « *garantir l'exercice effectif des droits* » et « *prévenir tout risque de maltraitance* ». Antonyme de la bientraitance, la maltraitance a été défini dès 1987 par le

²⁶² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Conseil de l'Europe comme : « *tout acte ou omission commis dans le cadre de la famille par l'un de ses membres, lequel porte atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle ou psychique, ou à la liberté d'un autre membre de la famille ou qui compromet gravement le développement de sa personnalité et/ou nuit à sa sécurité financière* ». En 1992, le Conseil de l'Europe a complété la définition en identifiant plusieurs catégories de maltraitance (violences physiques, psychiques ou morales, matérielles et financières, médicales ou médicamenteuses, négligences actives ou passives et privations ou violations des droits). Récemment, en janvier 2019, la Commission nationale pour la lutte contre la maltraitance et la promotion de la bientraitance²⁶³ a rédigé une « *note d'orientation pour une action globale d'appui à la bientraitance dans l'aide à l'autonomie* », en proposant trois priorités de travail pour lutter contre la maltraitance. Tout d'abord, la commission propose d' « *Élaborer un vocabulaire partagé de la maltraitance pour les secteurs de l'enfance, de l'âge et du handicap* ». Ensuite, elle invite à « *Renforcer la coordination des acteurs locaux pour l'identification, l'alerte et le traitement des situations de maltraitance* ». Enfin, la commission insiste sur le fait de « *Valoriser des initiatives locales de promotion de la bientraitance* ». Toutes ces définitions et ces plans d'actions, anciens ou récents, rappellent les établissements à un devoir de vigilance et d'informations. Le livret d'accueil doit permettre l'information des acteurs, la transparence sur les dispositifs de protection en place dans l'établissement et le lien existant avec les dispositifs nationaux.

227- Au niveau de chaque établissement, il s'agit de rétablir un équilibre dans la relation entre la direction de l'établissement et la personne accueillie. Cette relation est souvent asymétrique du fait de la vulnérabilité des personnes et des conditions d'hébergement. Il est donc indispensable de définir correctement les termes si l'on veut éviter des dérapages sémantiques. Comme il a été déjà souligné, le secteur médico-social regroupe nombre de professionnels d'horizons différents et de formations différenciées. Cette hétérogénéité est une des forces du secteur, mais entraîne parfois des incompréhensions entre les personnels qui parlent de la même chose sans que les mots aient la même signification pour tous. Les directions, à l'instar de ce qui est annoncé par la commission dans sa note²⁶⁴, doit « *concilier deux objectifs, apparemment contradictoires, de ne pas limiter son regard et de ne pas non plus se disperser* ».

²⁶³ Décret n° 2016-1441 du 25 octobre 2016, Article D.121-4 du CASF, commission conjointe du Haut conseil de la famille et de l'âge (HCFEA) et du Conseil national consultatif des personnes handicapées (CNCPH), installée le 19 mars 2018.

²⁶⁴ HCFEA – CNCPH Commission pour la lutte contre la maltraitance et la promotion de la bientraitance NOTE D'ORIENTATION – Version du 18 janvier 2019, p. 5.

228- Pour que la lutte contre la maltraitance soit efficace, l'État a également prévu un système de remontée d'informations de la part des établissements. Une circulaire publiée du 20 février 2014²⁶⁵ décrivait de manière exhaustive le dispositif régional de veille et des signalements aux autorités administratives, les systèmes d'exploitation des données remontées, les grandes lignes à suivre lors des inspections d'établissement et les dispositifs nationaux d'écoute téléphonique (119 et 3977). Cette circulaire prend la suite de plusieurs instructions ministérielles sur le thème de la bientraitance²⁶⁶.

229- Dès les premières pages, ce texte entend définir les termes qu'il faut utiliser afin d'éviter toute confusion dans le sens des termes employés. Il convient ici de préciser que nous utilisons le terme « réclamation » pour désigner l'action, pour un particulier, de demander des explications sur un événement dont il estime qu'il fait ou pourrait faire grief à lui-même ou à autrui et ayant pour finalité le respect de l'exercice d'un droit. Par extension, cela recouvre toute requête, plainte ou doléance écrite émanant d'un usager ou de son entourage et mettant en cause la qualité du service rendu par un établissement de santé, un établissement ou service médico-social, un professionnel de santé. Le terme de « signalement » s'applique aux informations apportées par des professionnels dans l'exercice de leur fonction. Il s'agit de tout événement sanitaire, médico-social ou environnemental susceptible d'avoir un impact sur la santé ou la sécurité de la population ou sur l'organisation de l'offre de soins. Il comprend aussi les événements indésirables graves (EIG) déclarés par les directeurs ou les professionnels d'établissements sanitaires et médico-sociaux »²⁶⁷.

230- Pour que le système fonctionne, il est indispensable qu'il soit transparent et connu de tous. La circulaire de 2014 insiste sur l'importance de la circulation de l'information et de son traitement tant au niveau de l'établissement qu'au niveau des autorités de contrôle. Pour garantir l'effectivité de la lutte contre la maltraitance, chaque collaborateur doit être certain que

²⁶⁵ Circulaire N° DGCS/SD2A/2014/58 du 20 février 2014 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance et au développement de la bientraitance des personnes âgées et des personnes handicapées dans les établissements et services médico-sociaux relevant de la compétence des ARS.

²⁶⁶ Instruction ministérielle DGAS/2A/2007/112 du 22 mars 2007 relative au développement de la bientraitance et au renforcement de la politique de lutte contre la maltraitance. Circulaire DGAS/2A/2008/316 du 15 octobre 2008 relative au renforcement des missions d'inspection et de contrôle au titre de la lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées. Instruction DGCS/SD5C/2013/427 du 31 décembre 2013 relative aux évaluations des activités et de la qualité des prestations délivrées dans les établissements et services sociaux et médicosociaux.

²⁶⁷ Circulaire N° DGCS/SD2A/2014/58 du 20 février 2014, p. 4.

l'information va circuler dans l'établissement ainsi qu'en direction de l'administration comme des familles. Le signalement ne doit pas être vécu systématiquement comme une dénonciation d'un collaborateur. Le développement des signalements dans une structure est paradoxalement une bonne chose. Cela signifie que les collaborateurs ont saisi le sens des outils en place et que la remontée des dysfonctionnements s'assimile davantage à une démarche d'amélioration de la qualité qu'à une dénonciation pouvant mener systématiquement à une sanction. La frontière entre « amélioration du service » et « dénonciation » est ténue pour certains collaborateurs. Travailler sur cet aspect permet aux directions de lutter contre la forme la plus nocive de maltraitance, celle qui avance à bas bruit dans l'établissement, à laquelle on s'habitue sans la détecter.

231- La lutte contre les maltraitances fait l'objet d'une stratégie nationale pour les années 2024 à 2027. Dans le dossier de presse décrivant cette stratégie, les pouvoirs publics²⁶⁸ rappellent que *« l'ambition est de construire une politique publique durable mais qui réponde aussi à l'urgence de situations de vie inacceptables, celle qui a amené le Gouvernement à prendre une série de mesures d'application immédiate à la suite de l'affaire Orpéa, en particulier une inspection systématique des EHPAD. Depuis mars 2022, c'est déjà plus de la moitié des 7 500 EHPAD de France qui ont fait l'objet d'un contrôle. Ils auront été tous contrôlés à la fin de l'année 2024. Nous poursuivrons et amplifierons cette démarche de contrôle en la déployant également pour les établissements sociaux et médico-sociaux accueillant des personnes en situation de handicap »*²⁶⁹.

²⁶⁸ La stratégie nationale de lutte contre la maltraitance est exposée par Madame Catherine VAUTRIN, Ministre du Travail, de la Santé et des Solidarités et par Madame Fadila KHATTABI, Ministre déléguée chargée des Personnes âgées et des Personnes handicapées.

²⁶⁹ La maltraitance et le lancement des alertes seront des thèmes abordés dans la seconde partie de notre recherche (Titre 1, Chapitre 1).

C. Le projet d'établissement, outil de définition des actions futures

208. Lorsqu'on évoque la question du projet d'établissement, on se rend compte qu'elle concerne aussi bien le secteur public que le secteur privé, les entreprises privées que le secteur associatif ou encore les fondations. Quel que soit la communauté envisagée, la place d'un projet commun est absolument nécessaire pour donner corps à un groupe, à une équipe ou à un établissement. En posant la question de savoir ce que recouvre vraiment le terme de projet dans le secteur médico-social, il est préalablement important d'essayer de débroussailler la sémantique²⁷⁰, car il y a autant de définition de projet qu'il existe d'établissement. L'étymologie latine nous guide pour comprendre le terme²⁷¹ et lui donner un sens. Le terme projet se décompose au travers du préfixe « *pro* » qui signifie « *avant* » et du verbe « *jacere* » qui signifie « *jeter* » ou « *construire* ». Elaborer un projet d'établissement impose aux directions de définir les futures actions envisagées, d'en définir les contours ainsi que les moyens mobilisés. Le projet d'établissement est donc un véritable vecteur de mobilisation des professionnels autour de valeurs communes. Il doit également permettre aux personnes d'avoir une vue exhaustive des possibilités offertes par l'établissement.

209. La loi 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, au travers de son article 12²⁷², impose à chaque établissement d'élaborer un projet d'établissement ou de service qui doit définir les actions de coordination envisagées ou mises en place, l'évaluation de ses activités et la qualité de ses prestations. Le décret n° 2009-322 du 20 mars 2009²⁷³ complète le CASF²⁷⁴ en dressant la liste des objectifs, des mentions et des détails qui doivent

²⁷⁰ VERCAUTEREN R., HERVY B., SCHAFF JL. , 1. *Qu'est-ce qu'un projet ?* , In Le projet de vie personnalisé des personnes âgées, 11-16. Pratiques gérontologiques. Toulouse: Érès, 2010.

²⁷¹ Dictionnaire F.Gaffiot, Latin Français, Hachette (1934).

²⁷² Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, 2002-2 § (2002), article 12 : « Il est inséré, dans le code de l'action sociale et des familles, un article L. 311-8 ainsi rédigé : « Art. L. 311-8. - Pour chaque établissement ou service social ou médico-social, il est élaboré un projet d'établissement ou de service, qui définit ses objectifs, notamment en matière de coordination, de coopération et d'évaluation des activités et de la qualité des prestations, ainsi que ses modalités d'organisation et de fonctionnement. Ce projet est établi pour une durée maximale de cinq ans après consultation du conseil de la vie sociale ou, le cas échéant, après mise en œuvre d'une autre forme de participation ».

²⁷³ Décret n° 2009-322 du 20 mars 2009 relatif aux obligations des établissements et services accueillant ou accompagnant des personnes handicapées adultes n'ayant pu acquérir un minimum d'autonomie, 2009-322 § (2009).

²⁷⁴ CASF, Article D344-5-5 : « Afin de garantir la qualité de l'accueil ou de l'accompagnement des personnes mentionnées à l'article D. 344-5-1, le projet d'établissement ou de service prévu à l'article L. 311-8 : 1° Précise les objectifs et les moyens mis en œuvre pour assurer collectivement la qualité

figurer dans un projet d'établissement. Il n'y a pas de modèle imposé pour proposer un projet d'établissement, chacun est libre de sa présentation. Un décret de 2024²⁷⁵ est intervenu pour fixer le contenu minimal du projet d'établissement ainsi que la démarche de prévention interne du lutte contre la maltraitance.

210. Les directions ne découvrent pas la notion de projet d'établissement avec la loi 2002-2 du 2 janvier 2002, un certain nombre de texte ont fait mention de cet outil, avant comme après 2002. A la fin du 20^{ème} siècle, l'annexe XXIV au décret n° 89-798 du 27 octobre 1989²⁷⁶ évoquait le terme « *projet d'établissement* » dans le champ social et médico-social. L'article 30 de l'annexe indique, « *Après concertation menée avec l'ensemble des personnels placés sous son autorité, le directeur propose au conseil d'administration un projet d'établissement fixant les objectifs pédagogiques, éducatifs et thérapeutiques du centre ainsi que les modalités de leur réalisation et de l'évaluation de leurs résultats ; ce projet d'établissement, adopté par le conseil d'administration, est conforme à la réglementation et porté à la connaissance de la tutelle. Ce*

d'accueil ou d'accompagnement ; 2° Détaille les caractéristiques générales des accompagnements et prestations mis en œuvre par l'établissement ou le service qui constituent le cadre de référence des actions de soutien médico-social et éducatif prévues par le contrat de séjour visé à l'article D. 344-5-4 ; 3° Précise les modalités de la mise en place et les missions d'un référent pour chaque personne accompagnée chargé notamment de favoriser la cohérence et la continuité de l'accompagnement ; 4° Détaille la composition de l'équipe pluridisciplinaire et précise les modalités de coordination des différents professionnels entre eux et avec les partenaires extérieurs ; 5° Sous la responsabilité d'un médecin, organise la coordination des soins au sein de l'établissement ou du service et avec les praticiens extérieurs. Le représentant légal ou la famille y est associé dans le respect des dispositions du code civil et du code de la santé publique relatives aux majeurs protégés ; 6° Formalise les procédures relatives à l'amélioration de la qualité de fonctionnement de l'établissement ou du service et des prestations qui sont délivrées ; 7° Précise le contenu de la collaboration de l'établissement ou du service avec d'autres partenaires, notamment lorsque la personne est accompagnée par plusieurs structures. Cette collaboration est formalisée et peut donner lieu à la conclusion d'une convention ou s'inscrire dans l'une des autres formules de coopération mentionnées à l'article L. 312-7 ; 8° Prévoit les modalités de transmission aux structures d'accompagnement de toute information sur les mesures permettant la continuité et la cohérence de l'accompagnement lorsque la personne est réorientée ; 9° Prévoit les modalités d'élaboration d'accès et de transmission des documents mentionnés à l'article D. 344-5-8 ».

²⁷⁵ Décret n° 2024-166 du 29 février 2024 relatif au projet d'établissement ou de service des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

²⁷⁶ Décret n°89-798 du 27 octobre 1989 remplaçant les annexes XXIV,XXIV-BIS ET XXIV-TER au décret 56284 du 09-03-1956 modifié fixant les conditions techniques d'agrément des établissements privés de cure et de prévention pour les soins aux assurés sociaux, par trois annexes concernant, la première, les conditions techniques d'autorisation des établissements et des services prenant en charge des enfants ou adolescents présentant des déficiences intellectuelles ou inadaptés, la deuxième, les conditions techniques d'autorisation des établissements et des services prenant en charge des enfants ou adolescents présentant une déficience motrice, la troisième, les conditions techniques d'autorisation des établissements et des services prenant en charge des enfants ou adolescents polyhandicapés - Légifrance , JORF du 31 octobre 1989.

projet comporte, notamment, la définition d'un emploi du temps des enfants ou adolescents, bien équilibré, avec éventuellement, et selon les directives des équipes médicales, pédagogiques et éducatives, les modifications adaptées au projet individuel défini pour chaque enfant ou adolescent ».

211. Une mention du projet d'établissement est également faite par la loi n° 97-60 du 24 janvier 1997²⁷⁷, instituant une prestation spécifique dépendance. Depuis 2002, le législateur a mobilisé le projet d'établissement au travers de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie²⁷⁸. Ce texte a modifié l'article L. 311-8 du CASF, afin que le « *projet identifie les services de l'établissement ou du service social ou médico-social au sein desquels sont dispensés des soins palliatifs et précise les mesures qui doivent être prises en application des dispositions des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens mentionnés à l'article L. 313-12* ».

212. Malgré ces différents textes législatifs, la rédaction des projets d'établissement demeure parfois délicate. Les recommandations publiées par l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM)²⁷⁹ ont permis de fournir des guides pour la rédaction. En décembre 2009, était publié des recommandations de bonnes pratiques professionnelles (RBPP) intitulées « *Elaboration, rédaction et animation du projet d'établissement ou de service* »²⁸⁰. A la page 11, la HAS rappelle quelles sont les finalités du projet d'établissement, qui sont regroupées autour de trois dimensions qui « *sont descriptives, projectives et stratégiques (conduite de projet) : on projette une image, un plan pour décrire ce qui existe ; on projette dans l'avenir ce qui n'existe pas encore mais paraît être une évolution souhaitable, une ambition réaliste ; on projette le chemin à parcourir pour aboutir*

²⁷⁷ Loi n° 97-60 du 24 janvier 1997 tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance (1) – Légifrance.

²⁷⁸ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie (1), 2005-370 § (2005), JORF n°95 du 23 avril 2005.

²⁷⁹ L'Anesm est devenue la HAS (Haute autorité de santé) par la loi de financement de la sécurité sociale 2018 (article 72), le 1^{er} avril 2018, Loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018 (1), 2017-1836 § (2017), JORF n°0305 du 31 décembre 2017.

²⁸⁰ Haute Autorité de Santé. « Recommandations de bonnes pratiques professionnelles pour le secteur social et médico-social »,

[En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.has-sante.fr/jcms/p_3229902/fr/recommandations-de-bonnes-pratiques-professionnelles-pour-le-secteur-social-et-medico-social, [Consulté le 11 mars 2022].

au but recherché, en précisant les moyens à mettre en œuvre, les étapes à respecter, dans une démarche de projet ». Par ailleurs, il est rappelé que le document doit « clarifier le positionnement institutionnel » et « donner des repères aux professionnels dans l'exercice de leur activité et conduire l'évolution des pratiques et de la structure dans son ensemble ».

213. Ces quelques lignes des RBPP posent clairement les objectifs. Le projet d'établissement doit décrire l'offre telle qu'elle existe, fixer des objectifs et décrire le chemin qu'il faudra emprunter pour les atteindre. Ce travail de concertation doit être un repère pour les professionnels dans leur exercice quotidien en déclinant le projet institutionnel. Cette question de la congruence entre le projet d'établissement et le projet institutionnel est importante pour les directions à plusieurs endroits. Pour les professionnels de l'établissement, il est nécessaire de s'appuyer sur un document qui est cohérent par rapport aux valeurs, aux objectifs ainsi qu'au projet de l'organisme gestionnaire. La cohérence des équipes et du management des établissements dépend de l'alignement des discours et des valeurs mises en exergue. Par ailleurs pour les personnes que l'on souhaite accueillir, le projet d'établissement doit être une vitrine de l'accompagnement qui est proposé. Le document doit s'éloigner de la rhétorique médico-sociale, pour être porté par la direction et défendu par les professionnels.

214. Enfin, la rédaction du projet d'établissement, tous les cinq ans²⁸¹, permet à la direction de l'établissement de vérifier s'il s'inscrit pleinement dans la ligne du projet institutionnel de l'organisme gestionnaire. De prime abord, cette question de l'alignement peut apparaître saugrenue. En effet, il paraît difficile d'imaginer un établissement travailler sur un projet décalé par rapport aux axes du projet institutionnel. Dans les faits, cette situation n'est pas une exception si on admet que tous les acteurs ne sont pas d'accord sur la définition et les contours d'un terme. Depuis quelques années, le champ médico-social est traversé par la question de l'inclusion des personnes en situation de handicap qui interroge tous les acteurs. Comment conjuguer l'inclusion et la vie en établissement ? Comment penser l'ouverture des établissements vers l'extérieur ? Quelles sont les nouvelles limites de responsabilité des directions face à ces nouveaux paradigmes ? Autant de réponses qui nourrissent un projet d'établissement et un projet institutionnel et sur lesquelles il est absolument nécessaire d'être

²⁸¹ CASF, Article L 311-8 modifié par la loi n° 2022-140 du 7 février 2022- art.22.

en accord. La présentation du projet d'établissement en CVS sera l'occasion de vérifier que les constats et propositions sont clairement posés, exposés et expliqués²⁸².

215. Le projet d'établissement peut être considéré comme un document qui peut soutenir des demandes budgétaires (1) et affirmer la nouvelle place du droit dans les négociations budgétaires (2).

1. Le projet d'établissement, un élément des discussions budgétaires

216. Outil de mobilisation des acteurs, de présentation de l'établissement et de ses objectifs, le projet d'établissement peut être évoqué dans le cadre des discussions budgétaires. L'article R 314-18 du CASF²⁸³ indique les éléments qui peuvent être mis en valeur lors de la présentation des propositions budgétaires de l'établissement. A côté des hypothèses d'évolution de prix, de la valorisation des effectifs, il est possible d'appuyer « *le cas échéant* » ses demandes sur le projet d'établissement. Il s'agit de dépasser la simple rhétorique qui consiste à justifier ses demandes budgétaires, par la seule inscription de tel ou tel projet inscrit dans le projet. Toutefois, la simple inscription budgétaire ne permet pas immédiatement un déblocage de crédit de la part des autorités de tutelle (ARS, Assurance maladie et Conseil départemental), pour

²⁸² Le décret n° 2022-688 du 25 avril 2022 indique que le conseil de la vie sociale « *est associé à l'élaboration ou à la révision du projet d'établissement [...] en particulier son volet portant sur la politique de prévention et de lutte contre la maltraitance* » (Article D.311-15).

²⁸³ Article R314-18 - Code de l'action sociale et des familles : « *Les propositions budgétaires de l'établissement ou du service sont accompagnées d'un rapport budgétaire, établi par une personne ayant qualité pour représenter l'établissement. Ce rapport justifie les prévisions de dépenses et de recettes. A ce titre, notamment : 1° Il précise les hypothèses effectuées en matière d'évolution des prix, des rémunérations et des charges sociales et fiscales relatives à la reconduction des moyens autorisés dans le cadre du budget exécutoire de l'année précédente ; 2° Il retrace, dans un tableau, l'activité et les moyens de l'établissement ou du service au cours des trois années précédentes, en faisant notamment apparaître, pour chaque année, le nombre prévisionnel et le nombre effectif de personnes prises en charge ; 3° Il effectue le bilan, sur les deux derniers exercices et l'exercice en cours, des promotions et augmentations individuelles ou catégorielles des rémunérations au sein de l'établissement ou du service ; 4° Il justifie le montant prévisionnel global de la rémunération du personnel, en détaillant les hypothèses retenues en matière de promotion et d'avancement, et leur incidence sur le nombre de points d'indice qui en résultent, par application des conventions collectives ou des dispositions statutaires applicables à l'établissement ou au service ; 5° Il indique, le cas échéant, les éléments du projet d'établissement mentionné à l'article L. 311-8 qui justifient les dépenses proposées* ».

lesquelles la logique comptable a souvent plus d'impact que la logique politique de l'organisme gestionnaire.

217. Le contenu du projet d'établissement peut malgré tout être mis en exergue pour justifier des crédits budgétaires et parfois les obtenir. Indiquer que l'établissement construit son projet autour des droits des personnes permet de valoriser des orientations justifiant chaque engagement de dépense. Ensuite, face à un refus de budget complémentaire, il est intéressant de signifier aux autorités de tutelle que le budget obtenu ne permet pas de respecter pleinement le projet de l'établissement. Cette démarche interroge les collectivités locales et les pouvoirs publics qui réalisent qu'il existe un lien entre une demande financière et le respect du droit et que leur responsabilité peut être appelée par la suite. La perspective d'une judiciarisation des relations permet au projet d'établissement de recouvrer une force auprès des pouvoirs publics.

2. La nouvelle place du droit

218. Travailler sur le projet d'établissement et sur son rôle dans le dialogue budgétaire, nous oblige à nous interroger sur la place du droit dans les établissements. Ceci d'autant plus que les politiques publiques promeuvent l'inclusion et la primauté de la parole des personnes accueillies. Les directions sont donc invitées à revisiter l'ensemble des documents de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002 à l'aune de ces nouveaux paradigmes. Les organismes gestionnaires affirment de plus en plus souvent que leur projet institutionnel repose sur les droits humains. A leur tour, les directions d'établissement intègre cette dimension dans les documents obligatoires. Dépassant la simple rhétorique, il faut désormais réussir à conjuguer liberté, droits des personnes, règles de vie en collectivité et responsabilité des acteurs. Les négociations avec les Agences régionales de santé ou avec les Conseils départementaux doivent tenir compte des avis et besoins des personnes accueillies. L'inclusion effective est à ce prix.

D. Le règlement de fonctionnement et l'encadrement de la vie en collectivité

219. Peut-on sortir après 22 heures ? Est-il possible d'accueillir des amis dans mon logement ? Peut-on consommer dans l'établissement un repas provenant de l'extérieur ? Quels sont mes droits en établissement ? Comment puis-je les faire valoir ? Autant de questions qui sont portées régulièrement en débat dans les établissements. Lors de l'accueil, il est important que tous les thèmes soient abordés afin que les personnes adhèrent pleinement aux règles en cours dans l'établissement. Pour autant, les réponses apportées n'annihilent pas toutes les interrogations nées d'une vie en collectivité. Les directions rappellent fréquemment les règles que les personnes accompagnées et les collaborateurs doivent respecter. Il est important de présenter le règlement de fonctionnement en miroir de la Charte des droits de la personne accueillie. La lecture de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale propose une présentation duale au travers de son article 8²⁸⁴, la Charte des droits et le règlement de fonctionnement sont annexés au livret d'accueil remis lors de l'entrée dans l'établissement. Le « couple » obligations- droits doit être correctement appréhendé dans les établissements car il est à la source de ce que P. RICOEUR appelle de ses vœux lorsqu'il évoque « une vie bonne, avec et pour autrui, dans des institutions justes »²⁸⁵.

220. Une fois encore, il apparaît nécessaire d'analyser le terme de règlement pour identifier le document cité par le code du travail et par le code de l'action sociale et des familles (1), d'autant que l'évolution des textes ne facilite pas la différenciation (2). Les définitions posées, nous nous attacherons au contenu du règlement de fonctionnement (3) ainsi qu'à ses limites d'application (4) qui appellent des évolutions législatives (5).

²⁸⁴ Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, article 8 : « Art. L. 311-4. - Afin de garantir l'exercice effectif des droits mentionnés à l'article L. 311-3 et notamment de prévenir tout risque de maltraitance, lors de son accueil dans un établissement ou dans un service social ou médico-social, il est remis à la personne ou à son représentant légal un livret d'accueil auquel sont annexés : **a)** Une charte des droits et libertés de la personne accueillie, arrêtée par les ministres compétents après consultation de la section sociale du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale mentionné à l'article L. 6121-9 du code de la santé publique ; **b)** Le règlement de fonctionnement défini à l'article L. 311-7. Un contrat de séjour est conclu ou un document individuel de prise en charge est élaboré avec la participation de la personne accueillie ou de son représentant légal. Ce contrat ou document définit les objectifs et la nature de la prise en charge ou de l'accompagnement dans le respect des principes déontologiques et éthiques, des recommandations de bonnes pratiques professionnelles et du projet d'établissement. Il détaille la liste et la nature des prestations offertes ainsi que leur coût prévisionnel. Le contenu minimal du contrat de séjour ou du document individuel de prise en charge est fixé par voie réglementaire selon les catégories d'établissements et de personnes accueillies ».

²⁸⁵ RICOEUR P., *Op. cit.*, page 202.

1. Des règlements distincts, mais une même publicité pour être opposable

221. Une fois de plus, il est nécessaire de s'arrêter sur la sémantique utilisée dans les établissements. Les directions sont appelées à rédiger un règlement intérieur et un règlement de fonctionnement, deux documents différents, rendus obligatoires par le code du travail, d'une part et par le code de l'action sociale et des familles d'autre part.

222. L'article L.1311-2 du code du travail²⁸⁶ rappelle que le règlement intérieur est obligatoire, dans les entreprises d'au moins 50 salariés depuis le 1^{er} janvier 2020. Il détaille la réglementation en matière de santé et de sécurité des salariés, ainsi qu'en matière de disciplinaire²⁸⁷. Pour être opposable, ce document doit être soumis pour avis au comité social et économique, être déposé au greffe du conseil de prud'hommes du ressort de l'entreprise et faire l'objet d'une publicité dans l'entreprise. Il est donc important que les directions respectent toutes les conditions de forme afin que le règlement intérieur soit opposable²⁸⁸ aux tiers. Les directions ne pourront appuyer leur décision sur ces documents qu'à condition qu'ils soient connus des parties et correctement appréhendés.

223. Le règlement de fonctionnement est, quant à lui, évoqué dans le code d'action sociale et des familles²⁸⁹. L'article L.311-7 du CASF, après avoir signifié que le règlement de fonctionnement « *définit les droits de la personne accueillie et les obligations et devoirs nécessaires au respect des règles de vie collective au sein de l'établissement ou du service* », insiste sur le fait que le conseil de la vie sociale doit être consulté pour avis. Le décret n° 2003-

²⁸⁶ Code du travail, article L.1311-2 : « *L'établissement d'un règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises ou établissements employant habituellement au moins vingt salariés. Des dispositions spéciales peuvent être établies pour une catégorie de personnel ou une division de l'entreprise ou de l'établissement* ».

²⁸⁷ Code du travail, article L.1321-1 : « *Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement : 1° Les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement, notamment les instructions prévues à l'article L. 4122-1 ; 2° Les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés, dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ; 3° Les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur* ».

²⁸⁸ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.*, p. 707, définition du terme « opposable » : « *qui peut être utilement invoqué par un plaideur à l'encontre de son adversaire, se dit soit d'un acte de procédure régulier soit d'un droit ou d'un acte substantiel* ».

²⁸⁹ *Ibid.*, article 8.

1095 du 14 novembre 2003²⁹⁰ complète la procédure d'élaboration du règlement, en indiquant qu'il doit être arrêté par « *l'instance compétente de l'organisme gestionnaire, après consultation des instances représentatives du personnel de l'établissement ou du service* ». L'article premier du décret invite les établissements à prévoir le délai de révision du document, qui ne doit pas dépasser cinq ans. A l'instar du règlement intérieur, le règlement de fonctionnement doit être affiché dans les locaux et remis « *à chaque personne qui est prise en charge par l'établissement* » ou à chaque salarié ou bénévole.

224. La jurisprudence reconnaît le caractère obligatoire de la communication autour du règlement de fonctionnement pour qu'il soit opposable. Un arrêt de la chambre civile de la chambre civile de la Cour de cassation de 1997²⁹¹ s'est prononcée sur un litige concernant une facture présentée à la suite d'un séjour en maison de retraite. Une résidente contestait le montant facturé pour un mois complet car elle avait quitté son logement, en cours de mois, sans avoir respecté le délai de prévenance prévu au règlement intérieur. S'agissant d'un contrat d'adhésion, son contenu n'est opposable que s'il a été porté à la connaissance des parties. Cette position de principe de la jurisprudence a été confirmée en 2004²⁹² par un arrêt de la chambre civile de la chambre civile de la Cour de cassation en des termes clairs.

²⁹⁰ Décret n° 2003-1095 du 14 novembre 2003 relatif au règlement de fonctionnement institué par l'article L.311-7 du code de l'action sociale et des familles, JORF n°269 du 21 novembre 2003, article 1.

²⁹¹ C.cass. civ. 1re, 21 octobre 1997, Dame Madelaine c/ SA Hôtellerie du troisième âge, n° 95-18462 : « *Vu les articles 1108 et 1134 du Code civil ; Attendu que le consentement à un contrat d'adhésion n'engage valablement que s'il est établi que l'intéressé a eu connaissance des clauses qui lui sont opposées ; Attendu qu'en appliquant la clause du règlement intérieur selon laquelle les pensionnaires devaient notifier leur départ par écrit un mois à l'avance et le 1er du mois, et, faute pour eux de ce faire, devaient payer l'équivalent d'un mois à titre d'indemnité compensatrice de préavis, **sans rechercher si cette clause avait été effectivement portée à la connaissance de Mme X... et alors que le document produit ne comportait pas sa signature**, le tribunal a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ; PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du second moyen : CASSE ET ANNULE, [...]* ».

²⁹² C.cass. civ. 3e, 19 mai 2004, association Résidences de l'étang de Broda, n° 03-11360 : « *Mais attendu qu'ayant retenu **qu'il n'était pas justifié qu'ait été porté à la connaissance de Mme X... lors de son entrée dans les lieux, ni même en cours d'exécution de la convention, le règlement intérieur en application duquel l'Association et le District estimaient ladite convention résiliée et que l'exécution de la convention verbale par la résidente pendant plusieurs années n'impliquait aucunement que celle-ci eût été informée du contenu du règlement intérieur qui ne pouvait y être annexé en l'absence d'écrit de sorte qu'il n'était pas établi qu'elle l'eût accepté**, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, ni de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, en a exactement déduit que la disposition litigieuse du règlement intérieur était inopposable à Mme X...* ».

2. Un historique vecteur de confusion

225. Règlement intérieur et règlement de fonctionnement, la proximité sémantique n'aide pas à distinguer les deux documents et peut générer des difficultés. L'histoire de la réglementation n'a pas facilité la distinction. La loi du 30 juin 1975 n'avait envisagé la mise en place d'un règlement que dans le cadre des établissements de droit public. L'article 22 indiquait que « *le conseil d'administration règle par ses délibérations les affaires de l'établissement* » et que « *le règlement intérieur devait être soumis à approbation* ». Par la suite, la loi de 1997²⁹³ n'a envisagé un règlement intérieur que pour les établissements accueillant des personnes âgées. Le législateur utilisait encore le terme « règlement intérieur », pour qualifier le document visant à garantir « *les droits des résidents et le respect de leur intimité* ». Il a fallu attendre 2002 pour que le législateur adopte le terme de « règlement de fonctionnement », pour définir les droits des personnes accompagnées et les obligations et devoirs nécessaires au respect des règles de vie collective.

226. L'article R311-37 précise que le règlement de fonctionnement fixe les obligations faites aux personnes accompagnées ou prises en charge pour permettre la réalisation des prestations qui leur sont nécessaires, y compris lorsqu'elles sont délivrées hors de l'établissement. Ces obligations concernent, notamment, le respect des décisions de prise en charge, des termes du contrat ou du document individuel de prise en charge, le respect des rythmes de vie collectifs, le comportement civil à l'égard des autres personnes accueillies ou prises en charge, comme des membres du personnel, le respect des biens et équipements collectifs. Elles concernent également les prescriptions d'hygiène de vie nécessaires. Il rappelle que les faits de violence sur autrui sont susceptibles d'entraîner des procédures administratives et judiciaires. Il précise les obligations de l'organisme gestionnaire de l'établissement, du service ou du lieu de vie et d'accueil en matière de protection des mineurs, les temps de sorties autorisées, ainsi que les procédures de signalement déclenchées en cas de sortie non autorisée.

²⁹³ Loi n° 97-60 du 24 janvier 1997 tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance, JORF n°21 du 25 janvier 1997.

3. Le contenu du règlement de fonctionnement

227. Il n'existe pas de règlement de fonctionnement type pour un établissement, ce qui en fait un document qui peut être qualifié de dynamique. Bien sûr, il est toujours possible de copier un modèle sur internet en essayant de se convaincre que le document correspond, en tous points, à votre organisation. Cette technique présente, au premier abord, l'avantage de la rapidité mais correspond rarement aux besoins. Le règlement de fonctionnement naît dans l'établissement, épouse les logiques en œuvre et les objectifs affichés. Il correspond à ce que vous recherchez, à votre environnement, afin qu'il soit pleinement appréhendé par les acteurs. Pour confronter votre proposition de règlement de fonctionnement avec la réalité de l'établissement, l'article R.311-33 du CASF²⁹⁴ prévoit plusieurs étapes de validation. Les instances représentatives du personnel doivent donner un avis simple sur le document. Il en va de même pour les personnes accompagnées par le truchement du conseil de la vie sociale. Enfin, le règlement de fonctionnement est arrêté « *par l'instance compétente de l'organisme gestionnaire* ». Ce triple examen est la garantie que le document produit correspond à la philosophie de l'organisme gestionnaire, qu'il est compris par le personnel et bien appréhendé par les personnes accompagnées dans l'établissement.

228. Le règlement de fonctionnement est un construit commun qui régit les relations entre les personnes accompagnées et entre les personnes accompagnées et les professionnels de l'établissement. Le contenu peut être élaboré selon plusieurs approches. L'une peut être basée sur les obligations à respecter et l'autre sur les droits des personnes accueillies. Lorsqu'on décide de rédiger le règlement en mettant les obligations en exergue, on ne doit pas se limiter à énoncer des obligations générales²⁹⁵, mais également aborder le fonctionnement global²⁹⁶ de l'établissement et les règles particulières²⁹⁷. Si l'on souhaite que le règlement se construise à partir des droits, on pourra insister sur le droit au respect (personnes, biens, rythme), le droit à

²⁹⁴ CASF, Article R.311-33 : « *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* ».

²⁹⁵ Au titre des obligations générales, on peut citer la place du représentant légal, le respect de l'autonomie, de la dignité et de l'intégrité, le système d'assurance ainsi que les règles de responsabilité.

²⁹⁶ Au titre du fonctionnement global, on peut citer le respect de l'organisation globale, des lieux de vie, des relations affectives ainsi que des instances de consultation.

²⁹⁷ Au titre du fonctionnement particulier, on peut insister sur les différents engagements qui sont demandés aux personnes lorsqu'elles entrent dans l'établissement et les procédures disciplinaires.

l'intimité, à la sécurité. Il est également important de décrire les moyens développés en vue d'assurer la discipline et le respect des procédures internes. En 2009, l'Anesm a rédigé des recommandations visant à « *concilier vie en collectivité et personnalisation de l'accueil et de l'accompagnement* »²⁹⁸. Ce document peut servir de guide les directions dans le travail de rédaction du règlement. Dès l'introduction, la recommandation insiste sur la principale difficulté de l'exercice qui consiste à conjuguer vie en collectivité et individualisation de l'accompagnement²⁹⁹.

229. Cette liberté laissée dans la rédaction ne doit pas faire oublier que le règlement doit être facilement accessible. Un travail pour que le document soit « *facile à lire et à comprendre* » est donc indispensable à sa juste préhension par toutes les parties prenantes. L'opposabilité du règlement dépend de ces actions d'acculturation des différents acteurs.

4. Les limites de l'application du règlement de fonctionnement

230. Quel que soit la forme du règlement, la direction est tenue de le porter devant l'organisme gestionnaire et devant l'établissement, afin de fixer les règles à respecter pour les salariés et pour les personnes accompagnées. Dans tous les cas, la direction sera invitée à favoriser la discussion et la médiation plutôt que les conflits et l'appel au juge pour trancher les difficultés. Il s'agit pour la direction de trouver le juste équilibre entre la sanction et le simple respect des règles de vie en collectivité. Il est nécessaire et obligatoire que le règlement de fonctionnement existe, qu'il soit connu des acteurs et que les sanctions prévues soient graduées et permettent de résoudre les problèmes. A côté du règlement, on pourra faire appel à la personne de confiance, aux élus du CVS et au représentant de la personne vulnérable pour que les conflits nés du non-respect du règlement puissent se solutionner. Néanmoins, malgré tous

²⁹⁸ Anesm, Recommandation de bonnes pratiques professionnelles, septembre 2009.

²⁹⁹ *Ibid.* : « Nombreuses sont les personnes en difficulté – enfants ou adultes – accueillies sur un mode collectif au titre de la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale. Dès lors, ce type d'accueil leur impose de respecter les règles de fonctionnement et de vie en collectivité. Mais ces dernières ne doivent pas pour autant se substituer à l'objectif d'individualisation des prestations posé par le législateur ni gommer les droits des personnes au regard, notamment, du respect de leur vie privée et de leur intimité. Si la vie en collectivité génère des contraintes diverses (rythme de vie, hygiène, sécurité, horaires etc.), chaque personne doit pouvoir bénéficier d'un accompagnement individualisé qui contribue au développement, au maintien ou au rétablissement de son autonomie. L'objectif de cette recommandation est de promouvoir des pratiques professionnelles qui permettent un juste équilibre entre l'accueil collectif proposé par une structure, sa mission et la responsabilité qui en découle, au bénéfice de la personne ».

ces mécanismes en place, les directions sont parfois confrontées à des situations qui rendent complexes le maintien d'une personne en établissement. Toutes les équipes ont été placées devant des situations de violence des personnes, d'inadéquation entre les services proposés par l'établissement et les besoins nouveaux des personnes accompagnées. Les directions se posent alors la question de ce qu'elles doivent décider, suivre les décisions d'équipe en proposant de mettre fin à la prise en charge de la personne handicapée, respecter à la lettre le règlement de fonctionnement et acter le départ d'une personne, ou tenter de nouvelles formes d'accompagnement plus adaptées à sa pathologie. La seule lecture du règlement de fonctionnement ne suffit pas à nourrir une réflexion globale et le constat des équipes ne tarde pas à émerger, dans le sens où le comportement de la personne étant contraire au règlement, il serait normal qu'elle quitte l'établissement.

231. Les décisions de fin de prise en charge sont donc à l'origine de débats au sein des établissements. Une décision du Conseil d'État du 31 mars 2017³⁰⁰ a apporté des réponses claires sur la possibilité pour une direction de mettre un terme à un accompagnement. En l'espèce, une mère demandait « *la suspension de l'exécution de la décision de l'association Sauge-Solidarité Autisme Gestion du 2 février 2017 lui notifiant l'arrêt de sa prise en charge au sein du foyer d'accueil médicalisé (FAM) de La Lendemain et d'autre part, d'enjoindre à l'association Sauge-Solidarité Autisme Gestion de le réintégrer dans les trois jours à compter de la notification de l'ordonnance, sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard* ». La demande de la famille était adressée au juge administratif sur la base de l'article L.521-2³⁰¹ du code de justice administrative car l'association est un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public.

232. Pour la première fois, le Conseil d'État sanctionne le non-respect des dispositions de l'article L. 311-4-1 du code de l'Action Sociale et des Familles³⁰², créées par la loi n° 2015-

³⁰⁰ CE, Juge des référés, 31/03/2017, 409026, Inédit au recueil Lebon.

³⁰¹ Code de justice administrative, article L.521-2 : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ».

³⁰² CASF, Article L.311-4-1 : « *La résiliation du contrat par le gestionnaire de l'établissement ne peut intervenir que dans les cas suivants : 1° En cas d'inexécution par la personne accueillie d'une obligation lui incombant au titre de son contrat ou de manquement grave ou répété au règlement de fonctionnement de l'établissement, sauf lorsqu'un avis médical constate que cette inexécution ou ce*

1577 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement (loi ASV), qui interdisent l'arrêt de prise en charge d'une personne tant que le gestionnaire ne s'est pas assuré que la personne dispose d'une solution d'accueil adaptée, y compris lorsqu'elle ne remplit plus les critères d'admission de l'établissement.

233. Par ailleurs, le Conseil d'État évoque l'article L.241-6 du CASF pour justifier qu'une direction d'établissement ne puisse révoquer de sa propre initiative la décision d'orientation d'une personne sans saisir préalablement la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées. Il indique qu'aux termes des dispositions de l'article L. 241-6 du code de l'action sociale et des familles : "*I.-La commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées est compétente pour : / (...) 2° Désigner les établissements ou les services correspondant aux besoins de l'enfant ou de l'adolescent ou concourant à la rééducation, à l'éducation, au reclassement et à l'accueil de l'adulte handicapé et en mesure de l'accueillir; (...) La décision de la commission prise au titre du 2° du I s'impose à tout établissement ou service dans la limite de la spécialité au titre de laquelle il a été autorisé ou agréé. (...) Lorsque l'évolution de son état ou de sa situation le justifie, l'adulte handicapé ou son représentant légal, les parents ou le représentant légal de l'enfant ou de l'adolescent handicapé ou l'établissement ou le service peuvent demander la révision de la décision d'orientation prise par la commission. L'établissement ou le service ne peut mettre fin, de sa propre initiative, à l'accompagnement sans décision préalable de la commission.*" Il résulte de ces dispositions une obligation pour les établissements concourant à l'accueil des adultes handicapés de saisir la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées, avant toute décision de mettre un terme à leur prise en charge.

234. Cette jurisprudence rappelle que l'application complète d'un règlement de fonctionnement et des sanctions qu'il prévoit ne peut s'entendre qu'avec l'accord des autorités de tarification. Dans tous les cas, il est absolument nécessaire pour quitter un établissement, que la personne se voit proposer une autre solution. Cette dernière est souvent délicate à trouver, ce qui peut rendre les sanctions du règlement de fonctionnement inopérantes.

manquement résulte de l'altération des facultés mentales ou corporelles de la personne accueillie ; 2° En cas de cessation totale d'activité de l'établissement ; 3° Dans le cas où la personne accueillie cesse de remplir les conditions d'admission dans l'établissement, lorsque son état de santé nécessite durablement des équipements ou des soins non disponibles dans cet établissement, après que le gestionnaire s'est assuré que la personne dispose d'une solution d'accueil adaptée ».

5. Les évolutions législatives du règlement de fonctionnement

235. Il est normal que le législateur adopte des lois pour tenir compte des évolutions de la société. Aucun domaine n'échappe à cette logique d'adaptation. La loi n°2022-140 du 7 février 2022³⁰³ s'inscrit dans cette dynamique, en imposant aux établissements de modifier leur règlement de fonctionnement afin d'intégrer différents dispositifs de protection contre la maltraitance. L'article 22 de la loi modifie l'article L.311-8 du CASF, en insérant les compléments suivants : *« Ce projet précise également la politique de prévention et de lutte contre la maltraitance mise en œuvre par l'établissement ou le service, notamment en matière de gestion du personnel, de formation et de contrôle. Il désigne une autorité extérieure à l'établissement ou au service, indépendante du conseil départemental et choisie parmi une liste arrêtée conjointement par le président du conseil départemental, le représentant de l'Etat dans le département et l'agence régionale de santé, à laquelle les personnes accueillies peuvent faire appel en cas de difficulté et qui est autorisée à visiter l'établissement à tout moment. Le contenu minimal du projet, les modalités d'association du personnel et des personnes accueillies à son élaboration ainsi que les conditions de sa diffusion une fois établi sont définis par un décret. Ce décret définit les modalités d'affichage des documents, notices et services d'information dans les établissements »*. Le texte ci-dessus sera complété par un décret qui définira de manière exhaustive ce que les pouvoirs publics attendent de la part des établissements.

236. Même si on peut se satisfaire des mesures visant à promouvoir la lutte contre la maltraitance, on peut toutefois s'interroger sur le moment et sur la démarche législative mobilisée. Tout d'abord, on ne peut s'empêcher de faire le lien entre la date de publication de ce texte avec l'actualité du champ médico-social. Février 2022 est le mois de parution d'un livre³⁰⁴ dénonçant des scandales de maltraitance dans les EHPAD. Suite à une enquête de plusieurs années, le livre révèle la manière dont les personnes sont accueillies dans des établissements gérés par une entreprise privée. L'auteur indique que : *« ce travail vise à mettre en lumière les pratiques douteuses d'une entreprise devenue, trente ans après sa création, le numéro un mondial du secteur des EHPAD et des cliniques. Un groupe qui gère aujourd'hui plus de 110 000 lits, répartis dans plus de 1 110 établissements, sur 23 pays et 3 continents. Une société qui ambitionne, à court terme, de faire son entrée dans le CAC 40 : Orpéa »*. Les questions qui peuvent naître de ce texte de loi, viennent peut-être de cette congruence de date

³⁰³ Loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants (1), 2022-140 § (2022).

³⁰⁴ CASTANET V., *Les Fossoyeurs*, Editions Fayard, p.387.

entre la publication de ces nouvelles mesures médico-sociales et les événements dans les EHPAD. Les réponses législatives immédiates méritent souvent d'être questionnées. La lecture de la stratégie nationale de lutte contre les maltraitances pour la période 2024-2027 nous éclaire sur le fait que les scandales en EHPAD sont à la base de ce mouvement de protection. Les pouvoirs publics rappellent qu'« *une politique publique durable doit répondre à l'urgence de situations de vie inacceptables* » et permet de justifier, à la suite de l'affaire Orpéa, un développement des « *inspections systématiques des EHPAD* »³⁰⁵.

237. L'article L.311-8 du CASF vient désormais compléter l'article L.311-4 du CASF qui évoque la question de la maltraitance au travers de la remise de la Charte des droits et des libertés, du règlement de fonctionnement et du contrat de séjour. Le législateur de 2022, invite les directions à modifier leur projet d'établissement afin qu'il expose la politique de prévention et de lutte contre la maltraitance. En cas de difficulté, il est possible de désigner une personnalité extérieure à l'établissement. Cette possibilité vient s'ajouter à la personne de confiance ou à la personne qualifiée. Le choix du projet d'établissement, comme vecteur de cette réforme, impose des conditions plus lourdes en cas de changement de cette personnalité extérieure. En effet, chaque modification du projet d'établissement au cours d'une période quinquennale doit recevoir l'avis du CVS, l'information et la consultation du CSE et la décision d'adoption par l'organisme gestionnaire.

238. Sur le fond, on peut regretter que la désignation de cette personnalité extérieure vienne s'ajouter à la personne qualifiée avec des missions analogues, toutes deux inscrites sur des listes administratives distinctes. Les missions réciproques auraient gagné à être mieux définies et délimitées. Au final, on peut s'interroger quant à l'opportunité de mobiliser de cette manière le vecteur législatif au risque de retomber dans les travers que dénonçait le Conseil d'État en 1991: « *Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite* » et en 2006 : « *Pour respecter la loi, il faut la connaître. Pour la connaître, il faut qu'elle soit claire et stable. Or, et ce constat est préoccupant, nombre de nos lois ne sont ni claires ni stables. La France légifère trop et légifère mal* ». Le Conseil d'État prolongeait son propos en indiquant que « *Depuis la fin du XVIIIe siècle et jusqu'à une époque récente, le droit français a représenté un modèle dont se sont inspirés de nombreux États dans le monde. Il constituait un ensemble*

³⁰⁵ Stratégie nationale de lutte contre les maltraitances, *Dossier de presse*, 25 mars 2024, p. 5.

cohérent, intelligible, codifié, servi par une langue claire, dense et précise. Force est de reconnaître que ces caractères se sont fortement altérés de nos jours ».

E. La vie des relations contractuelles en établissement

239. Les établissements et services médico-sociaux sont, par essence, des lieux d'échanges d'idées et de confrontations d'habitudes de vie dans un cadre respectueux des droits de chacun. D'un côté, les familles et les professionnels échangent des informations concernant les habitudes de vie de leurs enfants ou de leurs proches, afin que l'accompagnement proposé corresponde au plus juste aux besoins individuels. De l'autre, les professionnels échangent constamment avec les personnes accompagnées pour que les prestations proposées garantissent une pleine participation sociale et une inclusion dans la société. Ces relations permanentes sont à la base de la vie dans les établissements et sont souvent la raison pour laquelle les personnes font le choix de travailler dans le secteur médico-social.

240. Pendant longtemps, les relations entre l'établissement et la personne accompagnée n'ont pas fait l'objet d'un encadrement juridique fort. La loi 2002-2 du 2 janvier 2002 a souhaité imposer une relation contractuelle par le truchement du contrat de séjour au sein des établissements. Ce faisant, le législateur a poursuivi une logique contractuelle de fixation de prix des prestations entamée en 1990³⁰⁶ pour les personnes âgées. L'article premier disposait que : *« les établissements pour personnes âgées mentionnés à l'article 3 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, qui ne sont ni habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale, ni conventionnés au titre de l'aide personnalisée au logement, ne peuvent héberger une personne âgée sans qu'au préalable un contrat écrit ait été passé avec cette personne ou son représentant légal. Pour la signature de ce contrat, la personne ou son représentant légal peut se faire accompagner d'une personne de son choix »*.

241. La loi n°97-60 du 24 janvier 1997³⁰⁷ relative à l'instauration d'une prestation autonomie pour les personnes âgées poursuivait la même logique contractuelle en proposant à l'équipe médico-sociale de conclure un plan d'aide avec la personne en vue de son accompagnement. La logique contractuelle dans les établissements et services médico-sociaux n'est donc pas

³⁰⁶ Loi n° 90-600 du 6 juillet 1990 relative aux conditions de fixation des prix des prestations fournies par certains établissements assurant l'hébergement des personnes âgées (1), 90-600 § (1990).

³⁰⁷ Loi n° 97-60 du 24 janvier 1997 tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance (1) - Légifrance », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000747703>, [Consulté le 13 février 2022].

nouvelle, mais le législateur de 2002 a souhaité l'inscrire officiellement dans la démarche des établissements.

242. L'article L.311-4 du CASF mentionne le contrat de séjour dans son 4^{ème} alinéa en rappelant qu'il doit être le fruit d'un travail en commun entre la personne accompagnée dans l'établissement et la direction. Cette vision d'élaboration commune doit être largement tempérée par la réalité. En effet, les contrats conclus font rarement l'objet d'un travail de co-construction entre les parties. Les premiers entretiens sont avant tout consacrés à expliquer les termes du contrat de séjour, plutôt qu'à en négocier les contours. Ce déséquilibre a poussé certains auteurs³⁰⁸ à s'interroger sur la nature juridique du document et à se demander si le contrat de séjour est un véritable contrat.

243. L'article L.311-4 du CASF fait également mention du document individuel de prise en charge (le « DIPC ») qui peut être proposé à la signature, dès lors que la durée envisagée dans l'établissement est inférieure à deux mois ou qu'il y a un refus de signature du contrat de séjour. Il faut noter que cette durée de deux mois est entendue de manière continue ou discontinue. Dans la pratique, le DIPC est généralement l'instrument juridique qui est mobilisé pour encadrer les accueils temporaires dans les établissements. Ces accueils temporaires sont mentionnés par l'article L.312-1 du CASF³⁰⁹ au travers des alinéas 6 et 7. L'article D.312-8 alinéa premier³¹⁰ du CASF détaille ce dispositif en indiquant que l'accueil temporaire « *s'entend comme un accueil organisé pour une durée limitée, le cas échéant sur un mode séquentiel, à temps complet ou partiel avec ou sans hébergement, y compris en accueil de jour* ». Plus de vingt ans après la loi 2002-2 du 2 janvier 2002, les propositions d'accueil temporaire sont de plus en plus nombreuses dans les établissements. Pour faire face à la multiplication des demandes et pour développer les offres de services, les directions sont invitées à demander une transformation de leur agrément initial. Les places d'accueil temporaire s'inscrivent alors à la place de places dites « *pérennes* » à temps plein.

³⁰⁸ P. Verdier, *Le contrat de séjour est-il un vrai contrat ?*, Journal du droit des jeunes 236, n° 6 (2004): 36-43, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.3917/jdj.236.0036>, [Consulté le 13 février 2022].

³⁰⁹ CASF, Article L.312-1, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000045136712/, [Consulté le 13 février 2022].

³¹⁰ CASF, Article D312-8, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000033074984, [Consulté le 13 février 2022].

244. Il est intéressant de constater que le législateur de 2002 considère que le contrat de séjour participe à la protection des droits des personnes accompagnées en établissement. L'article 8 de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002 mentionne le contrat de séjour comme étant un outil permettant de garantir la confidentialité, la participation, le libre choix des prestations, l'accès à toute information et, d'une manière générale, toutes les libertés individuelles. La jurisprudence s'est prononcée sur le point de savoir s'il fallait considérer de la même manière les contrats proposés par les établissements privés et ceux proposés par les établissements publics. En d'autres termes dans les deux établissements, peut-on parler de véritablement de contrat. Sans remettre en cause ni son utilité ni sa vocation, le Conseil d'État, dans un arrêt du 05/07/2017³¹¹ s'est prononcé sur la qualification du contrat de séjour signé entre une personne et un établissement public. En l'espèce, une personne bénéficiant d'une prestation d'aide à domicile assurée par le centre communal d'action sociale (CCAS) de Quimper avait fait une chute à son domicile. La personne décide d'engager une action en responsabilité contre le CCAS sur le terrain contractuel. Le tribunal administratif de Rennes, puis la Cour administrative d'appel de Nantes a débouté l'appelante sur le fondement de la responsabilité contractuelle. A la suite du pourvoi en cassation, le Conseil d'État a adopté la position de principe suivante : « *Considérant que la prise en charge d'une prestation d'aide à domicile par un centre communal d'action sociale, établissement public administratif en vertu des dispositions de l'article L. 123-6 du code de l'action sociale et des familles, a le caractère d'un service public administratif ; que les usagers de ce service public ne sauraient être regardés comme placés dans une situation contractuelle vis-à-vis de l'établissement concerné, alors même qu'ils concluent avec celui-ci un " contrat de séjour " ou qu'est élaboré à leur bénéfice un " document individuel de prise en charge " , dans les conditions fixées par l'article L. 311-4 du même code ; que le moyen tiré de ce qu'un litige opposant un tel service public administratif à un de ses usagers ne peut être réglé sur un fondement contractuel est relatif au champ d'application de la loi et est, par suite, d'ordre public* ». Le Conseil d'État considère que « *la cour administrative d'appel de Nantes a méconnu le champ d'application de la loi* » et a demandé l'annulation de l'arrêt. Cet arrêt met un terme à des divergences d'appréciation quant à la qualification juridique du contrat de séjour d'un établissement public. Avant cet arrêt, certaines cours administratives³¹² reconnaissaient le caractère contractuel du contrat de séjour,

³¹¹ CE, 7ème - 2ème chambres réunies, 05/07/2017, 399977, No. 399977 (Conseil d'État 5 juillet 2017).

³¹² CAA Nantes, 3ème Chambre, 18/05/2007, 06NT00419, Inédit au recueil Lebon. Consulté le 14 février 2022. Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, 2ème chambre (formation à 3), 09/03/2010, 09BX01402, Inédit au recueil Lebon. Consulté le 14 février 2022.

quand d'autres³¹³ soulignaient le caractère administratif du service exercé, ce qui exclut toute nature contractuelle du lien. En reconnaissant le caractère réglementaire du lien entre l'usager et le CCAS, le Conseil d'État affirme qu'il s'agit d'un moyen d'ordre public, ce qui met un terme aux positions diverses des cours administratives.

245. La loi 2002-2 du 2 janvier 2002 a introduit la notion de contrat au cœur des relations entre les acteurs. Le contrat et un règlement définissent les obligations des parties (1). On doit également mentionner des questions connexes au contrat, telles que la capacité de signature (2), les obligations précontractuelles (3) ou les clauses abusives (4). Nous nous attarderons également sur la notion de fin de contrat (5).

1. Un environnement contractuel et différents vecteurs de mobilisation

246. Après avoir indiqué, au travers de l'article L.311-4 du CASF, que le contrat est un instrument juridique important pour encadrer les relations entre un établissement et une personne, il est fait mention d'acte réglementaire complémentaire pour en fixer les contours. « *Le contenu minimal du contrat de séjour ou du document individuel de prise en charge est fixé par voie réglementaire selon les catégories d'établissements, de services et de personnes accueillies* ». Le décret n°2004-1274 du 26 novembre 2004³¹⁴ a été publié pour compléter les dispositions concernant ces relations contractuelles. L'article 2 dispose que les établissements disposent d'un délai de six mois à partir de l'accueil pour établir un contrat avec les personnes accueillies. Le texte précise également les contours du contrat de séjour, du DIPC et du contrat de soutien et d'aide par le travail³¹⁵. L'article L.312-1 du CASF dresse une liste des établissements appelés à proposer la signature d'un contrat ou d'un DIPC

³¹³ CAA Nancy, 4ème chambre - formation à 3, 30/05/2011, 10NC01016, Inédit au recueil Lebon. Consulté le 14 février 2022.

³¹⁴ Décret n° 2004-1274 du 26 novembre 2004 relatif au contrat de séjour ou document individuel de prise en charge prévu par l'article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles, 2004-1274 § (2004), JORF n°276 du 27 novembre 2004.

³¹⁵ Décret n° 2006-1752 du 23 décembre 2006 relatif au contrat de soutien et d'aide par le travail et aux ressources des travailleurs des établissements ou services d'aide par le travail, 2006-1752 § (2006), JORF n°302 du 30 novembre 2006.

247. Selon les catégories d'établissement ou la durée de séjour, les directions sont donc amenées à mobiliser des éléments contractuels différents, soit le contrat de séjour si la durée continue ou discontinue est supérieure à deux mois, soit le DIPC. Cette frontière nette entre les deux documents se dilue lorsqu'on aborde la situation d'une personne qui refuse de signer le contrat de séjour, mais souhaite tout de même intégrer l'établissement. La logique juridique et la liberté contractuelle devraient avoir pour conséquence de refuser l'accueil en établissement. Dans les faits, les directions sont souvent confrontées à des hésitations voire à des discussions qui s'éternisent avec les familles ou les personnes elles-mêmes et qui repoussent la signature du contrat. Pour encadrer tout de même ces premières relations qui achoppent sur certains points contractuels, le législateur a envisagé la possibilité de signer un DIPC, « *Lorsque la personne accueillie ou son représentant légal refuse la signature dudit contrat, il est procédé à l'établissement du document individuel de prise en charge mentionné au II du présent article* »³¹⁶.

248. La démarche du législateur est d'obliger les acteurs à s'engager dans une démarche contractuelle en utilisant pleinement les délais proposés pour la signature. L'article D311 du CASF renseigne sur le planning de validation du contrat de séjour. Le contrat ou le DIPC sont remis à la personne accueillie dans les quinze jours suivant son admission, sa signature est prévue dans le mois qui suit l'admission. Dans un délai de six mois maximum, les directions doivent proposer un avenant qui précise les objectifs de l'accompagnement et les prestations adaptée. Cet avenant fera l'objet d'une révision chaque année. Ce temps supplémentaire prévu par le législateur, permet de finaliser un accord entre les parties sur l'ensemble des éléments du contrat. Au travers ces quelques lignes, on mesure l'importance du contrat pour les directions d'établissement qui invite à considérer que tous les documents en lien avec le séjour revêtent le même poids. Il est nécessaire d'indiquer que le projet individualisé d'accompagnement (PIA) ainsi que les annexes financières n'ont pas de caractère contractuel. L'article D311 du CASF rappelle (VIII) que « *Le contrat ou le document individuel comporte une annexe à caractère indicatif et non contractuel relative aux tarifs généraux et aux conditions de facturation de chaque prestation, de l'établissement ou du service. Cette annexe est mise à jour à chaque changement de tarification et au moins une fois par an* ».

³¹⁶ Article 1, Décret n° 2004-1274 du 26 novembre 2004 relatif au contrat de séjour ou document individuel de prise en charge prévu par l'article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles, 2004-1274 § (2004), JORF n°276 du 27 novembre 2004.

2. La capacité de signature du contrat

249. En règle générale, la question de capacité juridique de la personne signataire d'un contrat n'appelle pas de développement particulier. Dans les entreprises, se pose davantage les questions du pouvoir de signature et des délégations qui seront détaillées dans la deuxième partie de notre recherche. Dans le cadre du contrat de séjour, la question de la capacité prend tout son sens dans la mesure où le contrat est signé entre un représentant d'un établissement et une personne bénéficiant souvent d'une protection juridique³¹⁷. La notion de protection juridique est mal appréhendée dans nombre d'établissement. La tutelle, la curatelle, le mandat de protection future, la sauvegarde de justice, la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP), la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) sont autant de mesures et de questions juridiques qui sont mises en débat lors des réunions dans tous les établissements, sans toujours en mesurer l'impact réel. Dans le cadre des mesures de protection des personnes vulnérables, les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité doivent être correctement appréhendés par l'ensemble des acteurs.

250. La question des dispositifs de protection prévus par la loi³¹⁸ doit faire l'objet d'une attention particulière dans les établissements pour plusieurs raisons. En premier lieu, il est nécessaire que l'ensemble des professionnels soit formé fréquemment sur les dispositifs de protection et sur l'incidence de ces textes sur l'accompagnement au quotidien. On n'accompagne pas de la même manière une personne bénéficiant d'une tutelle et celle bénéficiant d'une mesure de curatelle. D'autre part, les directions doivent élargir ces temps de formation aux familles pour lesquelles il est quelques fois délicat de différencier les mesures entre elles. Que peut-on faire dans le cadre d'une tutelle ? Où se situe la frontière entre tutelle et curatelle ? La tutelle peut-elle ne concerner que les biens de la personne vulnérable ? Toutes ces questions doivent trouver des réponses auprès des directions d'établissement, afin de rassurer les familles. Comme indiqué plus haut, il s'agit pour les directions de proposer les bons vecteurs de communication. Enfin, les débats sur les mesures de protection interrogent plus globalement les directions sur le respect des droits des personnes accompagnées. Il faut toujours se saisir de toutes les opportunités pour rappeler le paradigme mis en avant par la Convention

³¹⁷ Il est important de rappeler que les personnes accompagnées en établissement ne bénéficient pas toutes d'une protection juridique.

³¹⁸ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1), 2007-308 § (2007), JORF n°56 du 7 mars 2007.

internationale relative aux droits des personnes handicapées (la « CIDPH »)³¹⁹, la personne handicapée est titulaire de droits et n'est pas seulement un objet de soins.

251. Cette approche de la vulnérabilité n'est certes pas nouvelle, mais a pris une dimension nouvelle ces dernières années. Le 26 mars 2018, le gouvernement français chargeait Madame Caron Déglise, Avocate générale à la Cour de cassation de proposer un rapport sur l'évolution de la protection juridique des personnes³²⁰. La lettre de mission indiquait : « la Cour des comptes et le Défenseur des droits ont relevé que la mise en œuvre des principes de la loi du 5 mars 2007 n'était pas à la hauteur de ses ambitions puisque *« tant la gestion effective des mesures que leur contrôle demeurent défaillants »* et que *« l'effectivité des droits des personnes protégées n'était pas assurée. Les institutions de l'Union Européenne et des Nations-Unies se saisissent également de la question de la protection des majeurs, compte tenu du vieillissement de la population européenne. Elles insistent sur la nécessité de prendre en compte la volonté des majeurs pour la gestion patrimoniale et personnelle des mesures de protection les concernant. Dans le cadre de la priorité du Gouvernement sur les personnes handicapées, c'est également un aspect fondamental de leur inclusion dans la cité »*, et de poursuivre : *« la réflexion devra porter sur l'exercice des droits fondamentaux des majeurs protégés (droit de vote, droit au mariage...), sur les discriminations qu'ils subissent (interdiction du don du sang) et sur le respect de leur volonté en matière personnelle et patrimoniale »*. Dans le prolongement de ce rapport, la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022³²¹ et de réforme pour la justice a fait évoluer l'encadrement juridique de la vulnérabilité sur plusieurs aspects. A titre d'exemple, l'article 11 de cette loi prévoit l'abrogation de l'article L.5 du code électoral qui stipulait *« lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée »*. Les majeurs bénéficiant d'une mesure de tutelle bénéficient désormais pleinement du droit de vote. A noter également que la mise en place d'une mesure de protection n'interviendra qu'à titre subsidiaire, que si le mandat de protection future ou les règles du droit commun de la représentation ne peuvent pas être mises en œuvre.

³¹⁹ HCDH, Convention relative aux droits des personnes handicapées », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/ConventionRightsPersonsWithDisabilities.aspx>, [Consulté le 2 mars 2022].

³²⁰ CARON DEGLISE A., *Rapport de mission interministérielle*, 2018, 112 p.

³²¹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (1), JORF n°0071 du 24 mars 2019.

252. Il est intéressant de rapprocher ce mouvement législatif français avec les remarques remontées par le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU, lors de ses visites en France en 2017 dans le cadre du suivi de la mise en œuvre de la CIDPH. Madame Devandas-Aguilar rapporteuse spéciale de l'ONU, soulignait que la France devait encore faire évoluer sa législation de manière à promouvoir et protéger les droits des personnes handicapées. S'agissant des mesures de protection, la rapporteuse spéciale constate qu' *« en France, un très grand nombre de personnes handicapées se voient retirer ou restreindre leur capacité juridique...il est important de souligner que le cadre juridique français pour la protection des majeurs, réformé par la Loi no 2007-308 du 5 mars 2007, envisage d'autres mesures moins restrictives telles que la sauvegarde de justice, le mandat de protection future, la mesure d'accompagnement social personnalisé, et la mesure d'accompagnement judiciaire. Bien que ces mesures de protection constituent une alternative à la mise sous tutelle ou curatelle, et soutiennent les personnes handicapées dans l'exercice de leur capacité juridique, on m'informe qu'elles sont peu utilisées en raison du manque de formation et de sensibilisation chez les juges, les avocats, les familles et la population en général. J'aimerais rappeler que l'égalité de reconnaissance s'agissant de la capacité juridique des personnes handicapées constitue une obligation fondamentale au titre de l'article 12 de la Convention relative aux Droits des Personnes Handicapées, qui reconnaît d'une part leur statut de détenteurs de droits et d'autre part leur capacité à agir conformément au droit. En réalité, loin d'assurer leur protection, la mise sous tutelle prive les personnes de leurs droits et entraîne un risque d'abus et d'institutionnalisation. J'exhorte la France à revoir sa législation afin d'éliminer tout régime de prise de décision au nom d'autrui. A la place, toutes les personnes handicapées doivent pouvoir bénéficier d'une prise de décision accompagnée, quel que soit le degré d'accompagnement nécessaire, afin qu'elles puissent décider par elles-mêmes, en toute connaissance de cause »*³²².

253. Se poser la question de la capacité juridique d'une personne au travers de la signature d'un contrat de séjour, revient à s'interroger plus largement sur le droit applicable en la matière et sur le positionnement de l'établissement. Le Code civil encadre les règles applicables au contrat. L'article 1101 du Code civil définit le contrat comme étant *« un accord de volontés*

³²² Observations préliminaires de la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées, Mme Catalina Devandas-Aguilar au cours de sa visite en France, du 3 au 13 octobre 2017, Nations Unies.

entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »³²³. Les conditions de validité du contrat sont énumérées à l'article 1128 du Code civil qui dispose que « *sont nécessaires à la validité d'un contrat, le consentement des parties, leur capacité de contracter, un contenu licite et certain* ». Le Code civil indique que « *toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi* » (Article 1145 Code civil), et mentionne que « *Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi* » (Article 1146 Code civil). Les mesures de protection juridiques peuvent bénéficier à « *toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté...* » (Article 425 Code civil). Il est important de rappeler que la protection peut concerner aussi bien les personnes que ses biens ou être limitée à l'une de ces deux missions. Les directions doivent absolument maîtriser ces règles juridiques, afin de respecter pleinement les droits des personnes accueillies en établissement.

3. Les informations précontractuelles

254. Un des souhaits du législateur de 2002 était de proposer un dispositif permettant une protection accrue de la personne accueillie en établissement. Le contrat de séjour ou le DIPC s'inscrivent dans cette perspective de protection dès l'accueil dans un établissement ou service. Pour s'assurer que les termes contractuels sont correctement appréhendés, il est prévu un délai d'un mois à compter de l'entrée dans l'établissement avant la signature. Par la suite, un délai supplémentaire de six mois est envisagé avant de finaliser les objectifs de l'accompagnement. Poursuivant la même démarche de sécurité et de protection, les directions doivent garantir une bonne information précontractuelle, conformément à la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation³²⁴. Cette loi transpose une directive européenne de 2011³²⁵ relative

³²³ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (s. d.).

³²⁴ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (1), 2014-344 § (2014), JORF n°0065 du 18 mars 2014.

³²⁵ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, 304 OJ L § (2011),

[En ligne], Disponible à l'adresse : <http://data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj/fra>, [Consulté le 07 mars 2022].

au droit des consommateurs, dont l'objectif « est de contribuer, en atteignant un niveau élevé de protection du consommateur, au bon fonctionnement du marché intérieur en rapprochant certains aspects des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux contrats conclus entre les consommateurs et les professionnels » (Article 1^{er}). Suivant la logique du droit communautaire, le contrat de séjour peut être assimilé à un contrat de service³²⁶ signé entre un consommateur³²⁷ et un professionnel³²⁸. L'application de cette directive dans le cadre des établissements peut être interrogée si l'on se réfère à l'article 3 qui indique que « la présente directive ne s'applique pas aux contrats portant sur les services sociaux, y compris le logement social, l'aide à l'enfance et l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin, y compris les soins de longue durée ». Malgré tout, les démarches ayant pour objet de faciliter et de développer la participation des personnes doivent être recherchées par les directions d'établissement. L'article D311 du CASF (III) rappelle que « la participation de la personne admise et si nécessaire, de sa famille ou de son représentant légal est obligatoirement requise pour l'établissement du contrat ou document, à peine de nullité de celui-ci ».

4. Interdictions des clauses abusives

255. Poursuivant le même souci de protection, le législateur a inscrit dans le code de la consommation³²⁹ l'interdiction de certaines clauses dans les contrats de séjour. Ces clauses sont dites « abusives » et sont qualifiées de « noires » ou de « grises » selon l'impact sur le contrat. L'article L.212-1 du code de la consommation indique qu'une clause est abusive, dès lors qu'elle a « pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre

³²⁶ Op. cit. , article 2, alinéa 6 : « «contrat de service», tout contrat autre qu'un contrat de vente en vertu duquel le professionnel fournit ou s'engage à fournir un service au consommateur et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de celui-ci ».

³²⁷ Op. cit. , article 2, alinéa 1 : « «consommateur», toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

³²⁸ Op. cit. , article 2, alinéa 2 : « «professionnel», toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive ».

³²⁹ Article L212-1 - code de la consommation – Modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, article n°2 – Légifrance, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032890812/, [Consulté le 07 mars 2022].

significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». La partie réglementaire du code de la consommation, au travers de l'article R 212-1, dresse la liste des clauses interdites dans le contrat de séjour. Les clauses « noires » sont au nombre de douze et sont réputées non écrites. A titre d'exemple, il est interdit de « *réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre* » (alinéa 3) ou de « *contraindre le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service* » (alinéa 5).

256. Afin d'éclairer les débats autour de ces dispositions contractuelles, la commission des clauses abusives a publié des recommandations³³⁰ concernant les établissements pour personnes âgées. Bien que n'ayant pas de valeur contraignante, ces recommandations sont parfois convoquées par les tribunaux. La commission recommande « *que toute modification ultérieure du contrat fasse l'objet d'un avenant à celui-ci signé par le consommateur* », qu'il soit interdit « *de reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat pendant une « période d'essai » suivant sa signature sans que cette même faculté soit explicitement reconnue au consommateur, ou de donner à cette période une durée indéterminée ou excessive* » ou encore qu'il soit interdit « *de permettre au professionnel de prendre connaissance du courrier des consommateurs* ». La liste est assez complète des recommandations émises par la commission qui peuvent servir de guide aux professionnels pour apporter une réponse aux problèmes posés dans les établissements.

5. Rétractation, révision et résiliation du contrat

257. Le contrat peut évoluer après sa signature, les parties signataires peuvent se rétracter, réviser le contrat de séjour ou le résilier. L'alinéa 2 de l'article L.311-4-1 du CASF prévoit la possibilité de se rétracter. Conformément à la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, dite loi ASV ou loi Vieillesse, la personne accompagnée ou son représentant légal, peut demander la rupture de son contrat de séjour. Dans les faits, ce droit de rétractation fait souvent l'objet d'un écrit adressé à la direction de

³³⁰ Recommandation n°85-03 concernant les contrats proposés par les établissements hébergeant des personnes âgées, BOCC du 04/11/1985, Recommandation n° 08-02 concernant les contrats proposés par certains établissements hébergeant des personnes âgées et non habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale, BOCCRF du 23/04/2008.

l'établissement d'accueil en lettre recommandée avec accusé de réception, dans les 15 jours qui suivent la signature du contrat ou l'admission si celle-ci est postérieure. Dans ce cas, aucun délai de préavis ne sera opposé à la personne accueillie ou à son représentant légal.

258. Au cours du contrat, les parties peuvent convenir de modification des termes initiaux après un accord commun. Conformément à l'article n° 1 alinéa 7 du Décret n° 2004-1274 du 26 novembre 2004, les changements des termes initiaux du contrat font l'objet d'avenants ou de modifications conclus et élaborés dans les mêmes conditions que celles qui ont présidé au contrat initial.

259. La résiliation du contrat de séjour pourra intervenir à l'initiative de l'établissement ou à celle de la personne accueillie ou de son représentant légal. Toute demande de résiliation à l'initiative de l'établissement pourra donner lieu préalablement à un entretien avec le directeur de l'établissement. La date, l'heure et le lieu de l'entretien seront notifiés par écrit à l'intéressé et/ou son représentant légal. A la suite de cet entretien, si aucun accord n'a été trouvé entre les parties, l'établissement devra respecter un délai d'un mois pour notifier la résiliation du contrat, par lettre recommandée avec avis de réception, auprès de la personne accueillie, du représentant légal ainsi que des autorités administratives départementales. Pour toute demande de résiliation à l'initiative du résident ou de son représentant légal, il sera proposé à ces derniers, à l'initiative de l'établissement, un entretien avec le directeur de l'établissement. La date, l'heure et le lieu de l'entretien seront notifiés par écrit à l'intéressé et/ou son représentant légal. A la suite de cet entretien, si aucun accord n'a été trouvé entre les parties, la personne accueillie ou le représentant légal devra respecter un délai d'un mois pour notifier la résiliation du contrat, par lettre recommandée avec avis de réception, auprès de l'établissement.

260. Il est important de rappeler qu'un contrat de séjour ne peut se traduire par un départ de l'établissement, qu'à la condition qu'une autre solution d'accueil soit possible. L'obligation de maintien du séjour même si elle se justifie au regard du parcours de la personne, peut tout de même générer des situations délicates pour les directions. Des situations de violence peuvent amener à interroger la poursuite du contrat. Les solutions imaginées par la direction doivent correspondre aux attentes de la personne et aux souhaits des professionnels. Les délais de mise en place correspondent rarement aux attentes des parties et aux exigences de sécurité. Les directions sont alors confrontées à des exigences contradictoires qui demandent une mobilisation de tous les acteurs, afin de pouvoir construire une réponse idoine.

169. Vingt ans après la promulgation de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002, on peut se questionner sur l'impact de ce texte dans les établissements accueillant des personnes handicapées. L'existence de cette loi est-elle une garantie d'effectivité des droits ? Il paraît nécessaire de « faire un pas de côté » et de s'interroger sur la manière dont les établissements le font vivre. Elle est souvent présentée, dans les établissements, comme la loi qui sanctuarise le droit des personnes accompagnées. L'examen de l'architecture du texte exprime une intention un peu différente. En effet, l'action médico-sociale est abordée autour de deux chapitres de volume différent. Les principes fondamentaux et les droits figurent au travers des treize premiers articles (articles 1 à 13), le second chapitre aborde la question de l'organisation de l'action sociale et médico-sociale (articles 14 à 87). Lorsque quatre-vingt-cinq pour cent de la loi porte sur l'organisation, on peut légitimement se questionner sur la place des droits des personnes dans le travail du législateur. L'exposé des motifs de la loi rénovant l'action sociale et médico-sociale, présenté par Martine Aubry le 26 juillet 2000 devant l'assemblée nationale³³¹ exprime clairement ce qui est recherché au travers quatre objectifs : « *l'affirmation du droit des bénéficiaires ; l'élargissement des missions et des interventions des établissements et services sociaux et médico-sociaux ; l'amélioration des procédures techniques de pilotage ; la coordination des décideurs et des acteurs* »³³². Vingt ans après, nous pouvons nous arrêter « *un instant pour dresser un bilan* »³³³.

170. Les outils de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002 peuvent être appréhendés de plusieurs façons selon la manière dont on considère l'effectivité des droits des personnes handicapées. Dans une visée strictement impérative des droits, les outils sont lus « verticalement », considérant qu'ils ont tous le même impact dans les établissements et que leur seule existence suffit à justifier leur effectivité. Cette approche est celle des pouvoirs publics qui évaluent les établissements à l'aune du respect des dispositions législatives. Selon cette visée strictement impérative, on n'interroge pas la manière dont les droits ont pénétré les établissements. Si l'on accepte de faire un pas de côté, on peut lire les outils de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002 à l'aune

³³¹ N° 2559 - Projet de loi rénovant l'action sociale et médico-sociale, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.assemblee-nationale.fr/11/projets/pl2559.asp?msclid=68d42691a6bc11eca4baa4a073296920>, [Consulté le 18 mars 2022].

³³² JANVIER R., *Contrôle, planification, évaluation, une exégèse de la loi 2002-2*, - Travail social - Ouvrages, articles et écrits divers, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.rolandjanvier.org/articles/qualite-evaluation/625-controle-planification-evaluation-une-exegese-de-la-loi-2002-2-28-11-2013/>, [Consulté le 28 novembre 2022].

³³³ CARBONNIER J., *Op.cit.*, 1996, page 30.

de leur cinétique propre. D'après cette grille de lecture, les outils peuvent être considérés statiques s'ils sont peu mobilisés ou dynamique s'ils autorisent une mobilisation différente selon les établissements.

171. L'environnement des établissements belges n'a pas suivi immédiatement la même trajectoire que celle des établissements français. L'organisation fédérale du pays depuis la fin du 20^{ème} siècle a permis aux autorités décentralisées d'adopter des règles de fonctionnement au plus près des territoires. Cette proximité de création des règles participe de leur appropriation par les acteurs sociaux.

Section 2 : L'effectivité à l'aune des normes belges

172. La France et la Belgique sont des pays géographiquement et historiquement proches. Cette proximité se constate également lorsqu'on examine le champ du handicap et le fait que le territoire belge accueille dans ses établissements médico-sociaux quelques milliers de français handicapés. Les raisons de ces départs en Belgique³³⁴ sont multiples. Certaines familles peuvent choisir la Wallonie en raison de l'expérience acquise par les établissements dans l'accompagnement de certaines pathologies. D'autres familles ont choisi de quitter le territoire français après avoir fait le constat du manque de places dans les établissements français. C'est ainsi que nombre de départements se résignent à accepter le financement de ces accueils à l'étranger.

173. On rencontre également cette proximité dans l'approche des règles de droit civil, le Code napoléonien ayant été choisi des deux côtés de la frontière depuis le 19^{ème} siècle. Peut-on, pour autant, dupliquer simplement les normes applicables aux établissements médico-sociaux de part et d'autre de la frontière, afin de mettre en relief les points communs et les différences ? L'évidence nous oblige d'emblée à nous arrêter sur l'importance que revêt l'organisation administrative dans les deux pays pour comprendre l'impact des différences d'environnement juridique et les processus de création du droit. En France que l'on travaille, à Brest ou à Metz, à Lille ou à Nice, les règles à respecter pour garantir les droits des personnes handicapées en établissement sont identiques. La décentralisation des années quatre-vingt n'a eu aucun impact sur la production des normes qui demeurent l'apanage du législateur national et donc, du Parlement. Dans les faits, les Conseils départementaux financent des établissements mais ne produisent pas de textes. Les Agences régionales de santé, en plus du financement de certains établissements, transmettent au niveau local les différentes réglementations applicables aux établissements sans les produire directement.

174. En Belgique, on ne retrouve pas une organisation administrative similaire. L'organisation fédérale du pays induit une spécificité d'importance qu'il faut intégrer pour appréhender correctement l'effectivité des droits et comprendre le fonctionnement des établissements. Si l'on travaille à Ostende ou à Bastogne, à Anvers ou à Mons, on est soumis à

³³⁴ Dans le cadre de notre recherche, le choix a été fait de s'intéresser particulièrement à la région wallonne au regard du nombre de français accueillis dans les établissements médico-sociaux wallons

des réglementations différentes parce que l'on se situe à différents points du pays. A Ostende³³⁵, on travaille dans la région flamande, alors qu'à Bastogne, on se trouve en région wallonne³³⁶. En se dirigeant vers Anvers, on se rapproche de la région flamande³³⁷ alors qu'en direction de Mons, on entre en Wallonie³³⁸. Cette organisation administrative pourrait s'apparenter à celle de la France, avec la division du territoire en départements et régions. En Belgique par contre, il est impossible de considérer que la règle de droit est identique quelle que soit la région considérée. Dans les faits, la situation fédérale belge reconnaît un pouvoir spécifique des Communautés et des Régions pour régler le droit applicable dans certaines matières. Cette organisation particulière a un impact sur la manière dont les droits pénètrent la sphère sociale et deviennent effectifs. Cette organisation administrative belge ne s'est pas imposée facilement, plusieurs réformes ont été nécessaires pour formater le pays.

175. Après avoir exposé les différentes réformes qui ont façonnées l'État (I), nous analyserons l'organisation des établissements wallons (II) avant de s'attacher aux droits garantis aux personnes handicapées, dans les établissements qui sont financés par des États étrangers (III).

I. Les multiples réformes de fédéralisation de l'État belge

176. Il est habituel de faire débiter l'histoire récente de la Belgique le 7 février 1831 à la suite des mouvements révolutionnaires qui donnent naissance à la première Constitution belge. Dès le démarrage, les historiens notent le lien existant entre la situation politique en France et en Belgique. Les bouleversements en France³³⁹ ont traversé la frontière en créant des troubles à Bruxelles, avec comme point de départ une œuvre théâtrale³⁴⁰. Après les « journées de

³³⁵ La ville d'Ostende se situe à l'ouest de la Belgique, en région flamande, dans la Communauté flamande et dans la Province de la Flandre-Occidentale.

³³⁶ La ville de Bastogne se situe à l'est de la Belgique, en région wallonne, dans la Communauté française et dans la Province du Luxembourg.

³³⁷ La ville d'Anvers se situe au nord de la Belgique, en région flamande, dans la Communauté flamande et dans la Province d'Anvers.

³³⁸ La ville de Mons se situe au sud de la Belgique, en région wallonne, dans la Communauté française et dans la Province de Hainaut.

³³⁹ En juillet 1830, un mouvement révolutionnaire en France oblige Charles X à s'exiler. Louis-Philippe 1^{er} montra par la suite sur le trône de France.

³⁴⁰ L'opéra de la Monnaie à Bruxelles a programmé une œuvre signée Auber, intitulée « *La Muette de Portici* ». La pièce raconte un épisode de révolte des Napolitains contre les Espagnols au 17^{ème} siècle. Il s'agissait de mettre en avant le pouvoir de lutte du peuple contre un oppresseur.

septembre³⁴¹ », le Gouvernement provisoire annonce la rédaction d'une première Constitution et proclame l'indépendance de la Belgique. Rapidement, des interrogations se font jour quant à la capacité de la Belgique à rassembler des personnes parlant des langues différentes. On rappelle le mot prêté à Talleyrand en 1832 à propos de la Belgique, « *Les Belges ? Ils ne dureront pas. Ce n'est pas une nation, deux cents protocoles n'en feront jamais une nation. Cette Belgique ne sera jamais un pays, cela ne peut tenir* »³⁴².

177. Pourtant, les différentes tensions de la société belge n'ont pas eu d'impact constitutionnel. Dans les faits, le texte de 1831 et ses 139 articles n'ont connu que deux modifications liées au suffrage universel³⁴³ jusqu'en 1970, malgré la faiblesse d'un sentiment d'appartenance nationale. Malgré tout, assez rapidement, apparaissent des oppositions linguistiques entre les communautés flamandes et françaises. Parmi les exemples qui illustrent ces oppositions, on peut citer le conflit né de l'expulsion des professeurs et des étudiants francophones de l'Université Catholique de Louvain qui devient, exclusivement flamande, en 1968. A noter le fait que l'université avait été fondée en français en 1834. A partir des années 70, plusieurs réformes constitutionnelles vont être travaillées afin de stabiliser les antagonismes linguistiques. D'une vision unitaire, la Belgique va embrasser une dynamique fédéraliste.

178. Pour saisir l'environnement belge, il semble nécessaire d'examiner les différentes réformes constitutionnelles (A) qui mettent en exergue les revendications linguistiques (B) et l'autonomie culturelle et économique (C). Malgré tous ces changements, on constate que le Royaume de Belgique est toujours à la recherche de l'organisation idoine (D).

A. 50 ans de réformes constitutionnelles

179. Le titre premier de la constitution belge actuelle expose les bases de l'organisation du pays. « *La Belgique est un État fédéral qui se compose des communautés et des régions* »

³⁴¹ Les journées de septembre retracent les affrontements qui ont eu lieu à Bruxelles entre les habitants qui se révoltaient et les troupes hollandaises du Prince Frédéric d'Orange.

³⁴² C M de TALLEYRAND, *Mémoires, ou Opinion sur les affaires de mon temps (1754-1838)*, Edition et présentation Bruno Ciotti, Texte intégral, 338 pages.

³⁴³ La première modification constitutionnelle a eu lieu en 1893 et avait pour but de remplacer le suffrage censitaire par le suffrage universel masculin. La deuxième réforme constitutionnelle s'est produite en 1920 et avait pour objectif de reconnaître le suffrage universel pur et simple.

souligne l'article premier. Trois communautés sont reconnues au travers le pays³⁴⁴, trois régions administratives³⁴⁵, quatre régions linguistiques³⁴⁶ ainsi que des subdivisions en Province³⁴⁷. Ce découpage constitutionnel est le résultat de plusieurs réformes, dont l'objectif principal est de faire cohabiter différentes communautés autour d'un État fédéral. C'est une caractéristique de la Belgique que de mettre tout en œuvre pour considérer le point de vue de toutes les parties prenantes, afin de proposer une solution médiane.

180. L'histoire constitutionnelle de la Belgique permet de mieux comprendre la manière dont l'environnement juridique se crée. Les textes encadrant l'accueil des personnes handicapées en établissement ne proviennent pas de l'État central belge mais d'une région. Au niveau local, le droit va être travaillé de manière à pouvoir répondre à une organisation régionale. La considération de l'altérité, omniprésente dans la société belge, se retrouve dans la construction constitutionnelle à partir des années 70. Cette vision constitutionnelle a certainement facilité l'adoption de la convention franco-wallonne relative à l'accueil des personnes handicapées³⁴⁸.

³⁴⁴ La Constitution Belge du 17 février 1994, Sénat 2022, Article deux : « *La Belgique comprend trois communautés: la Communauté française, la Communauté flamande et la Communauté germanophone* ». Cet article avalise le découpage du territoire belge en trois communautés d'inégal périmètre. Au Nord, se situe la Communauté flamande, au Sud, la Communauté française et à l'Est, la Communauté germanophone.

³⁴⁵ *Ibid.*, Article trois : « *La Belgique comprend trois régions: la Région wallonne, la Région flamande et la Région bruxelloise* ». Le découpage des Régions est analogue à celui des communautés au Nord et au Sud du pays. Côté face, une Communauté flamande au Nord appelle une Région flamande côté pile. Au Sud, la Communauté française est liée à la Région wallonne. La Région bruxelloise n'a pas d'équivalent au niveau des Communautés, et se situe géographiquement sur le territoire de la Communauté flamande.

³⁴⁶ *Ibid.*, Article quatre : « *La Belgique comprend quatre régions linguistiques: la région de langue française, la région de langue néerlandaise, la région bilingue de Bruxelles-Capitale et la région de langue allemande...* ».

³⁴⁷ *Ibid.*, Article cinq : « *La Région wallonne comprend les provinces suivantes: le Brabant wallon, le Hainaut, Liège, le Luxembourg et Namur. La Région flamande comprend les provinces suivantes: Anvers, le Brabant flamand, la Flandre occidentale, la Flandre orientale et le Limbourg* ».

³⁴⁸ Revue Pouvoirs, 2011/1(n°136), p. 137 à 149, Éditions Le Seuil, *Bruxelles, capitale de l'altérité*, Marc Uyttendaele. Au travers de cet article, on mesure l'impact de la prise en compte de l'altérité dans la société belge, et plus particulièrement à Bruxelles. Il est rappelé que Bruxelles était historiquement une ville flamande, mais que la prégnance de l'administration dans la ville avait permis le développement de la langue française. « *En devenant capitale du Royaume, Bruxelles affirme son altérité... Jules Destrée, par exemple, dans sa célèbre Lettre au roi, publiée en 1912, a manifesté clairement ses doutes quant à l'existence d'une nation belge et sa méfiance à l'égard des Bruxellois... Dans la foulée de la Lettre au roi, l'assemblée wallonne du 20 octobre 1912 vote une motion aux termes de laquelle elle déclare sa ferme volonté de maintenir la nationalité belge. Persuadée que l'unité belge, basée sur la domination d'une race sur l'autre serait impossible à conserver et à défendre, elle affirme que la Belgique ne peut poursuivre ses destinées que par l'union des deux peuples qui la composent, union basée sur une indépendance réciproque et faite d'une entente loyale et cordiale* » (p.138).

La recherche d'un accord est souvent préalable à la rédaction d'un texte, et non l'inverse. Cette organisation favorise l'effectivité des droits des personnes handicapées au sens de pénétration des droits dans la sphère sociale.

B. Des revendications linguistiques comme point de départ de la réforme de 1970

181. La première réforme constitutionnelle en Belgique date de 1970³⁴⁹. C'est à partir de cette date que l'on voit apparaître le thème de la fédéralisation du pays qui se traduit, par un transfert de pouvoirs du niveau central, à des entités infra-étatiques. Qu'entend-t-on par le terme « d'entités infra-étatiques » ? Pour essayer de freiner les revendications linguistiques des flamands et des français, la réforme constitutionnelle instaure un découpage du pays en plusieurs Communautés. En 1971, seront créées les Communautés culturelles françaises et néerlandaises. La Communauté culturelle allemande verra le jour trois années plus tard, en 1974. A côté de cette dimension communautaire, la réforme prévoit également la création d'un niveau régional. Malgré l'inscription dans la Constitution, les Régions ne seront effectivement installées qu'en 1980 pour les Régions flamande et wallonne et 1989 pour la Région Bruxelles-Capitale.

182. Face à ce système décentralisé, les auteurs ont évoqué un système constitutionnel à plusieurs étages³⁵⁰. Contrairement à la configuration française, la réforme de 1970 en Belgique ne s'est pas appuyée sur un découpage territorial clair, mais sur une conjugaison des divisions culturelles et territoriales du pays. On peut dès lors s'attacher particulièrement aux caractéristiques communes, aux processus de révision qui renseignent quant à l'état d'esprit qui anime les acteurs de la société. Il est d'usage que chaque révision constitutionnelle débute toujours par la construction d'un accord politique qui porte le nom d'un saint³⁵¹, et se concrétise ensuite juridiquement. Le texte n'est que la transposition de l'accord obtenu entre les partis qui est préalable à la production du droit.

³⁴⁹ La première révision de la Constitution belge date du 24 décembre 1970 a ouvert le processus de fédéralisation du pays. (Publication du texte au Moniteur belge le 31 décembre 1970).

³⁵⁰ XHARDEZ C. et al. (dir.), *50 ans de fédéralisation de l'État belge: institutions, acteurs, politiques publiques et particularités du fédéralisme belge*, Louvain-la-Neuve, Academia, Science politique n° 25, p.5, 2020, 269 pages.

³⁵¹ A titre d'exemples, on peut citer l'accord de la « Saint-Michel » du 29 septembre 1992, ou l'accord de la « Saint-Quentin » du 27 janvier 1993.

183. Il est également intéressant de constater l'existence de « lois spéciales » d'une valeur infra-constitutionnelle dans le système juridique belge qui interviennent dans le processus de modification de la Constitution. Des domaines spécifiques autorisent l'intervention de lois spéciales, ils sont rappelés au travers des articles 4³⁵², 5³⁵³, 35³⁵⁴ et 142³⁵⁵ de la Constitution. Les lois spéciales sont le fruit d'un travail législatif au niveau fédéral, exercé collectivement par le Roi, la Chambre des représentants et le Sénat. Elles entrent normalement en vigueur dans les dix jours de la publication au Moniteur belge, sauf si un délai plus long est prévu par le législateur afin que l'ensemble des acteurs appréhendent correctement la portée du nouveau texte. Une fois de plus, on constate que la préoccupation principale du législateur n'est pas simplement de produire des textes mais surtout qu'ils soient compris, acceptés et appliqués par tous car ils refléteront l'accord préalable.

184. Enfin, on observe une double tendance visant à la fois, à fluidifier les révisions de la Constitution³⁵⁶ par la mobilisation du mécanisme des lois spéciales³⁵⁷ et également à introduire des majorités qualifiées pour éviter des déséquilibres entre Communautés. On retrouve la volonté de ne pas « *porter gravement atteinte aux relations entre les communautés* », au travers de l'article 54 de la Constitution. Cet article crée un mécanisme de « sonnette d'alarme » qui

³⁵² L'article 4 alinéa 3 aborde la question des Régions linguistiques, et indique que les modifications relatives à la répartition prévue initialement ne peuvent intervenir qu'en respectant certaines conditions de majorité afin de respecter des équilibres. En l'occurrence, l'alinéa 3 dispose : « *Les limites des quatre régions linguistiques ne peuvent être changées ou rectifiées que par une loi adoptée à la majorité des suffrages dans chaque groupe linguistique de chacune des Chambres, à la condition que la majorité des membres de chaque groupe se trouve réunie et pour autant que le total des votes positifs émis dans les deux groupes linguistiques atteigne les deux tiers des suffrages exprimés* ».

³⁵³ L'article 5 procède de la même logique en exigeant un système de majorité qualifié pour les propositions visant à modifier l'architecture des Provinces du Royaume. L'alinéa 2 dispose : « *une loi peut soustraire certains territoires dont elle fixe les limites, à la division en provinces, les faire relever directement du pouvoir exécutif fédéral et les soumettre à un statut propre. Cette loi doit être adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa* ».

³⁵⁴ L'article 35 rappelle les limites de compétence de l'autorité fédérale et celles des Communautés et des Régions. L'article indique que la majorité à respecter sera celle prévue par l'article 4, dernier alinéa.

³⁵⁵ L'article 142 aborde la question des domaines de compétences de la Cour constitutionnelle belge et rappelle dans son dernier alinéa que : « *Les lois visées à l'alinéa 1er, à l'alinéa 2, 3°, et aux alinéas 3 à 5, sont adoptées à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa* ».

³⁵⁶ On évoque même un phénomène de « déconstitutionnalisation » des réformes de l'Etat par le recours aux lois spéciales. Contrairement à ces dernières, l'article 195 entraîne des changements politiques qui accompagnent ces modifications constitutionnelles dans la mesure où « *les deux Chambres sont dissoutes de plein droit* » (alinéa 2).

³⁵⁷ Le mécanisme des lois spéciales est préféré à la procédure normale de révision prévue à l'article 195 de la Constitution fédérale

permet de bloquer une réforme qui lèse une communauté linguistique, en respectant une majorité des « *trois quarts au moins des membres d'un des groupes linguistiques* » (Alinéa 1^{er}).

C. Une deuxième réforme et une volonté d'autonomie culturelle et économique en 1980

185. Dix ans après la première réforme de l'État, les principaux partis belges ont conclu un accord³⁵⁸ visant à modifier les Communautés, à installer les institutions régionales et à créer la Cour d'arbitrage belge, devenue la Cour constitutionnelle en 2007. Les Communautés culturelles sont installées, prennent leur dénomination définitive et acquièrent de nouvelles compétences dans des matières personnalisables³⁵⁹. Parmi celles-ci, on notera une compétence communautaire quant à la politique applicable aux personnes handicapées. Les Régions, quant à elles, sont reconnues comme les chefs de file des politiques économiques et celles relatives à l'énergie, à l'environnement, à l'aménagement du territoire et à l'emploi. La Région flamande a transféré l'ensemble de ses nouvelles compétences à la Communauté flamande qui, à la suite de cette deuxième réforme, cumule l'ensemble des pouvoirs décentralisés. On peut également noter que la Région wallonne n'a pas effectué un transfert similaire de ses compétences vers la Communauté française. Le cadre de notre travail de recherche trouve donc sa source première dans cette réforme de l'État qui accorde à la Région wallonne, la compétence de la politique du handicap dans la limite de son périmètre. Enfin, la création de la Cour d'arbitrage participe de la logique du respect de la répartition des compétences entre l'État fédéral et les entités fédérées.

D. Depuis 1980, la recherche permanente de la bonne formule pour la Belgique

186. La littérature est riche des différentes réformes de l'État³⁶⁰ depuis quarante ans. Dans le cadre de notre recherche, toutes n'ont pas eu le même impact. La mise en mouvement effective des Régions, par le truchement de la deuxième réforme, constitue le point de départ d'une tendance décentralisatrice qui touchera, par la suite, la politique en matière de handicap en Wallonie. Pour autant, cela n'a pas mis fin aux volontés diverses de fédéralisation du système

³⁵⁸ Les principaux partis ont conclu un accord nommé Pacte d'Egmond en mai 1977.

³⁵⁹ Les matières personnalisables, on relève les matières suivantes : Aide sociale, accueil et intégration des immigrés, protection de la jeunesse, politique familiale.

³⁶⁰ La fédéralisation de la Belgique a été analysé suivant une perspective juridique, Delpérée et Depré 2000, Lejeune 2017, Sottiaux 2016, Behrendt et Vrancken 2019, Velaers 2019.

belge. La deuxième réforme a ouvert la voie à une troisième en 1988, une quatrième en 1993, jusqu'à une sixième en 2011. Les antagonismes politiques ont parfois représenté un frein au mouvement décentralisateur³⁶¹ et retardé certaines réformes. Pour autant, tous ces freins ont aussi constitué une motivation pour entamer un nouveau processus³⁶² en mobilisant le véhicule de la loi spéciale, pour réformer le périmètre des compétences fédérales.

187. A partir de l'ensemble de ces mouvements, il est possible de caractériser l'État fédéral belge (1). On peut synthétiser le fédéralisme autour de ses caractéristiques centrifuges (2) et asymétriques (3). En conclusion, on peut considérer que le fédéralisme belge est le résultat d'un processus consociationaliste (4).

1. Les caractéristiques de l'État fédéral belge

188. Depuis cinquante ans, l'histoire constitutionnelle belge s'illustre par sa richesse. Les réformes se multiplient rapidement, afin de conjuguer les volontés culturelles du nord et du sud du pays et l'équilibre entre les différents niveaux d'administrations décentralisés. Soucieux de vouloir préserver une certaine forme d'unité du pays, les forces politiques vont proposer un système fédéraliste centrifuge et asymétrique. Dans le cadre de nos travaux, on doit prendre en considération l'impact de cette organisation administrative sur l'effectivité des droits des personnes handicapées. Peut-on établir un lien entre l'effectivité des droits et le fait qu'ils émanent d'entités proches ? Un point commun apparaît d'emblée lorsqu'on examine la question. Les différentes réformes constitutionnelles ont toutes un point commun, qui est le fait de vouloir que la production de droit soit proche de chaque territoire, de chaque communauté culturelle. Contrairement au système jacobin français qui produit des textes depuis l'État central par le truchement de textes législatifs ou réglementaires, la Belgique accompagne une production de texte en proximité des populations. Répondant plus exactement aux besoins connus sur un territoire, les textes de droit pénètrent plus facilement les communautés, d'autant

³⁶¹ A titre d'exemple, on peut citer la troisième phase de la troisième réforme de l'Etat qui a été bloquée par des affrontements politiques entre communauté. Les transferts de compétence en matière de relations internationales prévus par cette réforme, n'ont pu être mis en place.

³⁶² Par le terme de « nouveau processus », il faut imaginer d'ores et déjà un travail sur une future complémentaire à la réforme de l'Etat qui sera alors la septième. La multiplication des réformes peut ressembler à un empilement de textes. J. Goosens et P. Cannoet, *Fédéralisme belge après la sixième réforme de l'Etat*, alerte sur les difficultés du modèle belge en indiquant : « *Etant donné que le modèle de l'Etat belge a atteint ses limites en ce qui concerne la complexité et la créativité, les politiciens et les universitaires devraient commencer à réfléchir à la septième réforme de l'Etat dans le but d'accroître la transparence du labyrinthe institutionnel actuel* ».

plus que le droit décentralisé a la même valeur juridique que la loi fédérale³⁶³. Ce faisant, le droit ne s'enferme « *pas dans l'univers abstrait des règles* », mais s'inscrit « *dans les pratiques sociales* »³⁶⁴. Un lien peut donc être établi entre l'effectivité du droit entendu au sens de pénétration de la règle dans la société et l'organisation administrative du pays. La règle de droit est plus facilement acceptée lorsqu'elle émane d'une administration proche des citoyens et des territoires sur lesquels elle devra s'appliquer. Il s'agit ici d'une différence fondamentale entre la Wallonie et la France, d'un côté un État fédéral avec une production de règles à un niveau infra-étatique et de l'autre un État centralisé qui produit des textes dans la capitale avant de les faire accompagner vers les départements ou les régions. Cette distance quant à la production de règles peut expliquer qu'elles soient parfois incomprises ou contestées et souvent ineffectives.

2. Un fédéralisme centrifuge

189. « *La Belgique est un État fédéral centrifuge*³⁶⁵ ». Définir la Belgique sous cet angle, revient à mettre en avant l'importance de l'organisation administrative sous l'angle de la recherche d'une relative autonomie, par rapport à l'État fédéral. Contrairement à la plupart des États fédéraux³⁶⁶, l'État belge n'est pas le fruit d'une volonté de mettre en commun des compétences des entités fédérées. Au contraire, les différentes réformes de l'État se construisent à partir de revendications d'autonomie des territoires. Elles se traduisent par un mouvement de transfert des pouvoirs de l'État fédéral vers les entités fédérées.

190. Dans le cadre de notre recherche, il est donc parfaitement incongru d'évoquer le droit des personnes handicapées en « *Belgique* », comme si l'État fédéral n'abritait qu'une réglementation unique sur l'ensemble du territoire. La réglementation inhérente aux personnes

³⁶³ Les réformes de l'Etat reconnaissent aux décrets régionaux la même valeur juridique que celle accordée à la loi fédérale. Cette possibilité est ouverte aux régions wallonne et flamande. La région Bruxelles-Capitale ne s'est pas vue reconnaître cette capacité. La Région de Bruxelles-Capitale exerce ses compétences par voie d'ordonnances (article 4, alinéa 1er, in fine, de la LSBxl) qui peuvent être suspendues par arrêté royal.

³⁶⁴ JEAMMAUD A., *Op. cit.*, p. 36.

³⁶⁵ BEHRENDT C., VANDENBOSCH S., *Le réaménagement de la répartition des compétences dans le fédéralisme asymétrique belge*, Civitas Europa, IRENEE / Université de Lorraine, 2017, vol. 38, n° 1, p. 241-254, DOI:10.3917/civit.038.0241.

³⁶⁶ *Ibid.*, Les auteurs de l'article cite : « *la République fédérale d'Allemagne, aux États-Unis d'Amérique ou encore à la Confédération suisse – et, de façon générale, à la majorité des États fédéraux* » (p.241) afin d'illustrer la naissance des Etats à partir d'une volonté de mettre en commun.

handicapées³⁶⁷ a été une compétence des communautés flamandes, germanophones et françaises depuis la deuxième réforme de l'État en 1980. La quatrième réforme de l'État en 1993, inscrit dans la Constitution belge la possibilité pour la Communauté française de transférer ses compétences à la Région wallonne. A partir de cette évolution constitutionnelle, la Région wallonne devient compétente pour la gestion des problématiques liées au handicap, ainsi que pour porter les accords internationaux dans ce domaine pour son territoire. Evoquer le champ du handicap pour la Belgique, oblige donc à s'attacher à la politique régionale wallonne, si l'on habite au sud du pays, ou à la politique communautaire si l'on habite au nord³⁶⁸. En plus d'un mouvement centrifuge, la politique fédérale belge a également un caractère asymétrique.

3. Un fédéralisme asymétrique

191. En plus d'un caractère centrifuge, le fédéralisme belge présente un caractère asymétrique³⁶⁹ dans la mesure où toutes les entités fédérées du Royaume ne présentent pas les mêmes périmètres de pouvoirs. Dans le cadre de nos travaux, seule la Région wallonne et sa politique en direction des personnes handicapées seront examinées. Dès lors les conclusions tirées, compte-tenu de cette décentralisation asymétrique³⁷⁰, ne pourront pas être étendues aux autres Régions. Pour autant, il est possible de mettre en relief certains principes de répartition des compétences, entre l'État fédéral et les entités fédérées. Le premier principe est celui de l'exclusivité de compétence, ce qui induit que plusieurs collectivités ne peuvent exercer un pouvoir conjoint sur le même domaine. En l'occurrence, dans le cadre de notre étude, seule la Région wallonne peut créer du droit pour encadrer les personnes handicapées en Wallonie. Par ailleurs, il faut signaler l'équipollence des normes créées au niveau fédéral, comme au niveau fédéré. Un décret pris par la Région wallonne aura donc juridiquement la même valeur qu'une

³⁶⁷ La réglementation inhérente aux personnes handicapées fait partie des matières personnalisables.

³⁶⁸ La plupart des compétences régionales flamandes ont été transférées à la Communauté flamande. Ce mouvement est différent de ce se passe en Wallonie où la Région prédomine.

³⁶⁹ VERDUSSEN M., *Asymétrie*, in UYTENDAELE M. et VERDUSSEN M. (dirs.), *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 69-72.

³⁷⁰ ROCHER F. et COUSINEAU-MORIN P., *Fédéralisme asymétrique et reconnaissance des nations internes au Canada, Évolution récente dans l'espace québécois ou comment abdiquer l'asymétrie sur l'autel du principe de l'égalité des provinces*, in M. SEYMOUR et G. LAFOREST (dirs.), *Le fédéralisme multinational : Un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, pp. 281-282, « *Le fédéralisme asymétrique reflète l'absence de traitement uniforme, [...] le degré d'autonomie et de pouvoirs des entités fédérées ou [encore l'] hétérogénéité des relations des États fédérés entre eux et avec le gouvernement fédéral* ».

loi fédérale. Enfin, il faut mettre en avant les articles de la Constitution qui reconnaissent l'asymétrie dans les transferts de compétences. L'article 137 de la Constitution³⁷¹ permet d'organiser le transfert des compétences des Régions en direction des Communautés. L'insertion de cette disposition provient d'une demande flamande, visant à renforcer la place des Communautés par le transfert des pouvoirs régionaux. Même si la Région flamande existe officiellement, dans les faits elle ne possède plus de pouvoirs. L'article 139 de la Constitution permet un transfert inversé par rapport à l'article 137. En effet, cet article autorise le transfert de certains pouvoirs de la Région wallonne vers la Communauté germanophone. A de nombreuses reprises depuis 1994³⁷², les transferts de compétence se sont multipliés. Enfin, l'article 138³⁷³ complète cette panoplie constitutionnelle en régionalisant des compétences communautaires au lieu de communautariser des compétences régionales.

192. Ces différents exemples d'asymétrie participent de la même volonté de rapprocher les centres de décisions de chaque territoire. Il ne s'agit pas seulement d'entendre la notion de territoire au sens géographique du terme, mais également d'entendre la notion de territoire attaché à la dimension culturelle. La création de droit en se rapprochant des citoyens, devient plus facile à appréhender et favorise son effectivité. La règle de droit s'applique d'autant plus

³⁷¹ Constitution belge, Article 137 : « En vue de l'application de l'article 39, le Parlement de la Communauté française et le Parlement de la Communauté flamande ainsi que leurs Gouvernements peuvent exercer les compétences respectivement de la Région wallonne et de la Région flamande, dans les conditions et selon les modalités fixées par la loi. Cette loi doit être adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa ».

³⁷² A titre d'exemples, on peut citer le Décret de la Région wallonne du 23 décembre 1993 (*Moniteur belge*, 12 février) et décret de la Communauté germanophone du 17 janvier 1994 (*Moniteur belge*, 16 mars), le Décret de la Région wallonne du 6 mai 1999 (*Moniteur belge*, 3 juillet) et décret de la Communauté germanophone du 10 mai 1999 (*Moniteur belge*, 29 septembre), le Décret de la Région wallonne du 27 mai 2004 relatif à l'exercice, par la Communauté germanophone, de certaines compétences de la Région wallonne en matière de pouvoirs subordonnés (*Moniteur belge*, 16 juin, 2^e édition). Ce décret a été modifié par un décret du 28 avril 2014 (*Moniteur belge*, 4 juin). V. également le décret de la Communauté germanophone du 1^{er} juin 2004, (*Moniteur belge*, 19 octobre), le Décret de la Région wallonne du 28 avril 2014 (*Moniteur belge*, 4 juin) et décret de la Communauté germanophone du 5 mai 2014 (*Moniteur belge*, 18 juillet, 2^e éd.), et le Décret de la Région wallonne du 17 décembre 2015 (*Moniteur belge*, 29 décembre) et décret de la Communauté germanophone du 15 décembre 2015 (*Moniteur belge*, 30 décembre).

³⁷³ Constitution belge, Article 138, alinéa 1^{er} : « Le Parlement de la Communauté française, d'une part, et le Parlement de la Région wallonne et le groupe linguistique français du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, d'autre part, peuvent décider d'un commun accord et chacun par décret que le Parlement et le Gouvernement de la Région wallonne dans la région de langue française et le groupe linguistique français du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale et son Collège dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale exercent, en tout ou en partie, des compétences de la Communauté française ».

facilement qu'elle correspond à un besoin local. L'organisation administrative du pays a donc une importance certaine, dans le fait que la règle de droit crée soit correctement appréhendée. Cette caractéristique de l'organisation belge n'est certes pas exempte de critiques, mais permet plus facilement l'acceptation d'une règle qui est négociée.

4. Le fédéralisme belge, le résultat d'un processus consociationaliste

193. Le concept de consociationalisme a été défini en 1968 par le politologue Arend Lijphart³⁷⁴. Ce concept peut être considéré comme le ciment qui a permis à la Belgique de mener plusieurs réformes constitutionnelles importantes, sans qu'elles engendrent de crises insurmontables. Cette philosophie menant à la recherche d'un consensus entre les parties est également à la base des textes de droit votés au niveau fédéral, comme au niveau des entités fédérées. Né d'un consensus entre des parties qui ne parlent pas la même langue ou qui ne vivent pas sur le même territoire, le droit pourra plus facilement se diffuser dans la société. A titre d'exemple du processus consociationaliste belge, on peut relever, dans le champ du handicap, le cheminement du texte constitutionnel visant à insérer les termes d'inclusion et d'accessibilité dans le droit commun.

194. Tout d'abord, il faut noter que cette réforme a nécessité plus de dix ans³⁷⁵ avant d'aboutir formellement. Cette période a vu plusieurs majorités différentes être portées au pouvoir, sans que cela n'altère le projet initial. Au contraire, ce travail long a permis de convaincre tout le monde de l'utilité d'inscription de l'inclusion dans la Constitution, afin de donner à cette notion une portée juridique signifiante. Par ailleurs, le temps long aura également permis une définition plus juste des termes. Le terme « intégration » prévu initialement dans la proposition a été transformé en « inclusion », épousant les mouvements de la société. Ce faisant, le texte final contient des termes qui se diffusent facilement dans la société, ce qui garantit son effectivité et le fait que l'inclusion ne devienne un « mot-valise ».

³⁷⁴ Le professeur Arend Lijphard est un politologue né aux Pays-Bas. Il a travaillé sur le concept de consociationalisme qui résume l'idée qu'une société divisée peut se rassembler autour d'idées qui font consensus. Ces idées sont le fruit d'un travail des élites présentes dans les différents groupes sociaux.

³⁷⁵ La réforme constitutionnelle s'est traduite, après dix ans, par l'insertion d'un article 22ter dans la Constitution qui dispose que : « *Chaque personne en situation de handicap a le droit à une pleine inclusion dans la société, y compris le droit à des aménagements raisonnables. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit* ». La réforme a débuté en 2010 pour être finalisée en 2022.

II. L'organisation des établissements médico-sociaux en lien avec la Région Wallonne

195. L'organisation des établissements médico-sociaux a suivi celle de la Belgique, en adoptant le même calendrier. Si les réformes de l'État ont débuté au début des années 70, il a fallu attendre la quatrième pour que la Région Wallonne publie les premiers textes encadrant le secteur médico-social (A). A travers l'organisation du secteur, on retrouve la philosophie générale qui a guidé le législateur wallon dans l'organisation administrative de la Région (B). Pour autant, le travail du législateur n'a pas immédiatement embrassé tous les cas de figure, conservant dans la Région un territoire vierge de toute forme d'encadrement juridique (C). Les récentes réformes du droit, visant à encadrer l'hébergement des publics fragiles, ne doit pas passer sous silence l'objectif principal qui est de répondre aux besoins de la population (D). La réglementation de 2019 a permis de faire avancer le droit (E) mais n'est pas parvenue à apaiser toutes les craintes (F).

A. La quatrième réforme de l'État et le transfert des compétences à la Région

196. D'emblée, il est important de se mettre d'accord sur l'emploi de numéros pour classer les réformes de l'État. Dans le cadre de notre recherche, on a suivi la littérature en considérant que la première réforme date de 1970. La vérité historique oblige à signaler deux réformes antérieures datant de la fin du 19^{ème} et du début du 20^{ème} siècle³⁷⁶, visant à introduire le suffrage universel. Il a été fait le choix de ne pas considérer ces deux premières dates, du fait qu'elles n'ont pas eu d'impact direct sur l'organisation de l'État. C'est donc à partir de 1970 que les Régions font leur entrée dans la Constitution, aux côtés des Communautés culturelles. L'ancien article 107 quater de la Constitution crée la Région wallonne, en même temps que la Région flamande et la Région bruxelloise. Pour autant, la création de ce niveau d'administration restera une formalité, la Région ne se voyant attribuer aucun pouvoir réel après cette première réforme de l'État. Partant, il faudra attendre que la Région acquiert de véritables pouvoirs pour qu'une réglementation spécifique aux personnes handicapées soit proposée en Wallonie.

³⁷⁶ En 1893 et 1921 furent introduites des réformes concernant le suffrage universel. Le système de vote est cependant tempéré par l'obtention de voix supplémentaires pour les diplômés (« les capacitaires ») et pour les citoyens disposant de revenus élevés.

197. En 1980 par la création des institutions régionales, le niveau régional devient une véritable réalité institutionnelle avec de réelles compétences³⁷⁷ en matière d'économie locale. A la suite de la Constitution de 1993, la Communauté française est autorisée à transférer certaines de ses compétences à la Région wallonne et à la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale (« la COCOF »). Dans la continuité, en 1995, un premier décret relatif à l'intégration des personnes handicapées³⁷⁸ a été produit par la Région wallonne. En 2015, la région wallonne a créé une agence régionale³⁷⁹ en charge de l'intégration des personnes handicapées sur le territoire. Pour réaliser ses actions, l'article 15 dispose que l'Agence peut participer financièrement au parcours individuel d'intégration de la personne handicapée, ainsi qu'au soutien de personnes morales œuvrant dans le champ médico-social. Le chapitre 4 du décret détaille les niveaux d'accompagnement des projets portés par des personnes morales qui peuvent être subventionnés et/ou agréés. Que faut-il entendre par l'expression « *personnes morales* » ? L'article 23 ouvre très largement les possibilités de soutien financier, dans la mesure où ils sont autorisés pour « *un pouvoir public, un établissement d'utilité publique ou un organisme privé* ». A l'instar de l'organisation française, le décret rappelle par l'intermédiaire de l'article 26 que « *Tout service, centre ou institution doit répondre aux normes d'infrastructures et aux normes de fonctionnement arrêtées par le Gouvernement sur proposition du comité de gestion de l'Agence. Ces normes sont fixées de façon distincte pour chaque type de service et d'institution* ».

198. Parallèlement à cette organisation, la Région a prévu un système plus souple pour les organisations qui ne sont pas reconnues par les pouvoirs publics pour exercer une activité d'accompagnement. Le décret prévoit, au travers de son article 29, un système « *d'autorisation de prise en charge* » qui permet une reconnaissance juridique de l'activité, tout en fixant des « *conditions minimales de sécurité, d'hygiène et de personnel et les modalités de contrôle des personnes ou services qui hébergent de façon principale et à titre onéreux des personnes* ».

³⁷⁷ Parmi les compétences acquises par le niveau régional, on peut noter l'aménagement du territoire, l'environnement, la politique de l'eau, la rénovation rurale et la conservation de la nature.

³⁷⁸ Décret relatif à l'intégration des personnes handicapées, 6 avril 1995, https://wallex.wallonie.be/files/pdfs/16/7597_D%C3%A9cret_relatif_%C3%A0_l'int%C3%A9gration_des_personnes_handicap%C3%A9es_01-05-2009-26-06-2009.pdf, [Consulté le 21 juin 2023].

³⁷⁹ L'article 11 du décret : « *crée un organisme d'intérêt public doté de la personnalité juridique appelé Agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées* » (« l'AWIPH »). Par un décret wallon du 3 décembre 2015, l'AVIQ, Agence pour une vie de Qualité, est l'institution qui a succédé à l'AWIPH. L'AVIQ est le nom usuel de l'Agence wallonne de la santé, de la protection sociale, du handicap et des familles.

handicapées ». Ces diverses dispositions illustrent la philosophie qui a animé les acteurs régionaux lors de la publication du décret.

B. La philosophie d'organisation des établissements médico-sociaux en Wallonie

199. Quels enseignements peut-on tirer de l'organisation des établissements qui s'est mise en place depuis l'adoption de la Constitution de 1993 ? On peut répondre à cette question en empruntant plusieurs voies d'analyse. Si l'on se place sur le terrain constitutionnel, on constate que la législation s'est développée selon un rythme identique à celui de la fédéralisation du pays. C'est à partir de la quatrième réforme de l'État et du développement de l'échelon régional, qu'est apparue la législation concernant les établissements médico-sociaux. Si l'on se place sur le terrain de l'organisation administrative, on constate que la réglementation est d'origine wallonne et qu'elle ne concerne que la Région. Un citoyen belge, en Flandre³⁸⁰ ou à Bruxelles, ne bénéficiera pas de ces dispositions législatives et ne pourra en réclamer l'application puisqu'il se trouve en dehors du territoire de la Wallonie.

200. L'analyse de l'organisation met en relief les caractéristiques décrites plus haut, elle est centrifuge et asymétrique. L'organisation est centrifuge, dans la mesure où les différentes réformes constitutionnelles ont accordé nombre de compétences aux entités fédérées. A partir des années 1990, l'attribution de compétences sur des matières *dites* « personnalisables » à la Région wallonne, s'est traduite par le développement rapide d'une législation encadrant le secteur. L'organisation décrite est également asymétrique, dans la mesure où la législation a été le produit d'un travail régional en Wallonie qui ne pourrait se dupliquer en Flandre, les pouvoirs de la Région flamande ayant été transférés à la Communauté.

201. Si l'on part du principe que l'effectivité d'une législation régionale ne se mesure qu'à l'aune de sa pénétration dans la société, on peut noter que le travail du législateur wallon n'est pas resté sourd à la situation du territoire. La lecture du décret de 1995 illustre cette approche plurielle et horizontale. L'approche peut être qualifiée de plurielle, dans la mesure où elle prévoit plusieurs niveaux de reconnaissance des établissements médico-sociaux. A côté des établissements déclarés et agréés, le législateur a prévu un système plus léger d'autorisation de

³⁸⁰ Le terme « Flandre » est employé au singulier en Belgique et au pluriel du côté français où l'on parle « des Flandres ». Lille est surnommée encore aujourd'hui, la capitale des Flandres.

prise en charge. Une même activité, en fonction des conditions d'environnement, pourra être exercée dans un environnement légal différent. Cette vision différenciée autorise un développement des structures et subséquemment, des places d'accueil, pour faire face aux nombreuses demandes des personnes et des familles. La législation pénètre d'autant plus facilement la sphère sociale, qu'elle permet de maintenir un équilibre entre différentes formes d'accueil. Le législateur opère une forme d'arbitrage entre la production d'une réglementation protectrice des droits des personnes et la volonté de maintenir un volume de places suffisantes. Dans le prolongement du décret, les pouvoirs publics ont également laissé se développer des structures sans existence légale que l'on nomme, « maisons pirates ».

C. « Maisons pirates », des structures d'hébergement non agréées en Wallonie

202. Parmi le vocabulaire particulier qui est utilisé dans le secteur médico-social, le terme de « maison pirates » mérite une attention particulière à plusieurs endroits. D'emblée, il faut bien convenir que ce terme nous fait davantage penser à une nouvelle attraction présentée dans un parc, plus qu'à un nouveau type d'établissement médico-social. On est par ailleurs poussé à imaginer un voyage vers les caraïbes, plutôt qu'à un départ vers Charleroi à la recherche d'une personne handicapée dans un établissement. Toutes ces invitations au voyage sont éloignées de la réalité de ce que représente effectivement ces « maisons pirates ». Derrière ces mots se cache une réalité d'accueil en région wallonne, non encadrée par le droit jusqu'en 2019. Malgré de graves dérives constatées, les pouvoirs publics wallons ont accepté que des « maisons pirates » accueillent des personnes en difficulté, sans qu'elles soient agréées et sans qu'elles fassent l'objet d'un contrôle.

D. Des réponses aux besoins belges sans véritable cadre légal

203. On doit à la presse le fait d'avoir alerté le public sur les conditions de vie dans ces « maisons pirates », tout en rappelant qu'elles comblent une absence de solutions d'accueil. La directrice générale du relais social de Charleroi³⁸¹ reconnaissait en 2016, lors d'un entretien à la Radio-télévision belge de la Communauté française, qu'« à un moment donné les dispositifs d'urgence sociale n'ont pas d'autre choix que de travailler à la marge avec des solutions comme ces maisons pirates qui sont à la marge aussi. Avec les risques qu'on voit aujourd'hui. Il n'est

³⁸¹ Site internet de l'institution, <https://www.relaisocialcharleroi.be/>, [Consulté le 13 juin 2023].

pas question de défendre les conditions de vie dans cette résidence Massimo. Mais il faut savoir que les travailleurs sociaux de terrain ont de réelles difficultés pour trouver des solutions alternatives ». La directrice générale s'exprimait après la découverte du scandale d'une « maison pirates » dans la commune de Gosselies, près de Charleroi. Cette maison, connue de tous les acteurs publics, mais sans existence légale officielle, accueillait 46 personnes dans des conditions d'hygiène inadmissibles. Lors d'une visite sur place, les autorités constataient que « les bâtiments crasseux étaient infestés de rats, la nourriture douteuse était distribuée en faibles quantités et certains résidents baignaient dans leurs excréments » et que « seuls deux infirmiers indiens, parlant à peine français, travaillaient dans ce home. Ils dormaient sur une pailasse et étaient également chargés de la cuisine et des tâches ménagères ». En complément de ce funeste tableau, le parquet indiquait que « le directeur avait également accès aux comptes bancaires des victimes qui auraient été flouées³⁸² ».

204. Face à ces constats, des questions se posent, est-ce que ces structures ont une existence légale ? Couvrent-elles un besoin ? Combien existe-t-il de « maison pirates » en région wallonne ? Les conditions décrites ci-dessus amènent à se poser la question de l'existence légale de ces structures. A première vue, on pourrait considérer que ces structures n'ont pas d'existence légale et qu'elles exercent leur activité sans acquérir la personnalité juridique. La réalité semble différente, dans la mesure où ces structures ont déclaré leur existence auprès d'un tribunal de commerce³⁸³. Jusqu'en 2019, la Région wallonne a donc accepté la création de structures commerciales ou associatives, ayant pour objet social l'accueil des personnes vulnérables³⁸⁴ sans qu'elles reçoivent d'agrément ou d'autorisation de prise en charge³⁸⁵. En 2016, « le magazine *Alter Echos* avait répertorié douze « maison pirates » à Bruxelles, une à

³⁸² Face à certaines dérives, la presse a posé la question de l'opportunité financière que représentent les « maisons pirates », <https://www.alterechos.be/foyers-pirates-un-business-en-eau-trouble-2/>, [Consulté le 14 juin 2023].

³⁸³ Contrairement au droit français, les sociétés comme les associations sans but lucratif (ASBL) doivent s'immatriculer auprès du tribunal de commerce de l'arrondissement du siège social. En France, le tribunal de commerce n'intervient que pour les sociétés, les services préfectoraux se chargent de l'inscription des associations.

³⁸⁴ Cette affirmation n'est qu'une hypothèse. Seule la vérification auprès du tribunal de commerce de l'arrondissement permettrait de s'assurer de l'objet social.

³⁸⁵ On ne peut imaginer un tel système en France. Chaque personne morale doit être reconnue par les pouvoirs publics avant de percevoir des subventions.

*Mons, trois à Charleroi et neuf à Liège*³⁸⁶ », mettant en lumière le fait que le phénomène touche plusieurs régions belges³⁸⁷.

205. Les « maisons pirates » ont été tolérées parce qu’elles répondaient à un besoin de la population. C’est donc le manque de places qui justifie le fait que les services sociaux, les hôpitaux ou les services de justice recourent à ces maisons, non reconnues par la loi régionale. Cette situation met en relief les carences des services publics et explique les oppositions de la population quant aux accueils des français en Wallonie, certains considérant que la région accueille trop de personnes handicapées étrangères au détriment des belges. Sans entrer plus avant dans ce débat, il est toutefois intéressant de noter que le gouvernement wallon face à une pénurie de place en établissement, avait fait le choix de laisser se développer des structures sociales, en toute illégalité. La région avait donné la priorité à une place « *à l’abri* » plutôt qu’à une « *nuit dehors* », même si cet abri ne garantit pas les droits des personnes. Cette approche est diamétralement opposée à l’approche française, dans la mesure où elle dénie l’importance d’une déclaration préalable et d’un contrôle légal pour privilégier une liberté d’installation, avec les risques induits pour les personnes handicapées.

206. Combien de « maison pirates » trouve-t-on en Wallonie ? Indiquer un chiffre précis en réponse à cette question s’avère très vite être une gageure, au regard de l’absence de déclaration préalable d’activité des établissements. En 2018, lors de la présentation du décret visant à encadrer cette activité, on comptait une cinquantaine de structures accueillant près de 3 000 personnes. Ce chiffre, même approximatif, souligne le fait que le recours à ce type d’accueil est loin d’être anecdotique. Au contraire, il démontre que les pouvoirs publics acceptent de recourir à des structures illégales au détriment des établissements agréés ou autorisés. Ces exemples de « maisons pirates » illustrent la place de la loi dans le dispositif d’encadrement wallon. Les scandales ont toutefois eu raison de ces maisons, en poussant les pouvoirs publics régionaux à produire un texte pour les encadrer.

³⁸⁶ Ces chiffres sont extraits d’un article publié sur le site de la RTBF le 14 octobre 2016, <https://www.rtbef.be/article/quel-est-le-role-des-maisons-pirates-qui-accueillent-des-personnes-en-difficultes-sans-cadre-legal-9428982>, [Consulté le 13 juin 2023].

³⁸⁷ Par définition, il est difficile d’établir le nombre exact de « maison pirates » en Wallonie, ces dernières ne faisant pas l’objet d’un enregistrement et d’une inscription au cadastre. Le document parlementaire qui accompagnait l’arrêté wallon du 18 juillet 2019, confirmait qu’il existait une cinquantaine de structures illégales en région wallonne, <https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/arrete/2019/07/18/2019015657/moniteur>, [Consulté le 14 juin 2023].

E. L'arrêté du 18 juillet 2019 du gouvernement Wallon

207. Même si la situation n'est pas identique dans toutes les « maisons pirates », les scandales mis en lumière ont fait prendre conscience de l'utilité d'encadrer l'activité d'accueil des personnes vulnérables. Une fois de plus, le fédéralisme belge a généré des réponses différentes suivant les régions malgré une problématique identique. Concernant la région de Bruxelles-Capitale, la réponse a été claire. Dans le cadre d'une ordonnance de la région qui réorganise le secteur de l'aide aux sans-abri, les pouvoirs locaux ont indiqué qu'« *Il est important de comprendre que les sociétés privées telles que les SPRL³⁸⁸ ou les SA³⁸⁹ ne peuvent se constituer en tant que pouvoir organisateur³⁹⁰* ». La solution proposée par la région de Bruxelles-Capitale appelle donc une réponse binaire, soit les Services d'Hébergement Non Agréés (SHNA) répondent aux critères de qualité exigés pour les maisons d'accueil et elles pourront demander un agrément, soit ces critères ne sont pas respectés et les maisons devront fermer. Anticipant les problèmes qui peuvent découler de cette position, la Ministre insiste sur le fait que des budgets supplémentaires ont été accordés afin de créer de nouvelles maisons d'accueil.

208. Concernant la région wallonne pour faire face à un vide juridique, ce sont les communes³⁹¹ qui ont essayé d'imposer un règlement de police et d'administration pour ces Services d'Hébergement Non Agréés. Le Conseil d'État a annulé, par la suite, ces règlements communaux dans deux décisions de 2014. Dans un premier arrêt en date du 14 janvier 2014³⁹², le Conseil d'État était appelé à se prononcer sur l'étendue des pouvoirs communaux et particulièrement sur le fait de réglementer l'activité des SHNA. Après avoir noté que « *la matière des normes d'encadrement des résidents des maisons d'hébergement, dont fait l'objet l'acte attaqué, relève d'une réglementation d'une autorité supérieure* », le Conseil d'État conclut que la commune de Crisnée ne peut réglementer l'activité des SHNA. Un second arrêt

³⁸⁸ L'acronyme SPRL signifie Société Privée à Responsabilité Limitée. On peut faire le parallèle avec la SARL (*Société A Responsabilité Limitée*) présente dans la législation française. Dans les deux cas, il faut deux associés, un capital social et une responsabilité limitée aux apports.

³⁸⁹ L'acronyme SA signifie Société Anonyme.

³⁹⁰ Déclaration de Madame la Ministre de l'Economie, de la Santé et du Logement (20 juillet 2014- 18 juillet 2019), Madame Céline Fremault, alors en charge du dossier des « maisons pirates ».

³⁹¹ A titre d'exemples, on peut citer les villes de Liège, de Trooz et de Crisnée qui ont souhaité réglementer les SHNA en 2012.

³⁹² CE (15^{ème} chambre), Arrêt n°226.053 du 14 janvier 2014, https://www.stradalex.com/fr/sl_src_publ_jur_be/document/consetat_226.053, [Consulté le 15 juin 2023].

concernant la commune de Trooz le 25 avril 2014³⁹³ a également annulé un règlement visant à encadrer l'activité des SHNA au motif qu' « *elle estime que la matière relève, selon ses aspects, des autorités fédérales, régionales et communautaires [...] il n'appartient pas à la partie adverse de combler le vide juridique par un règlement communal dès lors que ce règlement restreint le droit au travail et subordonne l'exercice d'une profession à l'octroi d'un agrément délivré par le collège communal* ». Ces deux arrêts successifs de la plus haute juridiction administrative belge ont amené la ville de Liège à abroger son règlement, sans attendre qu'il soit annulé par la justice.

209. Parce que « *la nature a horreur du vide* »³⁹⁴, la région Wallonne a proposé un décret le 29 mars 2018³⁹⁵ et un arrêté³⁹⁶ le 18 juillet 2019 afin d'encadrer les SHNA qui accueillent des « *personnes qui n'ont pas trouvé de place ailleurs: pas assez malades pour l'hôpital psychiatrique, mais trop désocialisées pour s'intégrer dans une maison d'accueil pour sans-abri, trop jeunes pour être déjà « casées » en maison de repos*³⁹⁷ ». Désormais, on ne parlera plus de Services d'Hébergement Non Agréés mais de « *maisons d'hébergement collectif de personnes en difficultés prolongées* ». A première vue, le texte du décret a nécessité un temps de révision³⁹⁸ avant d'impacter le droit positif, ce qui explique le délai séparant le décret de

³⁹³ CE (15^{ème} chambre), Arrêt n°227.179 du 25 avril 2014, https://www.stradalex.com/fr/sl_src_publ_jur_be/document/consetat_227.179, [Consulté le 15 juin 2023].

³⁹⁴ Expression attribué à Aristote (384-322 av. J.-C.).

³⁹⁵ Décret insérant dans le Code wallon de l'Action sociale et de la Santé des dispositions relatives à l'hébergement collectif de personnes en difficultés prolongées, 29 mars 2018, M.B. du 30/04/2018, p. 37027 (Numac : 2018202063).

³⁹⁶ Arrêté du Gouvernement wallon insérant des dispositions relatives à l'hébergement collectif de personnes en difficultés prolongées dans le Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la Santé, 18 juillet 2019, M.B. du 11/12/2019, p. 111251 (Numac : 2019015657).

³⁹⁷ Fédération des maisons d'accueil et des services d'aide aux sans-abri, <https://www.ama.be/shna-combler-vide-juridique/>, [Consulté le 16 juin 2023].

³⁹⁸ Une question parlementaire de Madame DELPORTE Valérie à Madame MORREALE Christie, Ministre de l'Emploi, de la Formation, de la Santé, de l'Action sociale, de l'Egalité des chances et des Droits des femmes, le 18/11/2020, indiquait « *que ce décret montrait des lacunes, également pointées par le secteur, et qu'il n'était pas pensable de mettre en place le dispositif sans mettre en danger les gestionnaires qui s'y engageraient, les secteurs agréés et surtout les personnes qui y séjourneraient* », <https://www.parlement-wallonie.be/pwpages?p=interp-questions-voir&type=28&iddoc=100133>, [Consulté le 16 juin 2023].

l'arrêté³⁹⁹. Cet arrêté publié le 18 juillet 2019 a été suivi d'un courrier à tous les opérateurs, afin qu'ils régularisent leur situation pour le début janvier 2021⁴⁰⁰.

210. Cet arrêté rappelle les conditions à respecter pour reconnaître l'existence légale de ces structures d'hébergement. Dans l'article 1968 du Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la Santé (le CWSS), le législateur dresse la liste des documents obligatoires, du plan des locaux, en passant par le règlement d'ordre intérieur et la copie des diplômes et du casier judiciaire. Les différents éléments énoncés dans cet article, se rapprochent de ceux demandés dans le cadre de la réglementation française. On remarque que les conditions posées concernant le personnel sont assez précises, dans la mesure où il est établi un rapport entre le personnel et le public accueilli. A titre d'exemple, on peut lire à l'alinéa 2 de l'article 1970, l'obligation pour toute maison d'hébergement collectif de disposer « *d'une ou plusieurs personnes exerçant la fonction d'accompagnement à raison d'un demi équivalent temps plein auquel s'ajoute, au moins, un quart d'équivalent temps plein pour toute tranche de quatre résidents au-delà de huit résidents* ». D'une situation de vide juridique, la région wallonne propose un encadrement qui vise à annihiler les abus tout en essayant de conserver une capacité d'accueil, en direction d'un public vulnérable.

F. Une réglementation nouvelle, mais des questionnements

211. La réception de la réglementation nouvelle mérite que l'on s'arrête pour examiner plus avant les délais laissés pour « *se mettre en ordre* ». Quel est le paysage juridique avant la publication du décret ? Comme il a été indiqué, la Région avait laissé se développer des structures d'hébergement sans que leurs activités ne soient encadrées par la loi. A l'origine, aucun mécanisme de contrôle de ces structures ne permettait de garantir le respect des droits des personnes. On aurait, dès lors, pu penser que l'intervention du législateur régional allait mettre un terme rapidement à ces situations illégales. La lecture du décret indique, au contraire, que le législateur a souhaité accorder plus de temps pour régulariser juridiquement l'activité des Services d'Hébergement Non Agréés.

³⁹⁹ Le décret initial date du 28 mars 2018 et l'arrêté du 18 juillet 2019, soit près de 16 mois de décalage.

⁴⁰⁰ Le courrier a été adressé le 9 novembre 2020 à l'ensemble des acteurs afin qu'ils se mettent à jour pour le 8 janvier 2021 (initialement le 20 décembre 2020).

212. L'article 694/37 du CWSS dispose que les maisons disposent « *d'une période d'un an pour introduire une demande de reconnaissance et d'une période de trois ans pour obtenir une reconnaissance de la Région* ». Cette disposition est significative d'une approche d'un droit qui veut s'affirmer, tout en tenant compte de la réalité du terrain. On imagine que les autorités régionales ont intégré le fait qu'une application, trop rapide de la législation, aurait *de facto* laissé nombre de structures dans l'illégalité et les personnes sans solutions d'hébergement. On retrouve une approche similaire, quant à la « *mise en ordre* » des structures au niveau de l'infrastructure. L'article 694/38 du CWSS indique que le délai pour qu'une maison d'hébergement collectif respecte les normes est de 15 ans, si elle était ouverte avant le 1^{er} juillet 2018.

213. Cette approche interroge le juriste qui constate des situations illégales générant des abus. La seule publication d'un texte pour y remédier ne suffit pas car il est nécessaire de prendre en compte également l'instabilité de l'environnement, ainsi que les effets directs d'un texte de régularisation. Fort de ce constat, le législateur va tolérer des situations illégales pour éviter que l'ensemble de l'édifice d'hébergement d'urgence ne s'écroule, au détriment de la protection des droits des personnes. On constate également que le législateur prend en considération la situation économique des structures qui pourraient être amenées soit à licencier du personnel, soit à en embaucher pour répondre aux exigences posées par la nouvelle réglementation. Cette situation est le reflet d'une effectivité des droits des personnes handicapées qui doit cohabiter avec d'autres exigences et qui génère de fait des situations d'effectivité partielle. Les contraintes financières, les contraintes techniques ainsi que les contraintes en terme d'emploi, sont autant de freins qu'il faut dépasser pour tendre vers l'effectivité des droits. Notre recherche a mis en évidence que l'effectivité « pure » n'existe pas, mais que l'on se retrouve souvent face à des situations d'effectivité partielle des droits qui tiennent compte de l'environnement.

III. Un texte pour les établissements recevant des personnes handicapées étrangères

214. Il n'existe pas de techniques uniformes visant à organiser les établissements médico-sociaux. De ce point de vue, l'examen des situations françaises et belges nous apporte un éclairage intéressant. En France, l'organisation reste dominée par la prégnance de la notion d'âge des personnes handicapées, ainsi que par le degré de dépendance pour effectuer les gestes de la vie quotidienne. D'un côté l'accompagnement des enfants, de l'autre le travail aux côtés

des adultes, le tout mûrissant d'une réflexion sur l'autonomie afin de déterminer l'établissement d'accueil. Cette organisation, souvent qualifiée « *d'organisation en silos* », a montré des limites lorsqu'il s'agit de penser des parcours dans la société. En Belgique, on retrouve des traits rapprochant les organisations française et belge. Le site de l'AVIQ⁴⁰¹ propose également de séparer les accueils autour d'établissements résidentiels pour jeunes (SRJ⁴⁰²) et ceux proposés pour les adultes, le jour (SRA⁴⁰³) ou la nuit (SRNA). L'AVIQ nous invite à considérer d'autres formes d'accueil, mettant en avant une certaine autonomie dans les actes de la vie quotidienne (SAMS⁴⁰⁴). Il est intéressant de noter que la Région wallonne propose une organisation qui se rapproche de l'expression des besoins des personnes et des familles.

215. La législation wallonne prévoit plusieurs formes de reconnaissance d'établissement. Les établissements subventionnés côtoient ceux qui sont uniquement agréés sans subvention ou ceux qui bénéficient simplement d'une autorisation de prise en charge. Plus l'établissement perçoit d'argent public, plus strictes sont les conditions légales d'exploitation. Plusieurs types d'établissements et de services médico-sociaux sont donc présents sur la Région wallonne. Une première catégorie regroupe les services agréés et financés par l'AVIQ qui prennent en charge les bénéficiaires belges. Une deuxième rassemble les services agréés et non subventionnés par l'AVIQ. Ces établissements ont reçu un agrément de l'AVIQ, mais ne perçoivent pas ou peu d'argent public. Enfin, une troisième catégorie regroupe les services agréés et financés par une autorité étrangère (SAFAE). Ces services sont également agréés par l'AVIQ mais ne reçoivent aucun financement des pouvoirs publics belges. Seules les autorités françaises participent au financement de ces établissements. Il est fréquent qu'un même établissement wallon dispose de plusieurs agréments simultanément. L'accueil d'un public belge handicapé agréé et financé par l'AVIQ pourra donc cohabiter avec un public français agréé par l'AVIQ, mais financé par la France. Ces organisations flexibles et ouvertes ont toutefois généré des questions de la part de

⁴⁰¹ [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.aviq.be/fr>, [Consulté le 30 juin 2023]. Pour la Wallonie, le ministère de la Santé, de l'Action Sociale et de l'Égalité des Chances de la Région wallonne a délégué à l'Agence wallonne pour une Vie de Qualité la gestion du secteur médico-social.

⁴⁰² *Idem.*, « L'objectif de ces services ? Veiller à la santé, à l'épanouissement et à l'intégration des enfants et des jeunes qui leur sont confiés. Cela dans une relation de partenariat avec eux, leur famille et éventuellement d'autres intervenants concernés ».

⁴⁰³ *Idem.*, « Les SRA/SRNA offrent un encadrement thérapeutique et éducatif qui permet aux personnes en situation de handicap de vivre le plus normalement possible. On y assure un accompagnement éducatif, social et psychologique. Il est porté une attention à la vie affective et sexuelle ».

⁴⁰⁴ *Idem.*, « Ces services élaborent un projet de vie en autonomie et la recherche d'une formule de logement adaptée ».

la population wallonne qui comprenait mal la multiplication des accueils de français alors que les autorités belges bloquaient l'ouverture de places subventionnées pour un public belge.

216. Soucieux de répondre aux besoins exprimés par la société wallonne et aux demandes des autorités françaises, le législateur a proposé en mai 2018, un projet d'arrêté « *relatif aux conditions d'agrément des services résidentiels, d'accueil de jour et de soutien dans leur milieu de vie, pour personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère* »⁴⁰⁵. Plusieurs consultations du Conseil d'État ont été nécessaires pour s'assurer de la validité de la réglementation⁴⁰⁶ (A) qui énumère les différentes conditions d'exploitation des structures, financées par des autorités publiques étrangères (B).

A. Les consultations préalables du Conseil d'État belge

217. La lecture de l'avis du Conseil d'État belge fournit un éclairage, quant aux raisons qui ont motivées les autorités régionales à produire une législation pour encadrer les services d'accueil des personnes en situation de handicap dont le financement est assuré par une autorité publique étrangère. Une question se pose concernant ces situations d'accueil qui n'ont pas commencé à se développer en 2018. On peut dès lors se demander quelles sont les raisons qui ont poussées la Région à mettre en place une législation ? Plusieurs voies sont évoquées par le Conseil d'État.

218. Les scandales liés aux situations de maltraitance ont fait évoluer la législation (1) dans la continuité de l'accord franco-belge (2). Les incidences des évolutions législatives sur l'emploi dans la région (3) ne doivent pas être négligées, ainsi que l'impact des directives européennes (4)

⁴⁰⁵ [En ligne], Disponible à l'adresse :

<https://wallex.wallonie.be/eli/arrete/2018/05/31/2018203395/2018/08/03?doc=31132&rev=32886-21143&from=rss>, [Consulté le 14 décembre 2023].

⁴⁰⁶ CE, Section de législation, Avis 63.282/4, 2 mai 2018 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon '*relatif aux conditions d'agrément des services résidentiels, d'accueil de jour et de soutien dans leur milieu de vie, pour personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère*'.

1. Les scandales de maltraitance⁴⁰⁷

219. Les évènements de la vie quotidienne sont souvent générateurs de lois. Les élus se saisissent alors d'un fait divers qui a mobilisé l'opinion publique, pour qu'il justifie la production d'un texte qui aura vocation à mettre fin à une situation jugée intolérable ou tout simplement inadaptée. Avant 2018, la situation des établissements et services accueillant des personnes handicapées étrangères ne constituait pas, en soi, un évènement qui réclamait la publication d'un nouveau texte de loi. Nous avons pu mettre en exergue le fait que l'accueil des français, sur le territoire belge, était le fruit d'une ancienne histoire mêlée entre la France et la Belgique. Cet accueil a été accompagné depuis plus d'un siècle par un mouvement de départ des congrégations⁴⁰⁸ du territoire français. La loi de 1905 a poussé de nombreuses congrégation en charge des personnes en situation de handicap dans le nord de la France à s'installer en Belgique. Dès 1954, l'Assurance maladie a financé l'accueil d'un public handicapé français dans les établissements wallons.

220. C'est donc, assez naturellement, qu'un régime juridique spécifique a été réservé aux établissements qui acceptaient de les recevoir. Le décret relatif à l'intégration des personnes handicapées du 6 avril 1995, prévoyait dans son article 29 que les établissements « *doivent faire l'objet d'une autorisation préalable délivrée par l'Agence*⁴⁰⁹ ». Cet article a été repris, sans être modifié en 2016, par le Code wallon de l'Action sociale et de la Santé (article 288). Cet encadrement juridique allégé a permis la création de nombre d'établissements accueillant des personnes françaises handicapées, mais ces établissements ont été le terrain de plusieurs scandales de maltraitance qui ont heurtés l'opinion publique. Les scandales dans les établissements « *sous autorisation de prise en charge* » ont d'autant plus résonné dans la société, qu'ils trouvaient leur pendant dans certaines situations relevées dans des « *maisons pirates* ». La Région a souhaité mettre un terme à ces situations, en élevant le niveau des obligations inhérentes à l'accueil de personnes handicapées. Dans le même ordre d'idées, le gouvernement wallon exige désormais que l'accueil réalisé au sein « *maisons pirates* », s'effectue dans un cadre légal clarifié.

⁴⁰⁷ Les phénomènes de maltraitance seront traités plus avant dans la seconde partie de notre recherche.

⁴⁰⁸ CABANEL P. et DURAND JD., dir., *Le grand exil des congrégations religieuses françaises, 1901-1914*, Paris, Cerf, 2005, 489 p..

⁴⁰⁹ On trouvera fréquemment l'utilisation du terme « *autorisation de prise en charge* » (APC) à la place du terme « *autorisation préalable* ».

221. Dans son avis sur le projet d'arrêté du Gouvernement wallon, le Conseil d'État note que « *Les trop nombreux scandales de maltraitance relayés ces dernières années par la presse nationale et étrangère à propos des conditions d'accueil dans certaines institutions fonctionnant sous le régime de 'l'autorisation de prise en charge' en Wallonie, justifient pleinement l'imposition d'un régime d'agrément allant au-delà du régime d'autorisation de prise en charge tel qu'il était envisagé jusqu'ici [...] il est primordial de prendre ces mesures qui visent à améliorer la qualité de la prise en charge* ». Ce faisant, le Conseil d'État reconnaît qu'un encadrement légal différent peut faciliter le respect des droits des personnes handicapées.

2. Dans la continuité de l'accord franco-belge

222. L'avis du Conseil d'État ne fait pas mention de l'accord cadre franco-belge du 21 décembre 2011. Pour autant, on peut faire le lien entre cet accord et la volonté de proposer un cadre légal plus restrictif pour les accueils de personnes handicapées. En 2011, les autorités signataires prévoyaient un système de contrôle conjoint « *qui garantira l'amélioration permanente de la qualité de la prise en charge des personnes handicapées*⁴¹⁰ ». L'ARS du Nord-Pas-de-Calais a été définie comme l'organisme relais entre les autorités wallonnes (l'AVIQ) et la France et elle est en charge des inspections conjointes des établissements avec les autorités wallonnes. L'article 4 de l'accord du 21 décembre 2011 évoque le contrôle des établissements d'accueil, dans le but « *d'assurer un accompagnement efficace et une prise en charge de qualité des personnes reconnues handicapées* ».

223. La législation de 2018 concernant les établissements financés par des autorités étrangères, s'inscrit dans la continuité du mouvement initié par l'accord cadre de 2011. Il n'est pas surprenant que l'instauration de contrôle conjoint pousse les autorités wallonnes à modifier les normes qui encadrent les établissements. Un travail de réflexion commune a été mené par les autorités belges et les ARS, afin de déterminer des critères communs d'évaluation de la qualité des prestations délivrées en établissement. Le nombre significatif de personnes

⁴¹⁰ [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.francais-de-belgique.be/articles/a-propos/vivre-en-belgique/vivre-en-belgique-en-pratique/handicap-et-dependance/10-mai-2014-laccord-cadre-entre-la-france-et-la-wallonie-relatif-a-laccueil-des-personnes-handicapees-en-wallonie-est-entre-en-vigueur-en-mars-2014#:~:text=Cet%20accord-cadre%20pose%20un%20cadre%20juridique%20%C3%A0%20la,de%20la%20prise%20en%20charge%20des%20personnes%20handicap%C3%A9es>, [Consulté le 03 juillet 2023].

handicapées françaises accueillies en Wallonie⁴¹¹ a modifié le rapport de force entre les deux pays⁴¹². Malgré l'alinéa 2 de l'article 4 de l'accord cadre qui dispose que « *Cette inspection commune par des agents français et wallons sera appliquée selon le droit de l'État sur le territoire duquel sont prodigués les services* », il semble que le nombre croissant des accueils a influencé la Région dans son approche du contrôle des établissements « *sous APC* ». On ne peut pas non plus nier l'importance des phénomènes de maltraitance dans le changement de paradigme.

3. Le souci du maintien de l'emploi

224. Le Conseil d'État évoque le poids de l'économie dans la réflexion concernant la nouvelle réglementation, en indiquant que « *Si le souhait est de maintenir l'emploi dans le secteur, il est primordial de prendre ces mesures qui visent à améliorer la qualité de la prise en charge* ». Ce faisant, la plus haute juridiction établit un lien entre économie et droit. L'économie du secteur de l'accueil des personnes handicapées étrangères serait menacée, si la qualité des prestations ne s'améliore pas. Nombreux sont les articles de presse qui ont alerté les pouvoirs publics wallons sur les conséquences d'un moindre accueil sur la dynamique d'emploi régionale.

225. L'arrêté wallon est donc le fruit de plusieurs facteurs qui se nourrissent d'économie, d'emploi et de droit. C'est encore une illustration de la création du droit au sein de la Région wallonne, à la fois proche des situations vécues et sensible aux forces locales. Il est difficile de transposer cette situation sur le territoire français. Existe-t-il une littérature décrivant l'accueil de personnes handicapées belges en France ? Au regard du manque de places en France, cette question n'est pas d'actualité. La France ne dispose pas de places libres en établissement, c'est en grande partie pour cette raison que les français partent vers la Wallonie.

⁴¹¹ [En ligne], Disponible à l'adresse : https://afresheb.com/wp-content/uploads/2021/06/Presentation-webinaire-conventionnement-secteur-adulte_mai-2021.pdf, [Consulté le 03 juillet 2023].

⁴¹² *Ibid.*, au 31 décembre 2019, les ARS ont évalué le nombre d'adultes français en situation de handicap accompagnés dans des établissements wallons à 6820 dans 202 établissements, p.4.

226. Le volet budgétaire des accompagnements des personnes handicapées mérite une attention particulière. Au total, ce sont près de 8500 français qui sont en Belgique⁴¹³. Avec une moyenne de 35 personnes par établissement (*sur la base d'un accueil moyen réalisé par un Foyer d'Accueil Médicalisé*), ce sont près de 240 établissements qu'il faudrait créer en France pour réaliser l'accueil de tous les français. En partant d'un tarif journalier moyen de 90 euros, les accueils en France des 8500 personnes coûterait près de 275 millions d'euros au total sur une année. A titre de comparaison, l'État français envisage une enveloppe budgétaire globale de 90 millions d'euros « *accordés sur 3 ans aux 3 Régions les plus concernées par les départs* », afin de « *soutenir le développement de solutions de services ou en établissement pour accompagner les personnes en fonction de leurs souhaits et de leurs besoins* ». Ces calculs sont forcément des indicateurs qui mériteraient d'être affinés, en fonction des établissements d'accueil en Belgique et des prix réellement pratiqués. Néanmoins, on se rend compte que cet « *exil* » en Belgique peut être également synonyme d'économie budgétaire pour la France. Ces données budgétaires doivent être mises en débat de part et d'autre de la frontière afin de mesurer leur incidence sur l'effectivité des droits des personnes handicapées. La simulation financière ci-dessus indique clairement que l'arbitrage de la France lui a permis une économie de près de 240 millions d'euros par an en bloquant le financement vers la Belgique. Le calcul financier est également présent en Wallonie lorsqu'on évoque l'accueil des personnes handicapées françaises. Pour la région wallonne, ces accueils permettent de rentabiliser plusieurs établissements. En France comme en Wallonie, l'effectivité des droits doit se conjuguer avec des impératifs financiers et des impératifs d'emploi avec de fortes résonnances politiques.

4. La place de la directive « services »

227. Par l'intermédiaire de l'arrêté de 2018 qui vise à réglementer l'accueil des personnes handicapées françaises, le Gouvernement wallon « *entend justement clarifier la question de l'application de cette directive*⁴¹⁴ *aux différents types d'établissements qui, [...], accompagnent et prennent en charge les personnes en situation de handicap* ». L'expression « *cette directive* » convoque la directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dite

⁴¹³ Réponse du Secrétariat d'Etat auprès du Premier Ministre, chargé des personnes handicapées, JO. Sénat, 10/06/2021, p 3749. [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.senat.fr/questions/base/2021/qSEQ210422441.html>, [Consulté le 04 juillet 2023].

⁴¹⁴ Directive 2006/123/CE du Parlement Européen et du Conseil, 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur.

« directive Bolkestein » du nom de l'ancien commissaire européen au Marché intérieur. Consulté sur le projet d'arrêté le 2 mai 2018, le Conseil d'État entendait se saisir de l'opportunité qui lui était donnée, pour qualifier juridiquement l'activité d'accueil de personnes handicapées. S'agit-il d'une activité qui peut être libéralisée ? Ou l'accueil est-il exclu du périmètre de cette directive ?

228. La philosophie de la directive est claire, elle affirme dès le premier paragraphe que *« l'élimination des obstacles au développement des activités de services entre États membres est un moyen essentiel pour renforcer l'intégration entre les peuples européens et pour promouvoir le progrès économique et social équilibré et durable »*. Et de poursuivre dans le second paragraphe en affirmant qu'*« il est impératif d'avoir un marché des services concurrentiel pour favoriser la croissance économique et la création d'emplois dans l'Union européenne »*. Ces quelques lignes suffisent à éclairer les débats qui sont nés, tant en France qu'en Belgique, quant à l'application de cette directive dans le domaine médico-social. Nombreux sont les acteurs qui considéraient que l'accueil de personnes handicapées ne pouvait être traité, juridiquement, de la même manière que les services informatiques ou que les missions de conseil en entreprise.

229. Le Conseil d'État belge confirme que le projet d'arrêté s'inscrit dans la lignée des alinéas 27 et 34 de la directive qui dispose que *« les services sociaux dans les domaines du logement ou de l'aide à l'enfance et de l'aide aux familles et aux personnes dans le besoin qui sont assurés par l'État au niveau national, régional ou local »*, ne sont pas couverts par la directive. *« Ces services sont essentiels pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines et sont une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité »*. Les personnes handicapées dans la mesure où leur handicap ne permet pas une totale indépendance, peuvent être exposées *« dans leur droit fondamental à la vie, à la dignité et à l'intégrité humaine »*, selon la formulation du Conseil d'État⁴¹⁵.

⁴¹⁵ CE, Section de législation, Avis 63.282/4, 2 mai 2018 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon *'relatif aux conditions d'agrément des services résidentiels, d'accueil de jour et de soutien dans leur milieu de vie, pour personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère'*.

B. L'arrêté wallon et son cadre juridique

230. L'arrêté wallon est le résultat juridique de la volonté « *ancienne* » de la France et de la Belgique. Dès la signature de l'accord franco-wallon en 2011⁴¹⁶, les parties avaient accepté la mise en œuvre d'inspections communes⁴¹⁷ visant à garantir la qualité de la prise en charge, la sécurité des personnes et le fait que les établissements garantissent les droits des personnes handicapées. Une convention entre l'ARS Nord-Pas-de-Calais et l'AWIPH encadre ces activités d'inspection, autour de plusieurs thèmes énoncés à l'article 1.3 de la convention⁴¹⁸. L'article 2 de la convention rappelle que les contrôles s'effectuent « *selon le droit de l'Etat sur le territoire duquel sont prodigués les services et dans les conditions prévues par la présente convention* ». Les établissements wallons sont donc contrôlés, selon les normes édictées par la Région, « *sans préjudice, si la nature des faits l'exige, du signalement à leurs autorités judiciaires par les parties, qui s'en tiennent informées* ». Depuis la mise en œuvre de l'accord-cadre entre la France et la Wallonie, un programme d'inspections conjointes d'établissements wallons a été mis en place. Le Projet Régional de Santé Hauts-de-France⁴¹⁹ indique que les premières visites de contrôle ont porté sur une dizaine d'établissements dès 2015⁴²⁰. Il est fait mention de l'article 40 du code de procédure pénal qui fait obligation, à toute autorité constituée, d'informer le procureur de la République française des crimes et délits dont elle a connaissance. L'accueil des personnes handicapées, en Wallonie, peut donc être amené à convoquer les droits belge et français pour garantir les droits.

⁴¹⁶ Décret n°2014-316 du 10 mars 2014 portant publication de l'accord-cadre entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Région wallonne du Royaume de Belgique sur l'accueil des personnes en situation de handicap, signé à Neufvilles le 21 décembre 2011.

⁴¹⁷ A partir de l'article 4 de l'accord du 21 décembre 2011, il a été conclu une convention pour encadrer les inspections communes des établissements en Wallonie. [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.cleiss.fr/docs/cooperation/Belgique-Accord-cadre-2011-Convention-inspections-conjointes.pdf>, [Consulté le 04 juillet 2023].

⁴¹⁸ *Idem.*, l'article 1.3 évoque les domaines qui peuvent nourrir une inspection, à savoir, les modalités d'accueil et d'hébergement, les modalités de prise en charge médico-socio-éducatives, la promotion de la bientraitance, la transmission des données, les modalités de prise en charge par un régime de sécurité sociale et l'actualisation des connaissances des personnels.

⁴¹⁹ Le Projet Régional de Santé Hauts-de-France a été voté en juillet 2018 pour la période 2018-2028. [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.hauts-de-france.ars.sante.fr/index.php/le-projet-regional-de-sante-hauts-de-france-2018-2028-1>, [Consulté le 14 décembre 2023].

⁴²⁰ Le Projet Régional de Santé Hauts-de-France 2018-2028 affiche un objectif de visite d'inspection d'établissements d'une vingtaine par an.

231. Il est normal qu'un travail de contrôle en commun, effectué par les autorités des deux pays, amène à s'interroger non seulement sur le droit applicable mais également sur les domaines qui vont faire l'objet du contrôle. Rapidement, les conditions d'exploitation exigées pour les établissements wallons « *sous régime APC* », conjuguées aux scandales de maltraitance, sont apparus insuffisants pour garantir les droits des personnes handicapées de manière efficace. De cette volonté belge de mieux contrôler les établissements et du souhait français que les normes des deux pays se rapprochent, est née l'idée de l'arrêté wallon pour encadrer les établissements accueillant des personnes handicapées, dont le financement est assuré par une autorité publique étrangère. La Région wallonne s'est-elle alors contentée de copier la loi française de 2002, ou l'arrêté propose-t-il une approche différente du respect des droits en établissement ?

232. L'arrêté met en relief des dispositions qui renseignent sur la philosophie des textes internationaux (1) et qui oriente les autorités régionales dans leurs réflexions en matière de droit du handicap (2). Par ailleurs, l'analyse du texte va nous permettre d'identifier les dispositions qui se rapprochent des textes internationaux (3) et de la législation française, sans pour autant en être l'exact réplique (4).

1. Dans la continuité de la philosophie des textes internationaux

233. L'arrêté wallon mentionne quelques conventions, sur lesquelles il prend appui. S'agissant des personnes handicapées dont le financement est assuré par un État étranger, il apparaît normal que l'accord-cadre du 21 décembre 2011, entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Région wallonne du Royaume de Belgique sur l'accueil des personnes handicapées, soit mis en exergue. La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006, ratifiée par la Belgique le 3 juillet 2009, est également convoquée pour expliquer l'arrêté et la philosophie qui sous-tend le texte. La Convention invite les États à fermer les établissements afin que les personnes handicapées puissent évoluer naturellement dans la société, la vie en établissement ne permettant pas l'autonomie quotidienne. La lecture de l'article 1369/9 de l'arrêté dresse un tableau des missions et des principes généraux qui doivent être mis en avant. Concernant « *l'accueil de type résidentiel* », le texte réclame que l'établissement reconstitue « *le lieu de vie principal de la personne* », afin que l'on puisse se sentir « *chez soi* » (alinéa 2) dans « *un logement inclus dans la société* » (alinéa 3). Cette présentation s'inscrit dans la même dynamique politique que celle

qui a débutée en 2009, pour modifier la Constitution belge en insérant un article 22^{ter} relatif à l'inclusion. La présentation de l'article 1369/9 dépasse la simple rhétorique, elle correspond à une vision de la personne handicapée qui est titulaire de droits à l'instar de l'ensemble des citoyens.

234. L'alinéa 4 de l'article 1369/9 complète le tableau de présentation des principes généraux, en indiquant que l'organisation de « *l'accueil de jour et de type résidentiel* » doit favoriser « *l'exercice des droits et des devoirs* ». Concernant la Wallonie, les droits des personnes handicapées et les obligations constituent les deux faces d'une même pièce. L'arrêté wallon rappelle qu'une personne, en situation de handicap, est titulaire de droits mais également d'obligations.

235. Enfin l'alinéa 4 de l'article 1369/9 clôture le chapitre 2 de l'arrêté, en utilisant le terme « situation de handicap ». Ce faisant, il épouse l'approche du handicap tel que la définit la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées. Le terme de « situation de handicap » reflète les défaillances de la société et correspond à une définition sociale plutôt que médicale du handicap. L'arrêté reconnaît donc implicitement la responsabilité de la société dans la production des situations handicapantes.

2. L'agrément des services, de l'accord de principe à la décision finale

236. Avant l'entrée en vigueur de l'arrêté, nombreux étaient les établissements qui accueillaient des français en pouvant justifier d'une autorisation de prise en charge (APC). Pour ces structures, il s'agissait donc de s'interroger sur l'avenir de cette autorisation, pouvaient-elles continuer à accueillir des personnes françaises handicapées malgré la nouvelle législation ou devaient-elles arrêter leur activité ? La réponse à cette question était d'autant plus importante qu'elle concernait l'avenir de plusieurs milliers de français en Wallonie. L'article 1369/86 apporte une réponse claire, en stipulant que « *Les services qui à la date d'entrée en vigueur du présent titre accueillent des personnes de nationalité étrangère sous couvert d'une autorisation de prise en charge accordée sur base de l'article 288 du Code wallon de l'Action sociale et de la Santé, sont automatiquement agréés à cette même date sur base du présent titre* ». S'agissant des établissements déjà installés, ils disposent de six mois pour se mettre en conformité par rapport à la nouvelle législation.

237. Pour les nouvelles structures désireuses de recevoir un agrément, pour accueillir des personnes en situation de handicap dont le financement est assuré par une autorité publique étrangère, l'arrêté décrit les différentes étapes à respecter. La première étape consiste à adresser, aux autorités régionales, une « *demande d'accord de principe* » accompagnée d'un projet de service, d'un règlement d'ordre intérieur et d'une note détaillant les futurs accueils envisagés⁴²¹. Il est intéressant de relever que l'agrément du nombre de places, dans une structure, ne doit pas s'élever à plus de cinq pour cent de la population du territoire d'implantation. Ce faisant, l'arrêté entend assurer une juste répartition des établissements sur l'ensemble du territoire régional⁴²². L'accord de principe obtenu, l'établissement peut entamer la deuxième étape qui est la demande d'agrément. Cette dernière est instruite dans un délai de six mois et peut se traduire par un agrément à l'essai, « *d'une à trois années maximum* » (Art.1369/17). Si l'essai est positif, l'établissement reçoit un agrément « *pour une durée indéterminée* » (Art.1369/18).

3. Les textes internationaux à la base de l'agrément

238. 25, c'est le chiffre correspondant au nombre d'années qui séparent l'adoption de la constitution belge en 1993 et celle de l'arrêté wallon en 2018. Pourquoi mettre en avant ce quart de siècle ? Tout d'abord, ce rappel permet de constater que l'arrêté est le premier texte spécifique, relatif aux structures financées par des autorités étrangères (« les SAFAE ») depuis l'adoption de la Constitution. La Région wallonne avait, jusqu'à présent, mis en place un système d'autorisation de prise en charge qui autorisait les établissements à accueillir des personnes handicapées, sans que cette activité ne subisse trop de contraintes légales. Le développement des structures d'accueil, des inspections communes franco-belges ainsi que la mise en lumière de nombreuses situations de maltraitance, ont amené les pouvoirs publics locaux à proposer une législation plus stricte de ces accueils.

239. Ce rappel pointe également deux caractéristiques de la législation wallonne. La première met en relief, une tendance de la législation que l'on peut qualifier de libérale dans la mesure où la Région n'a pas souhaité trop encadrer l'activité d'accueil des personnes handicapées. Ce faisant, son approche pouvait être regardée conforme aux différents textes internationaux qui promeuvent l'idée de liberté individuelle et d'un faible encadrement. La seconde caractéristique

⁴²¹ L'article 1369/10 indique que le dossier est instruit dans les six mois du dépôt.

⁴²² L'implantation des structures accueillant des français se situe proche de la frontière franco-belge. L'arrêté entend limiter la concentration des structures sur une même zone géographique.

tient au fait que les autorités Régionales acceptent de faire évoluer la législation en fonction de l'environnement territorial. Cette démarche tient, selon nous, à l'organisation administrative de la Wallonie qui permet la création d'une législation infra-étatique. Plus proche de l'environnement local, le législateur propose des textes qui pourront d'autant plus être intégrés par les citoyens qu'ils répondent à des problématiques facilement identifiables.

240. Enfin dans la continuité des remarques précédentes, on note que l'arrêté cite plusieurs textes internationaux comme étant la source du cadre légal des agréments. L'article 1369/24 évoque le Plan d'action du Conseil de l'Europe, pour la promotion des droits et de la pleine participation des personnes handicapées à la société⁴²³, la stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap pour la période 2017-2023⁴²⁴ et la Convention des Nations Unies relative aux Droits de Personnes Handicapées et celle relative aux Droits de l'Enfant. Ces différentes évocations rappellent le travail des parlementaires, pour intégrer la notion d'inclusion (art.22 ter) dans la Constitution belge et l'ouverture du législateur belge aux influences internationales.

4. Une lecture comparative délicate

241. Dans le cadre de notre recherche sur l'effectivité des droits des personnes handicapées, il aurait été souhaitable de pouvoir comparer facilement les normes françaises par l'intermédiaire de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002 et l'arrêté wallon. La lecture de la législation wallonne dresse un tableau exhaustif des normes que les établissements doivent respecter, pour recevoir l'agrément. On retrouve bien sûr, une approche similaire des documents exigés pour l'ouverture d'un établissement. La charte⁴²⁵, le projet de service⁴²⁶, la convention d'accueil⁴²⁷ ou le conseil des usagers⁴²⁸ rappellent les documents énoncés par la loi 2002-2 du 2 janvier 2002. L'arrêté wallon propose également des normes à respecter, quant aux fonctions et qualifications du personnel d'accompagnement ou à l'architecture des bâtiments. La lecture

⁴²³ Plan d'action du Conseil de l'Europe, 2006-2015, Recommandation REC (2006)5 du Comité des Ministres aux Etats membres, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806994a1>, [Consulté le 07 juillet 2023].

⁴²⁴ [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.coe.int/fr/web/disability/strategy-2017-2023>, [Consulté le 07 juillet 2023].

⁴²⁵ Annexe 117/1, *Moniteur belge*, p.53968, N 157, 4 juillet 2018.

⁴²⁶ Annexe 117/3, *Moniteur belge*, p.53969, N 157, 4 juillet 2018.

⁴²⁷ Annexe 117/5, *Moniteur belge*, p.53974, N 157, 4 juillet 2018.

⁴²⁸ Article 1369/44, *Moniteur belge*, p.53963, N 157, 4 juillet 2018

nous amène donc à aborder aussi bien la surface au sol des chambres que celle « *des lieux d'activités, de vie et de repos susvisées [...] qui sont calculées nettes, hors murs et cloisons. Sous appentis de toiture, ces surfaces sont calculées à 75 % entre 180 et 200 centimètres du sol, 50 % entre 100 centimètres et 180 centimètres du sol et 0 % sous 100 centimètres* ». Cet extrait de l'annexe 117/8 met en relief un niveau de détail que l'on ne retrouve pas dans la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 et qui rend, dans le cadre de notre recherche, toute comparaison inopérante. Parmi la liste des obligations wallonnes, on note toutefois quelques différences avec la législation française quant à la Charte (art.1369/30) et au Conseil des usagers (art.1369/44). On peut remarquer également l'absence d'obligation de désigner une personne qualifiée.

242. Evoquer l'effectivité des droits des personnes handicapées nous oblige à étudier l'environnement juridique interne à chaque État. Dans le cadre de notre travail, la comparaison a été menée entre la France et la région wallonne qui accueillent nombre de personnes françaises handicapées. L'organisation administrative du territoire conditionne la manière dont les acteurs perçoivent le rôle et la place de la loi. Vecteur descendant de normes dans un État centralisé, la loi perd de son intensité dans un État fédéral. Paraphrasant J. CARBONNIER qui notait en début de son ouvrage, qu'un leitmotiv ne tardera pas à transparaître⁴²⁹, les établissements doivent regarder au-delà de leurs murs pour laisser de côté le leitmotiv de la supériorité du droit interne, pour embrasser l'effectivité des droits à l'aune des textes européens.

⁴²⁹ CARBONNIER J., *Op. Cit.*, 2014, p.9.

Chapitre 2 : L'effectivité des droits à l'aune des textes européens

243. Parce que les établissements médico-sociaux ne se retrouvent pas sur des îles au milieu de l'océan, l'étude de l'effectivité des droits ne peut se limiter à l'examen des droits nationaux. Les acteurs doivent considérer d'autres sources de droit en considérant que la sphère nationale n'est pas exclusive. Le droit du handicap est le fruit d'un métissage des sources nationales, européennes et internationales. L'étude de la réception de l'ensemble de ces sources par la société ne doit pas être négligée dans la mesure où elle renseigne sur la capacité d'ouverture de la société.

244. Pour une direction d'établissement français, s'écarter du droit national et s'ouvrir aux droits européens et internationaux, impose de revisiter le champ du handicap à l'aune d'un nouveau paradigme. Le handicap ne doit plus être regardé sous un angle médical, mais comme le résultat d'une inadéquation de l'environnement qui crée des situations handicapantes. Sous cet angle, les pouvoirs publics portent une responsabilité dans le fait que ces situations naissent, se développent et laissent des personnes handicapées au bord du chemin. Cette approche nouvelle ouvre la voie à la reconnaissance des droits fondamentaux et de nouveaux concepts pour les personnes handicapées. L'inclusion devra désormais irriguer le champ du handicap alors que la loi française n'en fait pas mention. La recherche d'une congruence entre les droits doit être l'objectif des pouvoirs publics afin que l'on puisse véritablement évoquer leur effectivité au sens d'intégration dans la sphère sociale.

245. Pour une direction d'établissement wallonne, s'ouvrir aux droits européens et internationaux n'appelle pas la même évolution. Contrairement au modèle français, les établissements wallons ont évolué longtemps dans un environnement légal peu contraignant. La loi fédérale n'est pas vécue comme la source unique de droit, ce qui facilite l'accueil des textes de l'Union Européenne et du Conseil de l'Europe. Les autorités régionales ne sont intervenues que récemment pour renforcer l'encadrement des établissements et écarter les structures qui réalisaient des accueils sans existence légale. L'accueil des personnes handicapées françaises dans les établissements wallons a permis de conclure un accord-cadre permettant de garantir les droits. Dans ce cadre, la Wallonie a accepté que son droit local soit modifié et qu'il fasse l'objet d'un contrôle conjoint avec l'administration française. A partir de cet accord, se développe l'idée d'un encadrement juridique des établissements wallons qui se rapproche du modèle français.

246. En France comme en Belgique, une certitude s'impose aux établissements médico-sociaux, l'analyse de l'effectivité des droits ne peut s'arrêter aux portes des législations nationales, mais doit embrasser un métissage des droits en prenant en compte les droits fondamentaux et les droits de l'homme à l'aune des textes européens (**Section 1**). Au-delà des textes européens, la France et la Wallonie ont conclu un accord-cadre concernant l'accueil des personnes handicapées françaises. A l'instar d'autres conventions internationales, l'accord-cadre vise à garantir la protection des personnes handicapées (**Section 2**).

Section 1 : Les droits fondamentaux et les droits de l'homme à l'aune des textes européens

247. Lors d'un entretien dans un établissement français, à la question « *quel est le texte qui détaille le mieux les droits des personnes accueillies en établissement ?* » L'infirmier(e), la secrétaire ou l'aide-soignant(e) pourraient répondre sans hésiter, « *la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002* ». Et de poursuivre en dressant la liste de tous les outils nécessaires au respect des droits, à savoir, le projet d'établissement, la Charte des droits, le règlement de fonctionnement, le contrat de séjour, le Conseil de la vie sociale, la personne qualifiée et le livret d'accueil. Il est fréquent que la mention de la personne de confiance⁴³⁰ ne soit pas faite, preuve de la place et du poids de la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 pour les acteurs du champ médico-social. On peut esquisser plusieurs raisons qui expliquent que les mêmes réponses soient données aux questions posées.

248. La première raison tient aux programmes de formation initiale des professionnels. Les obligations issues de cette loi figurent, en bonne place, dans les manuels et les séances de cours. Comme l'indique le poète, « *le temps ne fait rien à l'affaire*⁴³¹ » et malgré un travail législatif qui date d'une vingtaine d'année, on peut considérer que l'entrée en vigueur de cette loi a marqué un point fixe dans la réflexion du champ médico-social. L'impact de cette vision impérative du droit en France s'est également fait ressentir en Wallonie, dans l'encadrement des établissements accueillant des français. L'arrêté du gouvernement wallon du 31 mai 2018⁴³² fournit une bonne illustration de l'influence française sur la législation belge. L'association pour les Français en situation de handicap en Belgique note que cet arrêté rehausse « *drastiquement les normes des établissements accueillant des Français* »⁴³³. Un

⁴³⁰ La personne de confiance, dans le champ médico-social, est instaurée par la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement (1), 2015-1776 § (2015).

⁴³¹ Molière, Le Misanthrope, acte 1, scène 2, (1666).

⁴³² Arrêté du Gouvernement wallon relatif aux conditions d'agrément des services résidentiels, d'accueil de jour et de soutien dans leur milieu de vie, pour personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère, 31 mai 2018, publié le 04 juillet 2018, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://etaamb.openjustice.be/fr/arrete-du-gouvernement-wallon-du-31-mai-2018_n2018203395.html, [Consulté le 07 juillet 2023].

⁴³³ [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://afresheb.com/tag/moratoire/>, [Consulté le 07 juillet 2023].

mouvement identique est relevé concernant le nouveau référentiel qualité pour les établissements⁴³⁴.

249. Plus rarement lors des entretiens professionnels dans les établissements, on mettra en avant les lois de 2005⁴³⁵, de 2007⁴³⁶ ou de 2015⁴³⁷. Le doyen J. CARBONNIER⁴³⁸ nous invite à explorer une autre voie permettant de comprendre la force et la place de la loi dans la société. Partant de la Constitution de la V^{ème} République, il indique que la loi trouve sa force grâce à ses auteurs, « 1958, c'est le moment où les premiers enfants de l'Ecole Nationale d'Administration arrivent à maturité...ils pensent que, par la loi et le décret, le décret de préférence, l'État est en possession d'agir sur la société »⁴³⁹. Le doyen J. CARBONNIER n'hésite pas à parler de « constitutionnalisation en esprit de tout le système juridique »⁴⁴⁰ menant à la passion du droit pour la société. Par ailleurs, « L'amour du droit, comme l'autre, peut mettre la raison en déroute »⁴⁴¹, et le Conseil d'État, dans son rapport public de 2006⁴⁴², alertait sur les questions de sécurité juridique en lien avec la complexité du droit et sa prolifération.

250. Enfin, la prédominance de la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 peut s'expliquer par le catalogue qu'elle propose. La construction même de cette loi a permis aux acteurs médico-sociaux de se rassurer autour d'outils qu'il fallait mettre en place. Nombre de directions ont considéré ces dispositions législatives comme étant un véritable « livre de recettes » qu'il suffirait de respecter pour garantir la bienveillance et le respect des droits des personnes handicapées. Cette lecture de la loi, si rassurante soit-elle pour les professionnels, n'est pas

⁴³⁴ L'agence française pour une vie de qualité (AVIQ) délivre l'autorisation d'ouverture aux établissements accueillant des personnes étrangères. Elle subventionne également les établissements accueillant des Belges.

⁴³⁵ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (1) (s. d.), JORF n°36 du 12 février 2005.

⁴³⁶ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1), 2007-308 § (2007), JORF n°56 du 7 mars 2007.

⁴³⁷ Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement (1), 2015-1776 § (2015), JORF n°0301 du 29 décembre 2015.

⁴³⁸ CARBONNIER J., *Op.cit.*, 1996, p.19.

⁴³⁹ *Ibid.*, page 20.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, page 26.

⁴⁴¹ *Ibid.*, page 11.

⁴⁴² Rapport public 2006 - Sécurité juridique et complexité du droit, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.vie-publique.fr/rapport/28120-rapport-public-2006-securite-juridique-et-complexite-du-droit>, [Consulté le 15 mars 2022].

satisfaisante pour les personnes accueillies dans les établissements. La mise en place des outils législatifs ne permet pas de pallier les carences du droit. Les contrôles des autorités de tutelle (Agence régionale de santé, Sécurité sociale ou Conseil départemental) ne permettent pas de relever complètement les manques de certains établissements et de les conseiller pour améliorer leur situation. On peut noter des difficultés similaires lorsque l'on examine les contrôles effectués en Wallonie dans des établissements accueillant des personnes handicapées françaises⁴⁴³. Malgré le fait qu'ils soient menés conjointement par des fonctionnaires français et wallons, leur fréquence et leur nombre sont insuffisants. Dans la plupart des cas, les autorités se contentent de vérifier que les différents outils sont présents, sans être certaines qu'ils soient correctement appréhendés par les professionnels et qu'ils soient effectifs. Le livre « *Les fossoyeurs* » a mis en lumière les limites de ces contrôles, dans le cadre de l'accueil en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD)⁴⁴⁴. Par ailleurs jusqu'à présent, le système d'évaluation des établissements se contentait de vérifier l'existence des outils, sans pousser plus avant les vérifications. La Haute Autorité de Santé (HAS) a validé un nouveau manuel d'évaluation de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux en mars 2022⁴⁴⁵. Parmi les nouveautés, on peut relever une fréquence d'évaluation qui change (de 7 à 5 ans) et la diffusion élargie des rapports au Conseil de la vie sociale ainsi qu'aux instances représentatives du personnel. La mise en lumière des carences dans le respect des droits est une garantie pour les citoyens. Le partage des informations, avec les élus du Conseil de la vie sociale ou ceux du personnel, permet d'ouvrir les débats et de faire avancer la défense des droits.

251. Les droits des personnes handicapées, examinés au travers des outils législatifs, méritent d'être interrogés à l'aune d'une approche nouvelle. « *L'actualité dans le champ du handicap est à l'inclusion* »⁴⁴⁶, notre comportement, nos actions ainsi que les établissements doivent

⁴⁴³ L'accord franco-wallon prévoit que les établissements accueillant des français sur le territoire belge pourront faire l'objet de contrôle conjoint de la part des autorités françaises et wallonnes. Le Programme Régional de Santé de la Région des Hauts-de-France pour la période 2018-2028 fixe un objectif annuel d'une vingtaine de contrôle.

⁴⁴⁴ CASTANET V., *Op. cit.*, 2022.

⁴⁴⁵ Haute Autorité de Santé. « Comprendre la nouvelle évaluation des ESSMS », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.has-sante.fr/jcms/c_2838131/fr/comprendre-la-nouvelle-evaluation-des-essms, [Consulté le 15 mars 2022].

⁴⁴⁶ DUPONT H., *Introduction. L'inclusion ou la fin de la discrimination pour les personnes handicapées : Chimère ou réalité ?*, Les cahiers de la LCD 11, n° 3 (2019): 11-19, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.3917/clcd.011.0011>, [Consulté le 15 mars 2022].

absolument être inclusifs. Et la secrétaire d'État, Madame Sophie CLUZEL⁴⁴⁷, de porter un regard critique sur les bénéfices que l'on peut attendre d'une loi en indiquant : *« nous pensons que la loi, héritage de la Révolution, peut tout. Or, dans le champ du handicap, le recours systématique à la loi ne fonctionne pas. Notre pays, spécialement dans le domaine du handicap, se satisfait assez logiquement et volontiers de principes incantatoires qui, relevant de la bien-pensance, nourrissent la frustration, voire la désespérance de nos concitoyens qui vivent le handicap au quotidien. Si la loi du 11 février 2005⁴⁴⁸ a posé des fondamentaux en termes de principes et d'action publique, on constate, quinze ans après, que la réalité est en demi-teinte...Les lois, aussi enthousiasmantes soient-elles, ne produisent pas forcément les effets escomptés dans le domaine du handicap. Aucune disposition législative, aucun dispositif et aucune décision ne doit plus occulter cette expression de la diversité humaine que constitue le handicap. Ce qui est pensé et conçu pour tous exige d'être voulu pour chacun. Une loi ne vaut que si elle est applicable et bénéfique à tous. Tel est le premier fondement d'une société inclusive. Tel est le changement que doit opérer notre société »*.

252. Ce long extrait de discours de la secrétaire d'État française pour exposer clairement la position actuelle des pouvoirs publics français, quant à la place occupée par la loi dans l'appréhension du handicap. La secrétaire d'État reconnaît que la société ne doit pas tout attendre de la loi car *« le recours systématique à la loi ne fonctionne pas »*. Cette visée impérative de la loi a pourtant servi de guide pour le législateur en 2002. L'existence d'une loi et les sanctions de sa non-application justifiaient seules de son effectivité, sans se préoccuper de l'appréhension des dispositions législatives par la société. Ces propos politiques appuient notre démarche dans le sens où l'effectivité des droits ne peut se résumer à une approche impérative du droit des personnes handicapées. La secrétaire d'État reconnaît d'ailleurs qu'il n'y aura pas de loi nouvelle qui portera son nom, mais que chaque texte législatif doit *« infuser les conditions de son application pour tous »* et épouser *« un mouvement sociétal global »*.

253. Cette position de la secrétaire d'État éclaire donc tous les acteurs du champ médico-social en France, en les invitant à dépasser le seul cadre législatif pour considérer une personne handicapée comme étant pleinement incluse dans la société, titulaire de droits et d'obligations.

⁴⁴⁷ CLUZEL S., *Politique du handicap pour une société inclusive*, Fondation pour l'innovation politique, Avril 2019, fondapol.org, page 13.

⁴⁴⁸ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (1) (s. d.).

« *Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà* », reprenant l’auteur des « Pensées »⁴⁴⁹, on est surpris de constater une différence de traitement entre la France et la Wallonie par les pouvoirs publics. Alors que la secrétaire d’État invite les acteurs français à prendre de la distance par rapport à la loi, elle insiste pour que les inspections d’établissements wallons soient réalisées par des fonctionnaires français et belges en charge de la bonne application de la loi belge. On se retrouve ici face à des positionnements antagonistes qui ne facilitent pas la compréhension du changement de paradigme.

254. Sur le terrain des principes, cette approche française peut être partagée largement, sans pour autant en mesurer toutes les conséquences concrètes pour les établissements. L’inclusion des personnes handicapées dans la société rappelle qu’elles sont titulaires des mêmes droits que l’ensemble de la population. C’est cette dimension qui est au cœur des textes européens et de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH)⁴⁵⁰ signée, entre autres, par la France et la Belgique. Cette convention est le fruit d’un mouvement de fond lancé au niveau international, depuis plusieurs dizaines d’années. Les différentes Chartes des droits fondamentaux ont permis d’alimenter les rédacteurs de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.

255. La citation d’A. CASAGRANDE, rappelée en introduction de notre étude, nous invite à fuir « *l’asphyxie lente des esprits* »⁴⁵¹ et à regarder au-delà des murs des établissements pour embrasser des textes internationaux qui dépassent la stricte visée impérative des droits. La Charte européenne des droits fondamentaux de l’Union européenne (I) et la Convention européenne des droits de l’homme (II), offrent des supports internationaux permettant une protection des droits des personnes handicapées.

⁴⁴⁹ Blaise PASCAL, *Les Pensées de M. Pascal sur la religion et sur quelques autres sujets, qui ont été trouvées après sa mort parmi ses papiers*, janvier 1670, Les éditions du Port-Royal des Champs.

⁴⁵⁰ Loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées (1), 2009-1791 § (2009), JORF n°0002 du 3 janvier 2010. Décret n° 2010-356 du 1er avril 2010 portant publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées (ensemble un protocole facultatif), signée à New York le 30 mars 2007 (1) (s. d.), JORF n°0079 du 3 avril 2010, Consulté le 18 mars 2022.

⁴⁵¹ Cette citation est faite dans les premières pages de notre recherche.

I. La Charte européenne des droits fondamentaux de l'union européenne

256. Aborder la question des droits des personnes handicapées par le biais des conventions internationales, nous oblige à examiner l'histoire et l'environnement de création des textes. L'histoire tout d'abord, car la communauté internationale s'est interrogée depuis plusieurs années sur la question des différences et sur les évolutions juridiques souhaitables, afin que les questions du handicap et celles des droits soient correctement appréhendées. L'Europe a adopté un certain nombre de textes, en faveur des personnes handicapées. En 1993, la Commission européenne publie un premier rapport sur les mesures à mettre en place pour faciliter l'accessibilité⁴⁵². Le traité d'Amsterdam invite les États à « *tenir compte des personnes handicapées* »⁴⁵³. Les premières années du vingt et unième siècle ont poursuivi cette démarche de reconnaissance des droits des personnes handicapées. En effet, c'est le 3 décembre 2000 que le traité de Nice adopte la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁵⁴. Le terme « handicap » est mentionné à deux reprises, dans l'article 21⁴⁵⁵ relatif à la non-discrimination et dans l'article 26⁴⁵⁶ concernant l'intégration des personnes handicapées.

257. A la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, la Charte des droits fondamentaux a acquis une force juridique contraignante à l'instar du traité sur l'Union européenne (TUE). Par ailleurs le traité accorde la personnalité juridique à l'Union, lui permettant de négocier et de conclure directement des accords internationaux. Cette possibilité va permettre à l'Union européenne de ratifier la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.

⁴⁵² En 1993, la Commission européenne publie un rapport sur les mesures à prendre dans la Communauté européenne en matière d'accessibilité des moyens de transport aux personnes à mobilité réduite.

⁴⁵³ Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union Européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, 97/C – 340/01, JOCE.

⁴⁵⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne 2012/C – 326/02, JOCE.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, Article 21 relatif à la non-discrimination : « *Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Dans le domaine d'application des traités et sans préjudice de leurs dispositions particulières, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite* ».

⁴⁵⁶ *Ibid.*, Article 26 relatif à l'intégration des personnes handicapées : « *L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté* ».

258. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est donc le résultat d'un construit (A). On retrouve ce chemin de construction lorsque l'on se penche sur la question de la valeur juridique initiale de la Charte (B) et sur son évolution (C). Cette valeur juridique a été mobilisée par la Cour de Justice de l'Union européenne (D). Ce faisant des questionnements se sont faits jour au sujet des personnes travaillant en ESAT (E), ainsi qu'au sujet des conditions d'invocabilité de la Charte entre particuliers (F).

A. Le cheminement vers la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

259. La question des droits de l'homme a été abordée par les États européens dès la fin de la seconde guerre mondiale et a donné lieu à la signature de la Convention européenne des droits de l'homme. Entrée en vigueur le 3 septembre 1953, cette convention a été le premier instrument contraignant pour certains des droits énoncés par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Par la suite, en 1989, le Conseil européen de Strasbourg adopte la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. C'est le Conseil européen de Cologne en juin 1999⁴⁵⁷, complété par celui de Tampere des 15 et 16 octobre 1999⁴⁵⁸ qui ont définis les modalités de la convention chargée de rédiger la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Un travail commun des chefs d'Etat, de la commission et des membres du parlement a permis l'élaboration d'un texte définitif adopté lors du Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000. La Charte regroupe en six chapitres et cinquante-quatre articles l'ensemble des droits civiques, politiques et sociaux des citoyens européens⁴⁵⁹ (dignité, liberté, égalité, solidarité, citoyenneté et justice). La Charte n'a pas été intégrée d'emblée au droit primaire de l'Union, ce qui a eu pour conséquence de lui refuser immédiatement une valeur contraignante.

⁴⁵⁷ Décision du Conseil européen concernant l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Conclusions de la présidence, Conseil européen de Cologne, 3 et 4 juin 1999, annexe IV.

⁴⁵⁸ Conseil européen de Tampere (Finlande) des 15 et 16 décembre 1999 qui s'est accordé sur sa composition, sa méthode de travail et les modalités pratiques de son fonctionnement (« Composition, méthode de travail et modalités pratiques de l'enceinte pour l'élaboration du projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne envisagé dans les conclusions de Cologne », Conclusions de la présidence, Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, annexe).

⁴⁵⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 202 OJ C § (2016), [En ligne], Disponible à l'adresse : http://data.europa.eu/eli/treaty/char_2016/oj/fra, [Consulté le 3 mai 2022].

B. La valeur initiale de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

260. Lorsqu'on aborde les droits des personnes en général et le droit des personnes handicapées en particulier, les déclarations générales et les chartes sont nombreuses dans la sphère nationale ou internationale. Au-delà de l'existence des textes, il est important d'interroger leur valeur normative pour savoir s'il est possible d'évoquer le texte dans le cadre d'une procédure. Dès le début, l'objectif était clairement posé par le Conseil européen de Cologne, suivant la proposition du ministre allemand des affaires étrangères, Monsieur Joschka Fischer, la Charte devait remédier au « *déficit de droits* » sans pour autant qu'elle ait une force normative. Cette position permettait d'éviter le blocage du Danemark ou du Royaume-Uni qui ne souhaitaient pas que cette démarche européenne freine leur souveraineté.

261. Initialement, cette absence de valeur normative ne permettait pas aux juridictions de faire appel à la Charte des droits fondamentaux lors d'une instance. Les conclusions de l'avocat général de la Cour de justice de la Communauté européenne viennent conforter cette position dans l'affaire Asian Institute of Technology (AIT) du 13 septembre 2005⁴⁶⁰, « *Dans la présente affaire, la violation de ces droits a été motivée par la violation de la charte des droits fondamentaux. Puisque, dans la mesure où la charte n'a pas de caractère juridiquement contraignant, le Tribunal n'y était pas tenu* ». Le même point de vue sous-tend les conclusions de l'avocat général dans une affaire opposant la République italienne et la Commission des communautés européennes le 6 décembre 2001⁴⁶¹, « *Au reste, il convient encore d'appeler l'attention sur le droit ancré à l'article 41 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – laquelle ne lie pas en droit – au regard d'une bonne administration, notamment le droit d'être entendu* ». Au niveau français, la jurisprudence du Conseil d'État, dans un arrêt du 25 avril 2003⁴⁶², confirme l'impossibilité juridique de baser une décision sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En l'espèce, il s'agissait pour le syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital de solliciter l'annulation d'un arrêté, relatif à l'organisation des services de garde dans les établissements publics. Le Conseil d'État considère que doivent être écartés les « *moyens tirés de la méconnaissance de la charte des*

⁴⁶⁰ CJCE, 13 septembre 2005, *Asian Institute of Technology (AIT) contre Commission des Communautés européennes*, n° C-547/03.

⁴⁶¹ CJCE, 6 décembre 2001, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, n° C-224/00.

⁴⁶² CE, *Syndicat national des praticiens hospitaliers anesthésistes réanimateurs*, 9ème et 10ème sous-sections réunies, du 26 février 2003, 223899, mentionné aux tables du recueil Lebon.

droits fondamentaux de l'Union européenne et de la loi 13 juin 1998, relative à l'aménagement du temps de travail ».

262. Au travers ces décisions, on mesure la difficulté des acteurs de s'appuyer sur un texte dépourvu de valeur juridique. Dès son adoption, la Charte des droits fondamentaux de l'Union ressemblait donc à une déclaration d'intention, une liste des droits que les États sont invités à respecter, sans jamais risquer de sanction. A ce moment, il nous est permis de faire un rapprochement entre la Charte des droits prévue par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 et la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la mesure où, à leur création, aucun des deux textes n'avait de force obligatoire. Par la suite, l'évolution du droit européen a permis de faire entrer la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans le droit primaire de l'Union Européenne.

C. Evolution vers une prise en compte de la valeur normative

263. La communication de la Commission européenne sur la nature de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁶³ s'est assez vite éloignée de la jurisprudence, en affirmant qu' *« on peut vraisemblablement s'attendre à ce que la Charte deviendra en toute hypothèse contraignante par le biais de son interprétation par la Cour de justice en tant que principes généraux du droit communautaire »*. Cette communication invitait les juges à aller plus avant dans l'application de la Charte, en palliant son absence de force normative par la mobilisation des principes généraux du droit⁴⁶⁴. Les principes généraux sont considérés comme une source du Droit international, au regard de l'article 38⁴⁶⁵ du statut de la Cour internationale de justice. Cette communication de la Commission européenne ne constitue pas une originalité

⁴⁶³ Communication de la Commission du 11 octobre 2000 sur la nature de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, COM (2000) 644 final.

⁴⁶⁴ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.*, p. 799 : *« Règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure »*.

⁴⁶⁵ Cour internationale de justice, Article 38 des statuts : *« La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige, la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex aequo et bono »*.

juridique, dans la mesure où des jurisprudences anciennes affirmaient déjà l'importance des principes généraux du droit. Par un arrêt de 1974⁴⁶⁶, la Cour de Justice de la Communauté Européenne affirme que « *les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect* » (point 13). La constance de cette position s'exprime également au travers d'un arrêt de la cour du 17 avril 1997⁴⁶⁷. Parallèlement à cette démarche, la Cour s'inspire également des systèmes juridiques nationaux, afin de mettre en avant des principes généraux communs aux droits des États membres. Avant même l'adoption du traité de Rome, la Cour admet qu'il faut avoir recours au droit interne du pays lorsque « *le Traité ne contient pas de règles* »⁴⁶⁸. Le recours par la Cour de Justice de la Communauté Européenne à des normes déduites de textes nationaux, demeure assez fréquent dans la jurisprudence. En 1969, à la suite de l'abrogation du protocole relatif à la Communauté européenne du charbon et de l'acier, la Cour affirme que les « *principes communs au droit des États membres* »⁴⁶⁹ permettent la construction d'une solution à un litige qui lui est soumis.

264. Il est important de mentionner un certain nombre de principes mobilisés par la Cour, pour régler des litiges entre particuliers. En 2016⁴⁷⁰, la Cour était appelée à se prononcer sur le

⁴⁶⁶ CJCE, 14 mai 1974, *J Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, No. Affaire 4-73.

⁴⁶⁷ CJCE, 17 avr. 1997, *EARL de Kerlast*, n° Affaire C-15/95. Dans cet arrêt, la CJCE devait répondre à une question préjudicielle posée par le tribunal de grande instance de Morlaix. En l'espèce, il s'agissait d'un conflit portant sur l'organisation des marchés dans le secteur du lait et des produits laitiers. La Cour admet qu'il lui est possible de « *fournir à la juridiction nationale les éléments d'interprétation du droit communautaire* ». La CJCE (point 35) poursuit en reconnaissant les principes fondamentaux du droit communautaire, « *Selon une jurisprudence bien établie, l'article 40, paragraphe 3, deuxième alinéa, qui vise, dans le cadre de la politique agricole commune, l'interdiction de discrimination, n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui fait partie des principes fondamentaux du droit communautaire et qui exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée (arrêt du 20 septembre 1988, Espagne/Conseil, 203/86, Rec. p. 4563, point 25)* ».

⁴⁶⁸ CJCE, 12 juillet 1957, *Mlle Dineke Algera, M Giacomo Cicconardi, Mme Simone Couturaud, M Ignazio Genuardi, Mme Félicie Steichen contre Assemblée Commune de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, No. Affaires jointes 7/56, 3/57 à 7/57 : « *Quant à la possibilité d'un retrait de tels actes, il s'agit là d'un problème de droit administratif, bien connu dans la jurisprudence et la doctrine de tous les pays de la Communauté, mais pour la solution duquel le Traité ne contient pas de règles. La Cour, sous peine de commettre un déni de justice, est donc obligée de le résoudre en s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres* ».

⁴⁶⁹ CJCE, 25 février 1969, *Johannes Gerhardus Klomp contre Inspektie der Belastingen*, No. Affaire 23-68.

⁴⁷⁰ CJUE, 19 avril 2016, *Dansk Industri (DI) contre Succession Karsten Eigil Rasmussen*, No. Affaire C-441/14, points 36 et 42.

principe général de non-discrimination en fonction de l'âge. En l'espèce, il s'agissait d'une question préjudicielle introduite par la Cour suprême du Danemark, visant à répondre à un litige opposant une personne morale et une personne physique. Une indemnité de licenciement était la cause du litige, la société refusant le versement de la prime de fin de contrat en se basant sur une législation nationale. Le salarié invoquait, entre autre, l'article premier de la directive 2000/78⁴⁷¹ qui « *a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, [le] handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement* ». De son côté, la société interjetait l'appel du premier jugement au motif qu'une loi nationale « *ne peut pas être écartée en vertu du principe général du droit de l'Union relatif à l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge, sous peine de violer les principes de protection de la confiance légitime et de sécurité juridique* » (Point 14 de l'arrêt). La Cour indique qu'un principe général de non-discrimination, en fonction de l'âge, concrétisé par la directive s'impose à une législation nationale dans un litige entre particuliers⁴⁷². Parmi les principes généraux du droit qui ont le plus influencés nos sociétés, on peut citer le principe de précaution⁴⁷³ qui doit prévaloir sur les autres sources de droit.

⁴⁷¹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, 303 OJ L § (2000), [En ligne], Disponible à l'adresse : <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj/fra>, [Consulté le 15 juin 2022].

⁴⁷² CJUE, 9 avril 2016, *Dansk Industri (DI) contre Succession Karsten Eigil Rasmussen*, No. Affaire C-441/14, Point 44, « *Le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il incombe à une juridiction nationale, saisie d'un litige entre particuliers entrant dans le champ d'application de la directive 2000/78, lorsqu'elle applique les dispositions de son droit national, de les interpréter de manière telle qu'elles puissent recevoir une application conforme à cette directive ou, si une telle interprétation conforme est impossible, de laisser, au besoin, inappliquée toute disposition de ce droit national contraire au principe général de non-discrimination en fonction de l'âge. Ni les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, ni la possibilité pour le particulier qui s'estime lésé par l'application d'une disposition nationale contraire au droit de l'Union d'engager la responsabilité de l'État membre concerné pour violation du droit de l'Union ne peuvent remettre en cause cette obligation* ».

⁴⁷³ CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution SNC contre Ministre de l'Économie et des Finances*, No. Affaire C-157/14. La Cour indique qu'il lui est possible « *de reformuler les questions qui lui sont soumises* », afin « *de donner au juge national une réponse utile qui lui permette de trancher le litige dont il est saisi* » (Point 33). La Cour rappelle, par ailleurs, que « *le législateur de l'Union a estimé nécessaire de garantir que le consommateur reçoive une information appropriée et transparente quant à la teneur en sodium des eaux destinées à la consommation* » (Point 51). L'avocat général demande que le législateur de l'Union tienne compte du principe de précaution, même si la législation nationale impose une communication réduite autour des produits. « *Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 49 de ses conclusions, le législateur de l'Union doit tenir compte du principe de précaution conformément auquel, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, des mesures de protection peuvent être prises sans avoir à attendre que*

265. Pour autant, la Commission souhaite que la Charte ne crée pas d'insécurité juridique en laissant une place trop importante à la jurisprudence, dans l'interprétation des droits énoncés⁴⁷⁴. Cette position prudente a été reprise par la Cour de justice de Luxembourg en février 2005⁴⁷⁵ lors d'une affaire relative au recrutement d'agent. Quelques mois auparavant, on pouvait lire la même argumentation sous l'arrêt du 28 octobre 2004⁴⁷⁶.

266. Le traité de Lisbonne a mis un terme à cette situation juridiquement ambiguë, qui consiste à mobiliser la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en rappelant que le texte n'a pas de valeur contraignante. Le 12 décembre 2007 la signature du traité a eu, pour conséquence, de faire entrer la Charte dans le droit primaire de l'Union Européenne. Désormais, la Charte à l'instar du traité, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, se situe au sommet de la pyramide des sources du droit de l'Union Européenne⁴⁷⁷. Les relations du droit

la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées. Lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué, en raison de la nature non concluante des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives » (Point 81).

⁴⁷⁴ CJUE, 10 avril 2014, *Acino AG contre Commission européenne*, No. Affaire C-269/13 P : « La Commission considère que la vocation de la Charte en raison de son contenu, de sa formulation juridique rigoureuse et de sa haute valeur politique et symbolique, est d'être intégrée tôt ou tard dans les traités. Pour la Commission, une telle intégration n'est donc pas une question qu'il faut aborder de façon théorique ou doctrinale. Elle doit, au contraire, être traitée en termes d'efficacité et de bon sens juridiques. C'est pourquoi il est préférable, pour des raisons de visibilité et de sécurité juridique, que la Charte devienne contraignante par elle-même et non par le biais de son interprétation jurisprudentielle. En pratique, la question pertinente est celle du moment et des modalités de son intégration dans les traités » (Point 11).

⁴⁷⁵ TPCI, 15 février 2005, *Norman Pyres contre Commission des Communautés européennes*, No. Affaire T-256/01, (points 66) : « S'il est vrai que la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été invoquée à plusieurs reprises par le juge communautaire comme source d'inspiration pour la reconnaissance et la protection des droits des citoyens et comme critère de référence des droits garantis par l'ordre juridique communautaire, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit, à l'heure actuelle (c'est-à-dire en février 2005), d'une déclaration qui n'est pas dotée de force juridique contraignante ».

⁴⁷⁶ TPCI, 28 octobre 2004, *Olga Lutz Herrera contre Commission des Communautés européennes*, No. Affaires jointes T-219/02 et T-337/02, (points 87-88) : « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne établit un catalogue de droits fondamentaux de l'Union européenne en vue de garantir la protection des droits des citoyens communautaires. Toutefois, s'il est vrai que la charte a été invoquée à plusieurs reprises par les tribunaux communautaires comme source d'inspiration pour la reconnaissance et la protection des droits des citoyens et comme critère de référence des droits garantis par l'ordre juridique communautaire, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit, à l'heure actuelle (c'est-à-dire en octobre 2004), d'une déclaration qui n'est pas dotée de force juridique contraignante ».

⁴⁷⁷ Article 6 §1 TUE modifié par le Traité de Lisbonne : « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre

européen avec les droits nationaux ont fait l'objet de positions jurisprudentielles établies depuis 1963 et l'arrêt Van Gend & Loos⁴⁷⁸ qui affirme que le traité de la Communauté Économique Européenne constitue, un nouvel ordre juridique, dont les sujets sont les États mais également leurs ressortissants⁴⁷⁹. L'année suivante, en 1964⁴⁸⁰, la Cour de Justice de la Communauté Européenne (CJCE) indiquait que le traité instituait un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres. La jurisprudence a également fait son œuvre, afin que la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne puisse être mobilisée pour faire valoir ses droits.

D. La Cour de justice de l'Union européenne et l'importance de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

267. Dans un arrêt de la Cour en date du 15 juillet 2021⁴⁸¹, la CJUE a été saisie d'une question préjudicielle⁴⁸² de la part de la Cour suprême estonienne qui porte sur l'interprétation de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000⁴⁸³. En l'espèce, il s'agissait de contester un règlement national estonien à la lumière de textes européens. Le directeur de la prison de Tartu (Estonie) avait procédé au licenciement d'un gardien, en raison de son handicap auditif. La

2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités ».

⁴⁷⁸ CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, n° Affaire 26-62.

⁴⁷⁹ *Ibid.* : « La Commission de la C.E.E., par contre, fait observer que l'effet des dispositions du traité sur le droit interne des États membres ne saurait être déterminé par le droit proprement national de chacun d'eux, mais par le traité lui-même ; il s'agit donc bien d'un problème relevant de l'interprétation du traité ».

⁴⁸⁰ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ ENEL*, n° Affaire 6-64.

⁴⁸¹ CJUE, 15 juillet 2021, Arrêt de la Cour, grande chambre, *Commission européenne contre République d'Estonie*, n° C-791/19.

⁴⁸² Traité de fonctionnement *Commission européenne contre République d'Estonie*. de l'Union européenne, Article 267 : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

⁴⁸³ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Pub. L. No. JOUE L 303 du 2 décembre 2000 (s. d.).

directive rappelle que la mise en place de mesures, destinées à tenir compte des besoins des personnes handicapées au travail, remplit un rôle majeur dans la lutte contre la discrimination fondée sur un handicap. Il convient de prévoir des mesures appropriées, c'est-à-dire des mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap, en procédant, par exemple, à un aménagement des locaux ou à une adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyens de formation ou d'encadrement. Ces dispositions européennes s'opposent au droit estonien qui reconnaît la possibilité de licencier, en raison de problèmes médicaux. L'article 146 de la loi relative à la détention en Estonie rappelle que *« l'objectif du contrôle médical de l'agent pénitentiaire est la détection de troubles de santé causés par le service, la réduction et l'élimination de risques de santé et la constatation de l'absence de troubles de santé qui empêchent l'agent pénitentiaire de remplir ses obligations professionnelles »*.

268. En première instance, le tribunal administratif a rejeté la demande du salarié visant à annuler son licenciement. La Cour d'appel annule la décision du tribunal en relevant *« également que l'obligation de traiter les personnes ayant un handicap de la même manière que les autres personnes se trouvant dans une situation comparable et sans discrimination résulte, non seulement de la Constitution mais également du droit de l'Union notamment de l'article 21, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et des dispositions de la directive 2000/78 »*. Face à ces divergences, la Cour suprême d'Estonie a posé une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne, visant à répondre à la question suivante : *« Convient-il d'interpréter les dispositions combinées de l'article 2, paragraphe 2, et de l'article 4, paragraphe 1, de la directive [2000/78], en ce sens qu'elles s'opposent à une législation nationale qui prévoit que la baisse de l'audition en dessous de la norme requise constitue une contre-indication absolue s'opposant au maintien en service en tant qu'agent pénitentiaire et qui n'autorise pas l'utilisation de moyens de correction au cours de l'évaluation de la satisfaction aux exigences en matière d'acuité auditive ? »* La Cour constate que le salarié était employé dans la même prison depuis quinze ans sans difficultés particulières, malgré ses difficultés auditives. L'absence d'actions de la part de l'administration visant à mettre en place des aménagements raisonnables, amène la Cour à accorder une place importante au droit européen par rapport au droit national. Cet arrêt de la CJUE constitue une importante avancée dans la lutte contre la discrimination au travail. Les différences de traitement fondées sur le handicap doivent être prises en compte et analysées à l'aune du principe de non-discrimination.

E. Le statut du travailleur en ESAT et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

269. Rapprocher les établissements médico-sociaux de la société, faire en sorte de créer des passerelles entre l'entreprise et l'établissement et service d'aide par le travail (ESAT), tels sont les objectifs de chaque direction. Naturellement, les questions en lien avec le droit du travail nourrissent les réflexions des travailleurs et de leur famille. Nombreux sont les conseils de la vie sociale qui portent au débat les interrogations sur les droits du travail appliqué dans l'établissement. Quels sont les droits à congés payés dont on dispose ? L'établissement peut-il verser des primes complémentaires des salaires ? Peut-on mettre en place des représentants des travailleurs ? Autant de questions qui nourrissent de plus en plus les réunions. C'est à partir de ces problématiques juridiques que la chambre sociale de la chambre sociale de la Cour de cassation⁴⁸⁴ a posé une question préjudicielle devant la Cour de Justice de l'Union Européenne, relativement au statut des personnes travaillant en ESAT. Un usager d'un ESAT (anciennement Centre d'aide par la travail, CAT) avait saisi le Tribunal d'instance d'Avignon, afin d'obtenir le paiement de jours de congés non pris. A l'appui de sa demande, l'usager évoquait l'article 7 de la Directive 2003/88/CE qui garantit un droit à congé et l'article 31 paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail pour chaque travailleur, conformément aux conditions prévues par les législations et/ou pratiques nationales. La chambre sociale Cour de cassation, au travers de sa question préjudicielle, souhaite connaître la position des juges du Luxembourg sur différentes problématiques. La première consiste à savoir si un usager de l'ESAT peut être qualifié de travailleur, au sens de la directive 2003/88/CE. La seconde porte sur l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et sur la possibilité qu'il puisse également reconnaître, la qualité de travailleur, à un usager de l'ESAT. Enfin, la troisième question avait pour objectif de répondre à la question du droit qui prévaut, en cas de conflit, entre le droit européen et le droit national.

270. Jusqu'à présent la position de la jurisprudence répondait, par la négative, à la question du statut de salarié appliqué à la personne travaillant en ESAT⁴⁸⁵. Dans un arrêt du 6 février 2013, la chambre sociale de la chambre sociale de la Cour de Cassation apportait une réponse

⁴⁸⁴ C.cass. soc., 29 mai 2013, 11-22.376, N° pourvoi 11-22.376, Publié au bulletin.

⁴⁸⁵ C.cass. soc., 6 février 2013, 11-14.424, Inédit, Inédit.

à une personne qui souhaitait que son départ d'un ESAT soit requalifié en licenciement, sans cause réelle et sérieuse. Il était reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir tiré les conséquences du fait que « Mme X... » recevait des ordres visant à « *contrôler l'exécution de son travail et d'en sanctionner les manquements* ». La Cour d'appel retenait le fait que « *L'activité professionnelle accomplie par un travailleur handicapé au sein d'un CAT ne s'inscrit donc pas dans le cadre d'une relation salariée* » car « *Les CAT sont des institutions médico-sociales dans lesquelles la prestation de travail accomplie par les personnes handicapées constitue une des composantes de l'insertion sociale et s'intègre dans le projet pédagogique* ». Dans son arrêt, la chambre sociale de Cour de cassation rappelle que l'on bénéficie d'un soutien médico-éducatif au sein d'un ESAT et que ce type d'établissement ne peut être assimilé à un atelier protégé⁴⁸⁶. Cette position s'attache à la qualification juridique de l'établissement pour déterminer le droit applicable. Admise dans un atelier protégé, une personne serait protégée par le droit du travail à l'instar des salariés de droit commun, alors qu'une activité en ESAT éloigne la personne du code du travail. Cette approche « *en silos* » résiste mal à la promotion des droits des personnes handicapées. Concrètement, il est très difficile d'expliquer à une personne qui intègre un ESAT, après un passage en atelier protégé, qu'elle ne bénéficie plus des mêmes protections et que sa rémunération sera moindre.

271. En 2014, l'avocat général près la Cour de Justice de l'Union Européenne adoptait une position différente⁴⁸⁷. En premier lieu, concernant l'appréciation des droits aux congés, l'avocat général indique qu'« *Il ressort d'une jurisprudence itérative de la Cour que le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière, désormais consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, auquel il ne saurait être dérogé et dont la mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la directive 2003/88. Ce droit est directement conféré par le droit de l'Union à chaque*

⁴⁸⁶ En application de l'article 38 de la Loi n°2005-102 du 11 février 2005, les « ateliers protégés » sont devenus des « entreprises adaptées ». Les personnes présentes ont le statut de salarié et sont donc soumises aux mêmes règles que les autres salariés en matière de droit à congé, protection sociale (maladie, maternité, indemnités chômage et retraite), et cessation du contrat de travail.

⁴⁸⁷ Conclusions de l'Avocat général, Paolo MENGOLZI, *Affaire C-316/13 Fenoll c/ Centre d'aide par le travail La Jouvène*, 12 juin 2014, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153601&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=158284>, [Consulté le 20 juin 2022].

travailleur et l'article 7 de la directive 2003/88 qui le consacre impose une obligation de résultat claire et précise. Ledit droit poursuit une double finalité, à savoir permettre au travailleur de se reposer par rapport à l'exécution des tâches lui incombant selon son contrat de travail, d'une part, et disposer d'une période de détente et de loisirs, d'autre part. Enfin, le droit au congé annuel payé ne saurait être interprété de manière restrictive ». Ensuite, il est rappelé la définition d'un « travailleur » en précisant qu'« aux fins de l'application de la directive 2003/88, cette notion ne saurait recevoir une interprétation variant selon les droits nationaux, mais revêt une portée autonome propre au droit de l'Union. Elle doit être définie selon des critères objectifs qui caractérisent la relation de travail en considération des droits et des devoirs des personnes concernées. Or, la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle reçoit une rémunération ».

272. Statuant dans le sens des conclusions écrites présentées par son avocat général, la Cour de Justice de l'Union Européenne considère que *"la notion de «travailleur» dans le cadre de la directive 2003/88 doit être définie selon des critères objectifs qui caractérisent la relation de travail en considération des droits et des devoirs des personnes concernées. Ainsi, doit être considérée comme « travailleur » toute personne qui exerce des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires. La caractéristique de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération"* (point 27 de l'arrêt)⁴⁸⁸. La Cour de Justice de l'Union Européenne a apporté une réponse exhaustive aux trois questions préjudicielles posées. Tout d'abord, la Cour affirme que l'usager de l'ESAT a bien le statut de travailleur au sens de la Directive 2003/88. De même en réponse à la deuxième question, la Cour reconnaît la valeur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, pour qualifier le travailleur en ESAT. Enfin, la Cour indique qu'un travailleur handicapé en ESAT

⁴⁸⁸ CJUE, 1^{ère} Chambre, 26 mars 2015, *Gérard Fenoll c/centre d'aide par le travail "La Jouvene" et Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales d'Avignon (Apei)*, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=163249&doclang=FR>, [Consulté le 01 juin 2022].

ne peut mobiliser la Directive dans le cadre d'un litige entre personnes privées. La Directive peut toutefois être évoquée, pour soutenir une action indemnitaire contre l'État.

273. Dans la continuité de cette jurisprudence, par un arrêt du 16 décembre 2015⁴⁸⁹, la chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît que les personnes travaillant dans un ESAT peuvent être regardées comme des travailleurs, au sens de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, du fait de l'utilité économique des prestations fournies et rémunérées. Pour autant, le droit à congés payés ne saurait être reconnu avant la date du 1^{er} janvier 2007, date d'application du décret n° 2006-703 du 16 juin 2006 réformant l'article R. 243-11 du code de l'action sociale et des familles⁴⁹⁰ et portant application de l'article L. 344-2-2 du même code. La distinction entre le code du travail et le code de l'action sociale et des familles demeure et confirme que le travail en ESAT ne peut être analysé comme étant la suite d'un contrat de travail. L'évolution actuelle du regard porté sur les ESAT, le souhait qu'ils puissent favoriser un accès plus facile au monde du travail de droit commun, constituent autant de facteurs de rapprochement des ESAT du droit du travail. Ce discours a également des conséquences financières importantes pour les établissements dans leur pilotage budgétaire. L'arbitrage entre le développement des droits et les impacts sur les finances publiques, reste toujours d'actualité pour les pouvoirs publics. Le débat reste ouvert et devrait évoluer. Une question posée lors de la 16^{ème} législature à l'Assemblée Nationale par Madame Marie-Charlotte Garin a permis à Madame Fadila Khattabi, Ministre déléguée auprès du Ministre des solidarités, de l'autonomie et des personnes handicapées, de résumer la position actuelle des pouvoirs publics⁴⁹¹. Cette question a permis d'apporter un éclairage sur l'évolution réglementaire des ESAT. Il est notamment fait mention du décret du 13 décembre 2022⁴⁹² qui

⁴⁸⁹ C.cass. soc., 16 décembre 2015, 11-22.376, Publié au bulletin, Publié au bulletin.

⁴⁹⁰ CASF, Article R243-11 : « *Le travailleur handicapé qui a conclu un contrat de soutien et d'aide par le travail et qui justifie d'un mois de présence dans l'établissement ou le service d'aide par le travail a droit à un congé annuel, qui donne lieu au versement de la rémunération garantie et dont la durée est déterminée à raison de deux jours et demi ouvrables par mois d'accueil en établissement ou service d'aide par le travail. La durée totale de ce congé, qui ne peut excéder trente jours ouvrables, peut être augmentée de trois jours mobiles, dont l'attribution est laissée à l'appréciation du directeur de l'établissement ou du service d'aide par le travail* »,

[En ligne], Disponible à l'adresse :

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006905787/, [Consulté le 1 juin 2022].

⁴⁹¹ [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://questions.assemblee-nationale.fr/q16/16-6571QE.htm>, [Consulté le 28 novembre 2023].

⁴⁹² Décret n° 2022-1561 du 13 décembre 2022 relatif au parcours professionnel et aux droits des travailleurs handicapés admis en établissements et services d'aide par le travail, JORF n° 289 du 14 décembre 2022. Ce texte apporte un éclairage sur les relations entre les entreprises et les ESAT.

ouvre de nouveaux droits pour les personnes handicapées travaillant en ESAT. La Ministre déléguée auprès du Ministre des solidarités, de l'autonomie et des personnes handicapées a rappelé l'engagement pris par le Président de la République lors de la conférence nationale du handicap⁴⁹³ quant aux nouveaux droits pour les travailleurs en ESAT⁴⁹⁴.

F. Invocabilité entre particuliers de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

274. Pour une personne, il est important que ses droits fondamentaux soient reconnus et qu'ils aient une véritable valeur juridique. Cette reconnaissance acquise, une autre interrogation se fait jour qui consiste à se demander si le droit, ainsi reconnu, peut-être mobilisé dans un conflit entre particulier. La question de l'effet direct des dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, s'est donc invitée devant des juridictions nationales et devant la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁹⁵. Il paraît nécessaire de définir plus avant la notion d'effet direct d'une norme européenne. Le dictionnaire de Vocabulaire⁴⁹⁶ juridique indique que cette notion, renvoie à l'idée qu'un particulier peut invoquer une norme européenne directement devant une juridiction nationale. La disposition communautaire, bénéficiant de l'effet direct, s'impose au juge national qui doit écarter la norme nationale qui lui serait contraire, mais également appliquer la norme communautaire au litige. L'effet direct est dit vertical lorsque le droit communautaire est invoqué à l'encontre d'un État, il devient horizontal lorsqu'il est invoqué contre un particulier. Plusieurs jurisprudences illustrent l'effet direct de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

⁴⁹³ La conférence nationale du handicap s'est tenue le 26 avril 2023 au palais de l'Élysée.

⁴⁹⁴ La Ministre évoque de nouveaux droits évoqués lors de la conférence nationale du handicap : « - l'inscription des « droits collectifs fondamentaux » dans le code de l'action sociale et des familles : le droit syndical et le droit de grève, le droit d'alerte et de retrait ainsi que le droit d'expression directe et collective ; - le renforcement de l'association aux travaux du comité social et économique (CSE) de l'ESAT de représentants de l'instance mixte usagers-salariés spécifique aux ESAT ; - la prise en charge des frais de transports domicile-travail ; - l'extension du bénéfice des titres restaurants et des chèques vacances ; - le bénéfice d'une complémentaire santé pour ces travailleurs. Ces nouveaux droits entreront en vigueur dès le 1er janvier 2024 ».

⁴⁹⁵ La CJUE a été appelée à plusieurs reprises à se prononcer sur l'effet direct des dispositions communautaires. Par un arrêt du 24 janvier 2012 (*Maribel Dominguez*, n° C-282/10), la Cour affirme l'obligation qui incombe aux juridictions nationales de garantir l'application du droit de l'Union européenne. Il faut noter l'absence d'effet direct horizontal des directives dans des litiges entre particuliers.

⁴⁹⁶ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.*, p.384 : « Effet direct reconnu à celles des normes communautaires qui créent des droits dans le chef des particuliers et s'imposent à leurs juridictions ».

275. A l'occasion de plusieurs arrêts en date du 6 novembre 2018, la Cour de Justice de l'Union Européenne s'est prononcée sur des demandes de questions préjudicielles portant sur l'aménagement du temps de travail ainsi que sur l'interprétation d'une directive de 2003 et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En l'espèce, il s'agissait pour des familles, d'obtenir le paiement de congés payés non pris⁴⁹⁷ par leur proche avant leur décès. En préalable, la Cour affirme que « *l'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs au travail représente un objectif qui ne saurait être subordonné à des considérations de caractère purement économique* » (Point 5). La juridiction nationale, de son côté, considère que « *le droit au congé annuel payé du travailleur s'éteint lors du décès de celui-ci, de telle sorte qu'il ne peut être converti en un droit à une indemnité financière ni faire partie de la masse successorale. Elle précise, en outre, que toute autre interprétation desdites dispositions serait contra legem et ne saurait dès lors être retenue* » (Point 15). A propos de la qualification de l'effet direct, la Cour réaffirme que les parties peuvent invoquer une directive si celle-ci est inconditionnelle et suffisamment précise et reconnaît la possibilité que la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne puisse être mobilisée, dans un litige entre particuliers⁴⁹⁸.

II. La Convention européenne des droits de l'homme

276. Aborder les droits fondamentaux, à l'aune du droit européen, demande que l'on décrive son environnement. En effet, il est important de placer chaque acteur du droit à sa juste place. Le droit de l'Union Européenne concerne les vingt-sept pays qui adhèrent à l'Union. Les traités constitutifs constituent le socle de ce droit qui doit être respecté par les pays membres.

⁴⁹⁷ CJUE, 6 novembre 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contre Tetsuji Shimizu, N° Affaire C-684/16, *Stadt Wuppertal v Maria Elisabeth Bauer and Volker Willmeroth v Martina Broßonn*, N° Joined Cases C-569/16 and C-570/16 (ECJ).

⁴⁹⁸ *Ibid.* : « *En cas d'impossibilité d'interpréter une réglementation nationale telle que celle en cause au principal de manière à en assurer la conformité avec l'article 7 de la directive 2003/88 et l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux, la juridiction nationale, saisie d'un litige opposant l'ayant droit d'un travailleur décédé et l'ancien employeur de ce travailleur, doit laisser ladite réglementation nationale inappliquée et veiller à ce que ledit ayant droit se voie octroyer, à charge de cet employeur, le bénéfice d'une indemnité financière au titre des congés annuels payés acquis en vertu desdites dispositions et non pris par ledit travailleur avant son décès. Cette obligation s'impose à la juridiction nationale en vertu de l'article 7 de la directive 2003/88 et de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux lorsque le litige oppose un tel ayant droit à un employeur ayant la qualité d'autorité publique, et en vertu de la seconde de ces dispositions lorsque le litige oppose l'ayant droit à un employeur ayant la qualité de particulier* ».

Campagnes électorales et orientations politiques diverses interrogent parfois la place du droit européen au sein de leur ordre juridique national, essayant de contrecarrer une jurisprudence bien établie qui reconnaît l'importance du Droit primaire de l'Union au sein de chaque ordre interne. La Cour de Justice de l'Union Européenne est l'institution juridictionnelle de l'Union, dont la mission consiste à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.

277. Evoquer la protection des droits au niveau de l'Europe ne se résume pas à se pencher sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'environnement juridique est plus large et plus complexe. Il est également nécessaire de mettre en avant la Convention européenne des droits de l'homme dont le Conseil de l'Europe est le gardien depuis plus de soixante-dix ans. La Convention européenne des droits de l'homme, signée à Rome le 4 novembre 1950, a été le premier instrument concret rendant contraignants les droits énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Elle énonce des droits absolus auxquels les États ne peuvent porter atteinte, tels le droit à la vie ou l'interdiction de la torture et protège des droits et libertés. La date de rédaction de cette Convention est riche de signification pour les États signataires. Les déclarations de 1948 et 1950 ont été nourries par la seconde guerre mondiale et par la volonté subséquente de mettre un terme aux actions visant à nier les droits humains. Afin de veiller à ce que les États respectent leurs engagements en vue de protéger les droits, la Convention européenne des droits de l'homme a créé la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit, selon la définition de René Cassin⁴⁹⁹, de garantir *« les rapports entre les hommes en fonction de leur dignité humaine, en déterminant les droits et les facultés dont l'ensemble est nécessaire à l'épanouissement de la personnalité de chaque être humain »*⁵⁰⁰.

278. La Convention européenne des droits de l'homme s'inscrit dans une série d'actions et de textes européens, visant à promouvoir et à protéger les droits de l'homme. La Charte sociale

⁴⁹⁹ CASSIN R., Science des droits de l'homme : méthodologie et enseignement, Colloque de Nice (1971), RDH 1972, vol.V.

⁵⁰⁰ RENUCCI, JF., *Droit européen des droits de l'homme : droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*. 7e édition. Manuel. Paris : LGDJ, 2017, page 15 : *« La notion de dignité est essentielle, même si d'autres concepts fondateurs comme la liberté sont particulièrement importants. Mais il n'en reste pas moins vrai que la dignité constitue par excellence le socle des droits fondamentaux. Elle est la source même de ces droits et c'est en raison de leur nature profonde que les droits de l'homme ne peuvent reposer sur la seule autorité de l'Etat : il s'agit de droits que possède tout homme tout simplement parce qu'il est un homme »*.

européenne révisée⁵⁰¹, la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitement inhumains ou dégradants⁵⁰², la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains⁵⁰³ ou la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants⁵⁰⁴, sont autant d'exemples qui illustrent cette volonté européenne de protection. Les textes se complètent entre eux et, dans tous les cas, il sera recherché le texte le plus favorable pour la défense des droits. Les textes de protection sont nombreux et recouvrent de nombreuses catégories. Pour autant, la Convention européenne des droits de l'homme s'inscrit différemment dans ce paysage des droits dans la mesure où elle a évolué depuis 1950, prenant en considération de nouveaux domaines et de nouveaux droits.

279. On doit à un travail prétorien le soin d'avoir fait respirer le texte de la Convention (A). Véritable instrument juridique vivant⁵⁰⁵ (B), la Convention reconnaît les droits des personnes handicapées (C) au même titre que toute personne (D). Afin d'assurer une diffusion de ces droits dans les établissements, il apparaît nécessaire de se défaire des acronymes souvent mobilisés (E).

A. Un travail prétorien qui promeut la respiration du texte

280. La protection des droits nécessite plusieurs préalables pour être efficiente. Il faut d'abord que le texte qui promeut ces droits, soit largement diffusé. La signature de la Convention européenne des droits de l'homme, par l'ensemble des membres du Conseil de l'Europe⁵⁰⁶, a permis un développement large des principes énoncés dans la Déclaration

⁵⁰¹ Charte sociale européenne révisée, Strasbourg, 3 mai 1996, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://rm.coe.int/168007cf94>, [Consulté le 18 avril 2022].

⁵⁰² Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, Strasbourg, 26 novembre 1987, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://rm.coe.int/168007a696>, [Consulté le 18 avril 2022].

⁵⁰³ Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, Varsovie, 16 mai 2005, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://rm.coe.int/1680083731>, [Consulté le 18 avril 2022].

⁵⁰⁴ Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, Strasbourg, 25 janvier 1996, Convention européenne Droits enfant – 1996, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://rm.coe.int/168007cdbb>, [Consulté le 18 avril 2022].

⁵⁰⁵ Huteau G., *Le droit de la sécurité sociale, Système et finalités*, Presses de l'EHESP, Fondamentaux, 2021, p6. Le droit de la sécurité sociale est considéré comme étant un droit vivant, « *il concerne toutes les étapes de la vie humaine, de la naissance à la mort, que les personnes soient confrontées à des éventualités malheureuses (ex : maladie, accident) ou heureuses (ex : maternité, charge d'enfants)* ».

⁵⁰⁶ Rapport de la Secrétaire Générale du Conseil de l'Europe, 2023, « Le Conseil de l'Europe : gardien des Droits de l'Homme, de la Démocratie et de l'Etat de Droit pour 700 millions de citoyens ». [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.coe.int/fr/web/portal/home>, [Consulté le 19 avril 2022].

Universelle des Droits de l'Homme. Du sud de l'Espagne aux confins de l'Azerbaïdjan, du Groenland au Saint-Siège, du statut de membre à celui d'observateur, la Convention européenne des droits de l'homme s'est diffusée au-delà du territoire européen. Dès le début du processus le 5 mai 1949, la France et la Belgique ont signé le traité de Londres qui fonde le Conseil de l'Europe. L'année suivante, la Convention européenne entre en vigueur et en 1953, la Cour européenne des droits de l'homme est créée en vue de faire respecter la Convention. Dans un second temps, il est nécessaire que le texte épouse l'actualité des pays. En mars 2022 par exemple, la situation internationale et la guerre en Ukraine ont entraîné le départ de la Russie du Conseil de l'Europe, et donc, de la Convention européenne des droits de l'homme. Enfin pour défendre les droits, la Convention doit également amender son texte originel pour qu'il puisse répondre, au plus près, aux situations juridiques exposées. Affirmer qu'un droit est plus facile à défendre, lorsqu'il correspond à son époque, paraît une évidence. Pour autant, nombre de textes internationaux n'évoluent pas avec le temps, laissant l'action prétorienne faire son œuvre afin que les droits prennent leur envol.

281. La jurisprudence a reconnu, à plusieurs reprises, le caractère évolutif de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Tyrer*, statuant sur des traitements inhumains, la Cour rappelle que la Convention est un instrument vivant à interpréter à « *la lumière des conditions de vie actuelles* ». ⁵⁰⁷ Il est donc nécessaire que la Cour prenne en considération les nouvelles menaces, pour les droits et la dignité humaine. Dans l'affaire *Szabo et Vissy* ⁵⁰⁸, la Cour était interrogée sur les absence de garanties suffisantes contre les abus dans la législation en matière de surveillance secrète. Elle a pointé le fait que les progrès technologiques permettent un développement des systèmes de surveillance et qu'il est donc nécessaire de mettre en place des mécanismes de protection. Dans son discours d'ouverture de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme le 31 janvier 2020, le Professeur Lawson ⁵⁰⁹ nous invite à séparer « *l'inné de l'acquis* » dans la jurisprudence de la Cour. En mentionnant l'inné, le Professeur Lawson évoque la dignité et les libertés fondamentales qui

⁵⁰⁷ CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72, § 31, à propos de traitements inhumains.

⁵⁰⁸ CEDH, 12 janvier 2016, *Szabo et Vissy c. Hongrie*, n° 37138/14, § 53, à propos de l'absence de garanties suffisantes contre les abus dans la législation en matière de surveillance secrète.

⁵⁰⁹ LAWSON R. est professeur de droit européen, attaché à l'Institut européen de l'Université de Leyde. Il est membre du réseau d'experts indépendants de l'UE dans le domaine des droits de l'homme et rédacteur au *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* [revue néerlandaise qui milite pour les droits de l'homme]. Par ailleurs, il conseille, entre autres, le Conseil de l'Europe et le ministère néerlandais de la Justice.

constituent le fondement de la Convention. Le contexte en évolution permanente des pays représente l'acquis. Ce mouvement de « *respiration* » de la Convention est intéressant car, d'un côté, il permet au texte de suivre les évolutions, sans pour autant se couper des principes fondamentaux. De l'autre, ces changements jurisprudentiels induisent une forme d'instabilité juridique. Ce besoin de « *respiration* » permet à la Cour de faire avancer la reconnaissance des droits, en évitant les situations de blocages avec les pays signataires. Dans cet esprit, on peut noter la notion jurisprudentielle de « *marge d'appréciation étendue* » qui est mise en lumière, dans un arrêt du 14 décembre 2017⁵¹⁰.

282. La jurisprudence est riche sur la question de cette « *marge d'appréciation* », qui irrigue de nombreux secteurs et de nombreux systèmes juridiques nationaux. Cette approche, même si elle peut être vecteur d'insécurité juridique, permet la prise en compte de l'état de la législation du pays. Elle permet également d'exposer au grand jour le droit national à l'aune de ce qui est en vigueur, dans les autres pays membres du Conseil de l'Europe. Ce faisant, cette « exposition au grand jour » peut alimenter une réflexion parmi la population et permettre au Parlement national de faire évoluer sa législation.

B. La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant

283. Il peut apparaître surprenant de convoquer la biologie pour définir la Convention européenne des droits de l'homme. Celle-ci serait par nature vivante, elle grandirait et prendrait davantage en considération l'environnement pour s'adapter. Ces termes représentent, bel et bien, ce texte proposé à Rome en 1950. Contrairement à la plupart des textes internationaux, la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas un texte figé depuis sa création. On ne retrouve pas cette capacité d'évolution lorsqu'on examine la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁵¹¹ ou encore la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948⁵¹². Ces textes sont évidemment des écrits fondateurs, mais n'ont pas évolué au cours

⁵¹⁰ CEDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et a c. Italie*, n° 26431/12 concernant le mariage homosexuel.

⁵¹¹ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 - Légifrance », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789?msclid=da800551c15b11ec9d272040d7b43f9d>, [Consulté le 21 avril 2022].

⁵¹² Déclaration universelle des droits de l'homme, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/index.html?msclid=75b81e47c15b11eca553e281536e3548>, [Consulté le 21 avril 2022].

du temps, laissant les jurisprudences nationales et internationales reconnaître les évolutions sociales. Au contraire, la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 n'est pas identique à celle en vigueur actuellement, le dispositif pensé initialement intègre un mécanisme de conférence de haut niveau, permettant aux 46 pays de proposer de garantir de nouveaux droits.

284. Ce système permet d'alimenter le texte initial de la Convention en proposant des protocoles additionnels à la ratification des pays membres. En 2020, ce sont seize protocoles qui ont été élaborés pour développer les droits des personnes et pour en assurer la garantie. Il nous faut à ce stade insister sur la différence qui existe entre un protocole additionnel et un protocole d'amendement. On parle de protocole d'amendement à la Convention lorsque le texte modifie le texte originel. Il doit être signé et ratifié par l'ensemble des pays adhérant au Conseil de l'Europe. Sans l'accord de l'ensemble des pays membres, le protocole d'amendement n'entre pas en vigueur⁵¹³. A l'inverse, les protocoles additionnels ne nécessitent pas que le texte soit ratifié par tous les États. Chaque protocole prévoit un minimum de ratification requis pour entrer en vigueur auprès des seuls signataires. Sur ce point, il s'agit d'une véritable différence entre les deux protocoles. Le protocole additionnel est « *une sorte d'engagement à la carte : dès lors qu'un minimum requis de ratification est atteint, minimum par ailleurs variable selon les protocoles, le texte s'appliquera aux Etats qui l'ont ratifié avec la même force que la Convention européenne des droits de l'homme avec laquelle il fait corps* »⁵¹⁴.

285. Au travers des différents protocoles additionnels, sans lister de manière exhaustive tous les droits, on peut constater qu'un nombre croissant de libertés et de droits ont été reconnus et que par ailleurs, des garanties juridictionnelles ont été apportées aux particuliers. Il s'agit d'un système qui permet une modification du droit de la Convention, sans « bloquer » son application lorsqu'un État ne ratifie pas le Protocole. Politiquement, chaque État reste maître du calendrier et du contenu de celui-ci, dans la mesure où il peut choisir d'accepter ou de ne pas accepter un Protocole, mais également la date de son acceptation. En définitive, les

⁵¹³ Rapport explicatif du Protocole n°11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, Strasbourg, 11 mai 1994 : « *Le caractère fondamental de la réforme du mécanisme de contrôle nécessite l'accord de tous les Etats Parties à la Convention. C'est pourquoi le Protocole n° 11 est conçu comme un protocole d'amendement dont l'entrée en vigueur est conditionnée par l'obligation pour tous les Etats Parties d'exprimer leur consentement à être liés par ce Protocole* », (Point 55).

⁵¹⁴ RENUCCI, JF., *Op. cit.*, p. 19.

évolutions et les acceptations seront souvent le fruit d'une pression interne de la population du pays. A côté des nouveaux droits reconnus, il est intéressant de constater que de nombreux protocoles ont été élaborés en vue de les garantir.

286. La multiplication des protocoles a permis de corriger certaines difficultés de procédure devant la Cour. L'analyse de la jurisprudence de la Cour⁵¹⁵ met en évidence un nombre élevé de recours depuis 1959 et d'arrêts subséquents. Ce sont 24511 arrêts qui ont été rendus en 62 ans, soit 32 arrêts par mois. Il est intéressant de constater que seuls trois pays mobilisent près de 40 pour cent des arrêts, la Turquie, la Fédération de Russie et l'Italie. Le Protocole n°11 a renforcé le mécanisme de la Cour qui siège désormais en permanence, évitant le filtrage de la Commission des droits de l'homme quant à la recevabilité de l'affaire. En 2013, le Protocole 15 a diminué le délai permettant l'ouverture d'un recours devant la Cour. Entrée en vigueur depuis le 1^{er} août 2021, le Protocole fixe désormais le délai de saisie de la Cour à quatre mois au lieu de six. Le développement de la procédure des arrêts pilote⁵¹⁶, ainsi qu'une politique de priorisation des affaires⁵¹⁷ ont permis de réduire le travail de la Cour.

C. Les personnes handicapées et la Convention européenne des droits de l'homme

287. Que la Convention européenne des droits de l'homme concerne tous les citoyens, cette affirmation est aujourd'hui d'évidence tant le paradigme d'une société inclusive s'impose à tous les acteurs. La vision sociale du handicap dépasse la constatation médicale du handicap. Désormais, c'est l'environnement et les limites qu'il engendrent qui génère des situations de handicap attentatoires aux droits des personnes. Pourtant, il est intéressant de constater que le terme même de handicap n'est pas mentionné par la Convention européenne des droits de

⁵¹⁵« Overview_19592021_FRA.pdf », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592021_FRA.pdf, [Consulté le 23 avril 2022].

⁵¹⁶ Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme, Article 61 : « *Le nouvel article codifie la « procédure de l'arrêt pilote » qui existe déjà et vise les cas dans lesquels un dysfonctionnement systémique et structurel dans le pays en cause a donné lieu ou est susceptible de donner lieu à l'introduction d'autres requêtes analogues devant la Cour. Prenant en considération l'expérience acquise par la Cour lors de l'application de cette procédure à différents pays et à différentes situations, le nouvel article met en place un cadre réglementaire clair pour les arrêts pilotes* », Communiqué de presse Cour européenne des droits de l'homme, n° 256, 24 mars 2011.

⁵¹⁷ En juin 2009, la Cour a adopté une politique de priorisation en vue d'accélérer le traitement et la résolution des affaires les plus importantes, graves et urgentes. Elle a établi sept catégories allant des affaires urgentes concernant des requérants vulnérables (catégorie I) aux affaires manifestement irrecevables, qui sont traitées par un juge unique (catégorie VII).

l'homme. A titre de comparaison, on relève à deux reprises le terme handicap dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'article 21⁵¹⁸ aborde la question du handicap au travers de la notion de non-discrimination et l'article 26⁵¹⁹ traite de l'intégration des personnes handicapées. La faible place occupée par le thème du handicap dans la Convention est le signe que les discriminations sont avant tout fondées sur le non-respect des droits humains. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a permis aux personnes handicapées de faire reconnaître leurs droits en tant que personne.

288. Dans le cadre de ce développement, nous évoquerons successivement le droit à la vie (1), les traitements inhumains et dégradants (2), le harcèlement (3), le respect de la vie privée (4) ainsi que la question de la privation de la capacité juridique (5).

1. Le droit à la vie

289. La Cour s'est prononcée sur l'application de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵²⁰, au décès de personnes handicapées. Dans l'arrêt *Jasinski contre la Lettonie*⁵²¹, la Cour devait se prononcer sur le décès d'une personne sourde-muette en garde à vue. Malgré être tombée dans des escaliers à la sortie d'une fête d'étudiants, cette personne avait été placée en cellule de dégrisement, sans examen médical. Enfermée, la personne n'ayant plus son bloc-notes, ne pouvait communiquer avec la police. Ni les policiers, ni les ambulanciers par la suite n'ont correctement évalué la situation. L'inspection qui a suivi le décès a mis en lumière les manquements des services de police, sans pour autant conclure à une

⁵¹⁸ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne Article 21 : « Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

⁵¹⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Article 26 : « L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté ».

⁵²⁰ CEDH, Article 2 : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ».

⁵²¹ CEDH, 21 décembre 2010, *Jasinski c. Lettonie*, n° 45744/08.

faute des services. « *La Cour rappelle que l'article 2 de la Convention impose aux Etats contractants l'obligation non seulement de s'abstenir de donner la mort « intentionnellement », mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction. Les personnes en garde à vue sont fragiles et les autorités 2 ont le devoir de les protéger. S'agissant d'un détenu handicapé, il y a lieu d'apporter d'autant plus de soin à garantir que les conditions de détention répondent à ses besoins propres, y compris au regard du droit international et notamment de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, qui est entrée en vigueur le 3 mai 2008 et a depuis lors été signée et ratifiée par la Lettonie* »⁵²².

290. Dans un arrêt en date du 18 juin 2013⁵²³, la Cour examinait la situation de quinze enfants atteints de troubles physiques et mentaux qui avaient trouvés la mort dans un foyer, par manque de nourriture et de médicaments. Préalablement à ces drames, la directrice du foyer avait alerté les pouvoirs publics du pays sur la gravité de la situation. La Cour considère que les décès ne sont pas survenus à la suite d'événements de force majeure, auquel l'État ne pouvait faire face. Et de conclure qu'« *Il ressort des éléments au dossier que les autorités n'ont pas pris les mesures promptes, concrètes et suffisantes pour prévenir les décès, alors qu'elles avaient une connaissance précise des risques réels et imminents pour la vie des personnes concernées* »⁵²⁴.

291. Une requête peut également être introduite par une organisation non gouvernementale, même si cette organisation n'a pas été victime des violations de la Convention⁵²⁵. En l'espèce, compte-tenu de la gravité des faits et des circonstances exceptionnelles de l'affaire, la Grande Chambre avait adopté cette position. Après plusieurs changements d'établissements, un jeune handicapé a été retrouvé « *seul dans une chambre non chauffée, dotée d'un lit dépourvu de draps et de couvertures, qu'il n'était vêtu que d'un haut de pyjama et ne recevait pas l'aide dont il avait besoin pour se nourrir ou aller aux toilettes. M. Câmpeanu décéda le jour même (20 février 2004), dans la soirée* ».

⁵²² CEDH, Communiqué de presse du Greffier de la Cour, n°992, 21 décembre 2010.

⁵²³ CEDH, 18 juin 2013, *Nencheva et autres c. Bulgarie*, n° 48609/06.

⁵²⁴ CEDH, Communiqué de presse du Greffier de la Cour, n°181, 18 juin 2013.

⁵²⁵ CEDH, 17 juillet 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, n° 47848/08.

2. Les traitements inhumains et dégradants

292. L'article 3 de la Convention⁵²⁶ interdit la torture, ainsi que les traitements inhumains et dégradants. Dans l'affaire Stanev contre la Bulgarie⁵²⁷, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants constate les conditions déplorables de vie en foyer social de Monsieur Stanev. La Cour reconnaît que l'État n'avait pas l'intention d'infliger de tel traitement. Néanmoins, elle constate que la nourriture n'était pas suffisante et de mauvaise qualité, que le foyer souffrait d'un manque de chauffage et que les sanitaires n'étaient pas conformes. Toutes ces conditions constituent un traitement dégradant en violation de l'article 3 de la Convention. Par ailleurs, la Cour établit que l'État n'a pas essayé de modifier cette situation de 2002 à 2009 et considère que, l'absence de ressources financières de Monsieur Stanev, ne justifie pas son maintien dans de telles situations de vie.

3. Le harcèlement verbal ou physique

293. La Cour peut invoquer l'article 3 de la Convention, pour dénoncer l'inaction des services d'un État face au harcèlement d'une personne handicapée. Dans un arrêt de 2012⁵²⁸, une mère et son fils se plaignaient d'avoir été harcelés verbalement et physiquement pendant plus de quatre ans, par des enfants habitant près de chez eux. Des troubles de voisinage au harcèlement physique, nombreux sont les événements qui empêchent le requérant de vivre normalement et tranquillement. La Cour relève que les autorités du pays n'ont pas accordé d'intérêt aux problèmes soulevés par le requérant. Le pays a donc une obligation générale de protection de ses habitants, alors même que les actions en cause ne constituent pas des infractions pénales. La Cour « *conclut que, en dehors de réponses à des incidents précis, les autorités compétentes n'ont pris aucune mesure de nature générale alors qu'elles savaient que Dalibor faisait systématiquement l'objet de harcèlement et qu'il était vraisemblable que cela continue. Dès lors, il y a eu violation de l'article 3 dans le chef de Dalibor* ».

294. La jurisprudence de la Cour est riche de décisions, fondées sur la violation de l'article 3 de la Convention. Par exemple, les violences sexuelles ont été considérées comme des traitements inhumains ou dégradants. L'âge et la vulnérabilité d'une personne exige que les

⁵²⁶ CEDH, Article 3 Interdiction de la torture : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

⁵²⁷ CEDH, 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, n° 36760/06.

⁵²⁸ CEDH, 24 juillet 2012, *Dordevic c. Croatie*, n° 41526/10.

autorités accordent une protection accrue. Lors de l'examen d'une affaire en 2016⁵²⁹, la Cour a estimé que les autorités auraient dû enquêter plus avant afin de s'assurer de la validité du consentement de la personne vulnérable. L'absence de poursuites des actions violentes et de mobilisation du dispositif pénal idoine sont contraires à la Convention.

4. L'ingérence dans la vie privée

295. La question du respect de la vie privée et de la capacité juridique de la personne handicapée est souvent source de débat. On entend aussi toutes les interrogations qui peuvent se faire jour à propos de la responsabilité attachée aux actes de la vie quotidienne. Pour les directions d'établissement, il est important d'accompagner tous les acteurs, afin que le paysage juridique soit correctement éclairé. Naturellement au niveau international, la Cour a été amenée à se prononcer sur des situations de privation de droits individuels et d'ingérence dans la vie privée. Dans l'affaire Chtoukatourov contre la Russie⁵³⁰, il était exposée la situation d'une personne handicapée qui se plaignait d'avoir été internée en hôpital psychiatrique et d'avoir été privée de sa capacité juridique. La question de la violation de l'article 8⁵³¹ de la Convention, en raison de la privation totale du requérant de sa capacité juridique, était donc posée à la Cour. La législation de la Russie offre une solution binaire aux questions soulevées par la capacité juridique d'une personne. Soit une personne peut se prévaloir d'une capacité juridique totale, soit il est constaté une incapacité totale. La Cour pour asseoir sa décision, fait appel à la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui envisage des réponses individualisées. Elle déclare « *que l'ingérence dans la vie privée du requérant a été disproportionnée au but légitime visé par le Gouvernement russe consistant à protéger les intérêts et la santé d'autrui, en violation de l'article 8* ».

⁵²⁹ CEDH, 24 mai 2016, *I.C c. Roumanie*, n° 36934/08.

⁵³⁰ CEDH, 27 mars 2008, *Chtoukatourov c. Russie*, n° 44009/05.

⁵³¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Article 8- Droit au respect de la vie privée et familiale : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

5. La capacité juridique

296. En 2016, la Cour avait également conclu à la violation des articles 6§1⁵³² et 8 de la Convention, en examinant la demande d'une personne handicapée contre la Lituanie⁵³³. Dans cette affaire, la personne se plaignait de ne pas avoir participé à la procédure judiciaire à l'issue de laquelle il fut déclaré incapable. La Cour a constaté que la procédure interne au pays n'avait pas respectée le respect de la vie privée, dans la mesure où la personne et avait été hospitalisée de force sans avoir été entendue. La simple constatation d'un trouble mental ne peut justifier la privation de la capacité juridique.

D. L'applicabilité directe de la Convention par les particuliers

297. L'article premier⁵³⁴ de la Convention pose le cadre de son application, en obligeant les États signataires à respecter les droits de l'homme. Dès le préambule, il est fait référence à la Déclaration universelle des droits de l'homme, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948⁵³⁵. Dans un arrêt en date du 6 novembre 1980⁵³⁶ mettant en cause le Royaume de Belgique, la Cour a reconnu le caractère mobilisable par un particulier et directement applicable de la Convention. La Convention fait donc partie intégrante du système

⁵³² L'article 6 §1 aborde le droit à un procès équitable.

⁵³³ CEDH, 31 mai 2016, *A.N. c. Lituanie*, n° 17280/08.

⁵³⁴ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Article 1- Obligation de respecter les droits de l'homme : « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ».

⁵³⁵ Déclaration universelle des droits de l'homme, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/index.html?msclid=66617f66c6eb11ecb1510731ed95b11c>.

⁵³⁶ CEDH, 6 novembre 1980, *Van Oosterwijck c. Belgique*, n° 7654/76, § 33 : « *Quant à la requête adressée à la Commission, sa seule base juridique réside dans la Convention. Or D. Van Oosterwijck n'a tiré argument de celle-ci ni en première instance ni en appel et ne s'est pas pourvu en cassation. La Convention forme pourtant partie intégrante du système juridique belge où elle prime la législation interne, antérieure ou postérieure (Cour de cassation, arrêt du 27 mai 1971 en l'affaire Fromagerie Franco-Suisse Le Ski, Pasicrisie belge, 1971, I, pp. 886-920). En outre, son article 8 (art. 8) revêt un caractère directement applicable ainsi que la Cour l'a constaté (arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, série A no 12, p. 46. Paragraphe 95) et que l'ont reconnu la jurisprudence belge (Cour de cassation, arrêts des 21 septembre 1959 et 26 septembre 1978, Annuaire de la Convention, vol. 3, pp. 625-629, et Pasicrisie belge, 1979, I, pp. 126-128) et celle d'autres États (voir, pour les Pays-Bas, Hoge Raad, arrêt du 18 janvier 1980, Nederlandse Jurisprudentie, 1980, no 462 ; pour le Grand-Duché de Luxembourg, Cour supérieure de Justice, arrêt du 2 avril 1980, Journal des Tribunaux, 1980, p. 491). L'intéressé aurait donc pu se prévaloir dans son pays de cette disposition et plaider qu'elle se trouvait violée dans son chef* ».

juridique belge, elle prime la législation interne. La reconnaissance du caractère directement applicable de la Convention a également été reconnue au travers de l'arrêt *Eckle* contre l'État allemand⁵³⁷ en ces termes : « *Ce caractère subsidiaire acquiert encore plus de relief quand il s'agit d'États qui ont incorporé la Convention à leur ordre juridique et qui en considèrent les normes comme directement applicables* ». Afin d'être directement mobilisable (ou *self-executing*⁵³⁸) par les citoyens, le pays doit avoir préalablement ratifié la Convention. En France, il a fallu attendre le 3 mai 1974 pour que la ratification soit effective et l'année 1981 pour que l'État accepte le droit de recours individuel.

E. La défense des droits loin des acronymes

298. Les acronymes sont nombreux dans le champ médico-social. On les utilise par facilité, par habitude ou tout simplement par mimétisme, dans un environnement qui en fait la promotion. Nombreuses sont les directions d'établissement qui ont été confrontées à des personnes ou à des familles, écarquillant les yeux alors que la discussion tournait autour d'une orientation en « *FAM* »⁵³⁹ ou en « *ESAT* »⁵⁴⁰, et d'une participation au « *CVS* »⁵⁴¹. Ces situations, loin d'être isolées, méritent une attention particulière de la part des directions d'établissement. Elles sont l'expression d'un besoin de comprendre, de se comprendre autour d'une idée partagée, celle du meilleur accompagnement possible pour les personnes handicapées. L'enfermement des discussions autour de multiples acronymes fige les positions et peut générer des incompréhensions.

⁵³⁷ CEDH, 15 juillet 1982, *Eckle c. Allemagne*, n°8130/78, §66.

⁵³⁸ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.*, 2020, Expression anglaise signifiant « exécution automatique », employée pour désigner une norme ou un acte de Droit international s'appliquant immédiatement dans l'ordre interne, sans qu'il soit besoin d'une norme interne qui en opère la réception dans cet ordre, ou qui la précise de façon à lui faire produire des effets juridiques concrets.

⁵³⁹ Foyer d'Accueil Médicalisé (FAM), « Handicap : foyer d'accueil médicalisé (Fam) », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F15255> , [Consulté le 3 mai 2022].

⁵⁴⁰ Etablissement et services d'aide par le travail (ESAT), « Handicap : travail en établissement et service d'aide par le travail (ESAT) », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1654> , [Consulté le 3 mai 2022].

⁵⁴¹ Conseil de la vie sociale (CVS), « Conseil de la vie sociale et autres formes de participation (Articles D311-3 à D311-32-1) - Légifrance », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006074069/LEGISCTA000006190099/2011-03-09/#LEGISCTA000006190099 , [Consulté le 3 mai 2022].

299. L'environnement européen peut être également source de beaucoup d'incompréhension. Les acronymes utilisés sont nombreux pour décrire les systèmes de protection des droits fondamentaux. D'un côté, la Cour de Justice de la Communauté Européenne (CJCE) s'est transformée en Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) en 2009, après l'adoption du traité de Lisbonne. De l'autre, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) est une juridiction du Conseil de l'Europe chargée de veiller au respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par les 46 États qui l'ont ratifiée. Lorsqu'on évoque les droits fondamentaux au niveau européen, il est nécessaire de se demander si l'on se place au niveau de l'Union Européenne à 27, ou au niveau du Conseil de l'Europe avec ses 46 membres (la Russie ne fait plus partie du Conseil depuis l'invasion de l'Ukraine) et si l'on doit se retourner vers Strasbourg, pour interroger la Cour Européenne des Droits de l'Homme ou vers Luxembourg s'agissant de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Le cadre posé, il nous est possible désormais de faire une différence entre la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, adoptée le 7 décembre 2000 par l'Union Européenne et la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui est un traité international, signé par les Etats membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950.

300. Ces quelques précisions nous rappellent qu'il existe un métissage de plusieurs textes protégeant les droits fondamentaux et qu'il est nécessaire pour aller plus avant, de les connaître et de bien les situer. La question du rapprochement de la CJUE et de la CEDH s'invite assez vite dans la réflexion. Afin que la défense des droits fondamentaux soit effective et cohérente au niveau européen, le rapprochement des deux cours paraît une évidence pour le profane. Le débat est ancien qui consiste à envisager l'adhésion de l'Union Européenne, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dès 1970, la Cour de Justice de la Communauté Européenne a reconnu que les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit de la communauté européenne⁵⁴². Par la suite le Parlement européen, le Conseil et la Commission ont fait une déclaration commune le 5 avril 1977 sur la nécessité de respecter les droits fondamentaux des citoyens. Malgré ces différentes démarches, le tribunal constitutionnel de Karlsruhe⁵⁴³ freinait la reconnaissance européenne en conservant la possibilité d'appliquer le droit national allemand si ce dernier offrait plus de garantie que le droit interne. Malgré une résistance à accepter l'adhésion à la Convention

⁵⁴² CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, n° C-11/70.

⁵⁴³ Tribunal constitutionnel de Karlsruhe, *Solange II*, 22 octobre 1986.

européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1), on peut tout de même esquisser les avantages attendus de l'adhésion (2).

1. L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme : un avis défavorable de la Cour de justice des communautés européennes

301. Le 28 mars 1996, la CJCE rendait un avis défavorable⁵⁴⁴ quant à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La saisie pour avis avait pour objectif de vérifier la compatibilité de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avec les traités européens. La Cour a constaté que les traités ne permettaient pas aux institutions communautaires de créer des normes, en matière de droits de l'homme ou de conclure des accords internationaux dans ce sens. La Cour rappelle que pour se prononcer sur « *la compatibilité de l'adhésion de la Communauté à la convention avec les règles du traité, en particulier avec les articles 164 et 219 relatifs à la compétence de la Cour celle-ci doit disposer d'éléments suffisants sur les modalités en vertu desquelles la Communauté envisage de se soumettre aux mécanismes actuels et futurs de contrôle juridictionnel institués par la convention. Or, force est de constater qu'aucune précision n'a été fournie à la Cour sur les solutions envisagées en ce qui concerne l'aménagement concret de cette soumission de la Communauté à une juridiction internationale. Il résulte de ce qui précède que la Cour n'est pas en mesure de rendre un avis sur la compatibilité de l'adhésion à la convention avec les règles du traité* ». En conclusion, « *En l'état actuel du droit communautaire, la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

302. L'adoption de la Charte des droits fondamentaux le 7 décembre 2000, constituait une première réponse à la question de la place accordée aux droits au sein de l'Union. En 2007, un mémorandum d'accord entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe pour un rapprochement, indique que « *l'Union européenne considère le Conseil de l'Europe comme la source paneuropéenne de référence en matière de droits de l'Homme. Dans ce contexte, les normes pertinentes du Conseil de l'Europe seront citées comme référence dans les documents*

⁵⁴⁴ CJUE, 22 octobre 2012, EU by UNI.LU. « Avis 2/94 de la Cour de justice (28 mars 1996) ». Texte. CVCE.EU by UNI.LU, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.cvce.eu/obj/avis_2_94_de_la_cour_de_justice_28_mars_1996-fr-db253212-9e45-4545-8179-f6d51dd059c0.html.

de l'Union européenne. Les décisions et conclusions de ses mécanismes de suivi seront prises en compte par les institutions de l'Union européenne lorsque cela est pertinent. Une adhésion rapide de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales favoriserait considérablement la cohérence dans le domaine des droits de l'Homme en Europe. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne examineront cette question plus avant ».

2. Les avantages attendus d'une adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales

303. Il est assez facile de se représenter les avantages que l'on peut attendre d'une adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. D'un point de vue politique, ce rapprochement est une preuve de cohérence dans l'approche et l'application des droits fondamentaux en Europe. On peut imaginer que cela permettrait au citoyen de mieux comprendre le fonctionnement des mécanismes de protection, dans la mesure où ils se sont rapprochés. D'un point de vue symbolique, on peut penser qu'une action de simplification et d'unité va permettre un intérêt renouvelé entre les européens et les instances garantissant les droits.

304. Sur le plan juridique, l'adhésion permet de garantir une plus grande protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union. Une personne s'estimant victime d'un droit fondamental en violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de la part des institutions européennes, pourra porter une requête contre l'Union européenne devant la CEDH. Ce faisant, les actes de l'Union seront soumis à un contrôle externe à partir des droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁴⁵. Le Secrétariat général du Conseil de l'Europe, afin de faciliter l'acculturation de tous les acteurs a publié en

⁵⁴⁵ La CEDH est intervenue à plusieurs reprises pour rappeler les droits des personnes handicapées en France. L'article 3 et l'interdiction des traitements inhumains (arrêt de chambre VINCENT C. France, 24 octobre 2006). Le respect de la vie privée (arrêt GAUER C. France, 23 octobre 2012). L'article 6§1 et le droit à un procès équitable (arrêt MOCIE C. France, 8 avril 2003). L'article 10 et la liberté d'expression (arrêt DE PRACOMTAL & FONDATION JEROME LEJEUNE C. France, 7 juillet 2022). L'article 12 et le droit au mariage (arrêt DELECOLLE C. France, 25 octobre 2018).

2010⁵⁴⁶, un texte résumant les principales réponses aux questions posées par l'adhésion⁵⁴⁷. Poursuivant le chemin du rapprochement, le traité de Lisbonne a prévu au travers de son article 6 l'adhésion de l'Union à la CEDH⁵⁴⁸. L'article est ainsi rédigé dans son paragraphe 2 : « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* » et de poursuivre dans son paragraphe 3 en indiquant que : « *Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ».

305. Malgré ce traité la Cour de Justice de l'Union Européenne⁵⁴⁹, consultée afin de faire connaître son avis sur l'adhésion a jugé que le projet travaillé n'était pas compatible avec le Droit de l'Union Européenne, en relevant sept motifs essentiels. Un travail continue pour relancer les travaux de préparation d'adhésion.

⁵⁴⁶ Conseil de l'Europe, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, 1^{er} juin 2010, [En ligne], Disponible à l'adresse : [Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme - Réponses à des questions fréquemment posées](#).

⁵⁴⁷ *Ibid.* : « *Conférer le statut de droit primaire à la Charte des droits fondamentaux de l'UE, tel que l'a fait le Traité de Lisbonne, et l'adhésion sont des mesures complémentaires qui assurent le respect intégral des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE. A cet égard, l'UE suivra la même logique que ses Etats membres, qui ont pour la plupart leur propre catalogue écrit de droits fondamentaux tout en étant aussi Parties à la CEDH. Les relations entre la Charte et la CEDH seront donc analogues à celles qu'il y a entre la CEDH et le catalogue des droits et libertés figurant dans une constitution nationale d'un État partie à la CEDH* ».

⁵⁴⁸ Traité sur l'Union européenne, *Journal officiel de l'Union européenne*, C 326/13, article 6, « Traité sur l'Union européenne (version consolidée).pdf », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0002.02/DOC_1&format=PDF, [Consulté le 5 mai 2022].

⁵⁴⁹ Recueil de la jurisprudence, Avis 2/13 de la Cour (Assemblée plénière), 18 décembre 2014, Union, Publications Office of the European. « Avis de La Cour (Assemblée Plénière) Du 18 Décembre 2014, Avis de La Cour (Assemblée Plénière) Du 18 Décembre 2014.#Avis Rendu En Vertu de L'Article 218, Paragraphe 11, TFUE.#Avis Rendu En Vertu de l'article 218, Paragraphe 11, TFUE - Convention Sur Les Aspects Civils de l'enlèvement International d'enfants - Adhésion d'États Tiers - Règlement (CE) N° 2201/2003 - Compétence Externe Exclusive de l'Union Européenne - Risque d'atteinte à l'application Uniforme et Cohérente Des Règles de l'Union et Au Bon Fonctionnement Du Système Qu'elles Constituent.#Avis 2/13. » Website. Publications Office of the European Union, 18 décembre 2014. [En ligne], Disponible à l'adresse : <http://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/de1e18e3-b7fd-45f9-95ca-446ee650333d/language-fr>, [Consulté le 5 mai 2022].

306. Que l'on considère le droit français ou belge, on relève un point commun à l'intersection de ces deux systèmes juridiques. L'effectivité des droits des personnes handicapées se nourrit des textes européens en plus des lois nationales ou régionales. Cette évidence oblige les directions d'établissement à revisiter leur démarche professionnelle et à accompagner l'ensemble de acteurs vers de nouvelles voies de reconnaissance des droits. L'ouverture vers différentes sources de droit n'est pourtant pas tout à fait naturelle. Les relations entre la France et la Wallonie fournissent un exemple concret du poids que représente les habitudes et la culture juridique et administrative de chaque pays. L'analyse de l'encadrement juridique des accueils des personnes handicapées françaises en Wallonie nous fournit un exemple de négociation entre deux pays mûtiné de réalités budgétaires.

Section 2 : La protection des personnes handicapées

307. La protection des personnes handicapées a pris un relief particulier dans le cadre des relations franco-wallonne pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il faut noter que cet accord a fait l'objet d'une convention bilatérale entre un État et une région. Les accueils des personnes handicapées françaises en Wallonie ne peuvent être analysés simplement comme l'addition d'actions individuelles de personnes qui souhaiteraient changer d'environnement. Ces départs sont avant tout le résultat d'un manque de places dans les établissements français. Même si les chiffres sont difficiles à établir de manière certaine, on compte déjà aujourd'hui plusieurs milliers de personnes handicapées ayant fait un choix de vie en dehors du territoire national. La presse comme les réseaux associatifs n'ont pas hésité à qualifier ces départs vers des établissements wallons « *d'exil forcé* ».

308. L'analyse de cet accord-cadre dans le temps est riche d'enseignement dans le cadre de notre recherche. Depuis la signature de l'accord le 21 décembre 2011 à Neufvilles, les pouvoirs publics français ont souhaité encadrer davantage les accueils dans les établissements dans l'objectif de rapprocher les normes wallonnes des normes françaises. Si, en 2011, les pouvoirs publics français mettaient en avant l'expérience des établissements wallons dans l'accompagnement des personnes autistes, le discours a évolué au fil du temps, insistant sur les règles à instaurer et sur les budgets à respecter.

309. Aborder l'effectivité des droits au travers de cet accord-cadre n'a donc pas la même résonance des deux côtés de la frontière. Dans le cadre de notre recherche, on fait l'hypothèse que les lois françaises et les normes d'une manière générale occupent une place importante dans l'environnement des établissements. Les pouvoirs publics français promeuvent une visée impérative du droit. En réponse, les autorités wallonnes acceptent les demandes françaises, preuve d'une plus grande distance prise avec les normes.

310. La multiplication des accueils de français handicapés en Wallonie a fait naître le besoin d'un accord-cadre afin d'encadrer l'accueil des français en Wallonie (I). Cette convention bilatérale s'inscrit dans la continuité de la Convention de la Haye relative à la protection juridique des adultes (II).

I. France et Belgique, un accord-cadre pour l'accueil des français en Wallonie

311. Aborder les relations entre deux pays oblige à s'interroger sur les raisons qui poussent les États à se rapprocher, afin de partager ensemble une même vision d'un problème. A cette question, il est faux de croire qu'il existe une seule et unique réponse. Interrogé sur les raisons qui rapprochent la France de la Belgique, le géographe va peut-être évoquer la ville de Gouyle-Catelet dans le département de l'Aisne, pour expliquer que cette ville est la source du fleuve l'Escaut qui traverse toute la Belgique avant de se jeter dans la Mer du Nord. Le géographe pourrait également se tourner vers la Meuse et suivre son cours, depuis Pouilly-en-Bassigny dans le département de la Haute-Marne, jusqu'à la Wallonie, les Pays-Bas et la Mer du Nord. La géographie pousse naturellement les deux pays à traiter des problématiques communes.

312. De son côté, l'historien pourra retracer l'histoire des deux pays qui s'entremêlent et se séparent, tout en conservant le souvenir d'un long passé commun. Par exemple, l'histoire de la Révolution française nourrit l'idée de rapprochement de la France et de la Belgique au travers le projet des « *républiques sœurs* »⁵⁵⁰. A l'origine, on trouve une volonté de patriotes étrangers (belges, suisses, italiens et hollandais) réfugiés en France, de reconquérir leur pays d'origine avec l'aide des révolutionnaires français. En août 1794, à la suite de la bataille de Fleurus, la Belgique était entièrement occupée par la France et les deux pays ne faisaient qu'un. Quelques années plus tard le 25 août 1830, des manifestations patriotiques à la suite d'une représentation théâtrale de « *La Muette de Portici* », furent le point de départ de la révolution qui déboucha sur la formation d'une Belgique indépendante, sans mettre un terme aux relations entre les deux pays.

313. Nombreuses sont donc les interactions entre les deux pays qui apparaissent à l'examen de l'histoire commune des deux pays. Interrogé sur ces mêmes interactions, un juriste mettra en exergue la place du Code civil Napoléon dans les deux pays, depuis le début du 19^{ème} siècle. Il faudra attendre, près de 150 ans, pour que le lien juridique se distende un peu et que le Royaume de Belgique abandonne la référence à Napoléon dans son Code civil. Que l'on soit géographe, historien, juriste ou tout simplement citoyen, la situation géographique de la France

⁵⁵⁰ HAROUÉL J.L., *Les républiques sœurs*, PUF, 2018.

et du Royaume de Belgique, conjuguée à la mobilisation d'une langue commune pour une partie du Royaume avec la France, rend assez logique que leurs liens bilatéraux se soient développés.

314. A côté de cette logique de coopération, la question du handicap occupe le devant de l'actualité des relations entre les deux pays et alimente les débats sur les actions déjà prises ou restant à prendre. De prime abord, cette question est, avant tout nationale, chacun des pays devant répondre aux besoins de ses citoyens. Pour les raisons de proximité évoquées ci-dessus, les habitants de la Région des Hauts-de-France se sont facilement tournés vers la Wallonie⁵⁵¹ pour trouver une place dans un établissement accueillant des personnes handicapées. Pour autant, les départs vers la Wallonie ont eu assez rapidement une résonnance politique, les accueils étant assimilés à des « *exils de population handicapée* ». L'examen de la sémantique⁵⁵² nous indique que les accueils s'effectueraient de manière forcée. La réalité des situations se veut plus nuancée, agglomérant des cas de figure divers. Il peut s'agir de demandes françaises qui restent sans solution, de véritables choix des familles souhaitant s'orienter vers des établissements wallons en raison de leur expertise, ou tout simplement de suivre les conseils des collectivités locales en envisageant d'autres solutions.

315. Dans le cadre des relations franco-belges concernant les personnes handicapées, il faut se garder d'avoir une vision trop manichéenne. Parler d'exil en suivant les pouvoirs publics, est une parole forte qui pourrait faire oublier que les personnes handicapées partent vers la Wallonie par incapacité de la France à proposer des solutions sur le territoire national. Par ailleurs, peut-on vraiment utiliser des mots si forts, lorsque la frontière entre les deux pays se franchit si naturellement. La lecture d'un panneau d'autoroute nous indiquant que la vitesse est désormais de 120 kilomètres heure, représente la seule indication que l'on a traversé la frontière et que l'on n'est plus sur le territoire français.

⁵⁵¹ En 1980, la seconde réforme de l'Etat Belge a permis la création de trois régions, la Flandre, la Wallonie et la Région de Bruxelles-Capitale. Le territoire de la Région flamande correspond aux provinces flamandes (partie nord du pays), le territoire de la Région wallonne correspond aux provinces situées en Wallonie (partie sud du pays) et le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale correspond aux 19 communes de l'agglomération bruxelloise. Globalement, sur l'ensemble de la population, 57,5 % habitent en Région flamande, 32 % habitent en Région wallonne et 10,5 % en Région Bruxelles-Capitale.

⁵⁵² Dictionnaire Larousse : « Exil, nom masculin, situation de quelqu'un qui est expulsé ou obligé de vivre hors de sa patrie ».

316. Pour appréhender correctement le phénomène des accueils en Wallonie, il nous faut examiner les bases de l'accord du 21 décembre 2011 (A) et son contenu (B). Au fil des réunions entre les parties, une volonté forte visant à limiter les départs s'est faite jour (C) à l'instigation de la France (D). On peut alors se questionner sur l'impact de cette convention sur les droits des personnes handicapées (E).

A. Les bases de l'accord du 21 décembre 2011- Neufvilles (Wallonie)

317. Lors de son discours⁵⁵³ à l'occasion de la signature de l'accord de coopération entre la France et la Wallonie, Madame la Ministre de la Santé, de l'Action sociale et de l'Egalité des chances, a rappelé l'origine des relations d'accueil entre les deux pays. Au début du 20^{ème} siècle, la Belgique a accueilli les congrégations religieuses françaises qui ont fait face à une hostilité anticléricale. Les lois du 1^{er} juillet 1901, relatives au contrat d'association⁵⁵⁴ et du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État⁵⁵⁵, représentent des jalons législatifs importants dans la lutte contre l'influence des congrégations. Le déclin des vocations a entraîné la fermeture des congrégations en Belgique et leur reprise par des associations belges, toujours financées par la France, pour assurer l'accueil des personnes handicapées françaises. Ce maillage associatif ne bénéficiait pas de financement de la Wallonie, pas plus que d'agrément spécifique pour l'accueil des personnes handicapées françaises dans leur établissement.

318. En 1995, afin d'assurer une protection des personnes vulnérables, la région wallonne a approuvé un décret relatif à l'intégration des personnes handicapées⁵⁵⁶. Dans son article premier, le décret rappelle qu'il prend appui sur l'article 138 de la Constitution du Royaume de

⁵⁵³ Prise de parole à l'occasion la signature de l'accord de coopération avec la République française, Madame Eliane Tillieux, Ministre de la Santé, de l'Action sociale et de l'Egalité des chances, le 21 décembre 2011 au Centre r-Reine Fabiola à Neufvilles.

⁵⁵⁴ Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association - Légifrance. [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006069570/>, [Consulté le 2 juin 2022].

⁵⁵⁵ Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat. (s. d.). [Consulté le 2 juin 2022].

⁵⁵⁶ Décret relatif à l'intégration des personnes handicapées, M.B. 25.05.1995, 6 avril 1995.

Belgique⁵⁵⁷ et sur l'article 128 § 1^{er}⁵⁵⁸. La création d'un organisme d'intérêt public⁵⁵⁹ est actée pour assurer l'exécution de la politique d'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées. L'article 29⁵⁶⁰ du décret vient encadrer les accueils assurés par des personnes morales ou des personnes physiques sur le territoire wallon. Sur les 76 articles du décret, cette disposition est fondamentale lorsqu'on aborde la question de l'accueil des français au sein des « services wallons article 29 », ou « services sous autorisation de prise en charge ». Elle est au cœur des débats qui vont naître à partir de la signature de cet accord-cadre, car les conditions d'agrément sont différentes d'un pays à l'autre. Contrairement à la France, la Wallonie facilite

⁵⁵⁷ Constitution de la Belgique, Chapitre 4 qui traite des Communautés et des Régions, Article 138 : « Le Parlement de la Communauté française, d'une part, et le Parlement de la Région wallonne et le groupe linguistique français du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, d'autre part, peuvent décider d'un commun accord et chacun par décret que le Parlement et le Gouvernement de la Région wallonne dans la région de langue française et le groupe linguistique français du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale et son Collège dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale exercent, en tout ou en partie, des compétences de la Communauté française. Ces décrets sont adoptés à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés au sein du Parlement de la Communauté française et à la majorité absolue des suffrages exprimés au sein du Parlement de la Région wallonne et du groupe linguistique français du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, à condition que la majorité des membres du Parlement ou du groupe linguistique concerné soit présente. Ils peuvent régler le financement des compétences qu'ils désignent, ainsi que le transfert du personnel, des biens, droits et obligations qui les concernent. Ces compétences sont exercées, selon le cas, par voie de décrets, d'arrêtés ou de règlements ».

⁵⁵⁸ *Ibid.*, Article 128 : « 1- Les Parlements de la Communauté française et de la Communauté flamande règlent par décret, chacun en ce qui le concerne, les matières personnalisables, de même qu'en ces matières, la coopération entre les communautés et la coopération internationale, y compris la conclusion de traités. Une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, arrête ces matières personnalisables, ainsi que les formes de coopération et les modalités de conclusion de traités. 2- Ces décrets ont force de loi respectivement dans la région de langue française et dans la région de langue néerlandaise, ainsi que, sauf si une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, en dispose autrement, à l'égard des institutions établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leur organisation, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté ».

⁵⁵⁹ Le décret du 6 avril 1995 crée l'Agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées (AWIPH). L'AViQ a succédé au 1er janvier 2016 à l'Agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées (AWIPH) ; elle s'inscrit dans le contexte de la sixième réforme de l'Etat entraînant la « défédéralisation » des politiques en matière de handicap, de santé et d'allocations familiales.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, Article 29 : « Les personnes morales ou physiques qui, à titre onéreux, prennent en charge habituellement, de manière temporaire ou permanente, à temps complet ou partiel, des personnes handicapées qui n'appartiennent pas à leur famille jusqu'au quatrième degré, et qui ne sont pas reconnues pour exercer cette activité par une autorité publique, doivent faire l'objet d'une autorisation préalable délivrée par l'Agence. L'autorisation fixe le nombre de personnes pouvant être accueillies. Le Gouvernement détermine la procédure relative à l'autorisation préalable ainsi que les conditions minimales de sécurité, d'hygiène et de personnel et les modalités de contrôle des personnes ou services qui hébergent de façon principale et à titre onéreux des personnes handicapées ».

la création d'établissements d'accueil pour personnes handicapées, privilégiant l'accompagnement au détriment de conditions plus strictes de sécurité.

319. Dans son discours⁵⁶¹ Madame Marie-Anne Montchamp, Secrétaire d'Etat auprès de la Ministre des solidarités et à la cohésion sociale, pointe la tradition d'accueil des Belges en Wallonie. La proximité linguistique et géographique, conjuguée à un « *environnement culturel partagé* », sont des éléments qui invitent les familles à passer la frontière. Madame la Secrétaire d'Etat indique, par la suite, que nombre de français ont fait le choix de cet accueil transfrontalier. Il est fait mention des chiffres suivants : « *Ainsi, ce sont aujourd'hui 746 adultes handicapés français qui sont résident en Wallonie et 1 850 enfants français qui sont accueillis dans les 25 établissements belges conventionnés. Plus de 68% d'entre eux proviennent de la région Nord-Pas de Calais* ». On peut noter que les chiffres actualisés sont assez éloignés de ce point de départ⁵⁶². « *Entre fin 2014 et fin 2015, le nombre estimé de personnes venant de France hébergées en Belgique, est passé de 6 300 à 6 836, soit +536 personnes (+8,5 %). Cette augmentation est très largement liée aux personnes adultes à orientation de type maison d'accueil spécialisé (MAS) (+367)* ». Au travers ces chiffres, on note l'évolution importante des accueils de personnes adultes en cinq ans, ce qui donne un relief particulier au triple enjeu que Madame la Secrétaire d'Etat mettait en exergue dès 2011, à savoir, l'amélioration permanente de la qualité des accueils, de l'accompagnement ainsi que la simplification des procédures administratives et financières, en facilitant les inspections conjointes des établissements. Le discours met en avant la particularité de l'accompagnement des personnes autistes en Belgique, le pays « *ayant développé une approche éducative et pédagogique dans ce domaine* ». Dans le même temps, il est fait l'éloge du plan autisme piloté sur le territoire français qui doit permettre d'orienter les personnes, « *le plus possible vers le milieu ordinaire* ». En tant que directeur d'établissement médico-social, on ne peut que se réjouir du fait que les personnes trouvent une solution d'accueil et les aidants, des temps de répit. Pour autant, on voit poindre derrière ces discours, la prégnance d'une posture financière visant à diminuer ou à contenir le coût des séjours en Belgique. Il est intéressant de noter que la volonté de maîtrise

⁵⁶¹ Discours de Marie-Anne Montchamp Secrétaire d'Etat auprès de la Ministre des solidarités et à la cohésion sociale à l'occasion de la signature d'un accord-cadre entre la Wallonie et la France relatif à l'accueil des personnes handicapées dans les services d'accueil et d'hébergements situés en Wallonie, Mercredi 21 décembre 2011 – Neufvilles (Wallonie).

⁵⁶² Rapport C. DUBOSQ, *Appui au dispositif visant à mettre un terme aux 'départs forcés' de personnes handicapées en Belgique*, Décembre 2016, page 3.

budgétaire est très souvent sous-jacente, dans les relations que les pouvoirs publics entretiennent avec leurs partenaires. Ce faisant, le champ du handicap se rapproche du secteur sanitaire avec les réussites que l'on peut mesurer, une personne représentant un « acte » qui correspond, lui-même, à un certain « temps payé ».

B. La signature et le contenu de l'accord-cadre franco-belge

320. Avant d'entrée en application l'accord-cadre, à l'instar de toutes les conventions internationales bilatérales, a fait l'objet d'une approbation par la France et la Belgique. Pour la France, c'est la Constitution de la V^{ème} République et son article 55⁵⁶³ qui fixent le cadre juridique nécessaire à la reconnaissance des traités internationaux, qu'ils soient multilatéraux ou bilatéraux. Afin d'être régulièrement approuvé, l'accord-cadre doit faire l'objet d'une Loi. Au Sénat Madame Michelle Demessine a présenté le projet de loi n°602 (2012-2013), autorisant l'approbation de l'accord-cadre le 16 juillet 2013⁵⁶⁴. Dans le rapport présenté aux parlementaires, il est souligné qu'il y a un « manque de places en France » et même si « nous vivons évidemment une période difficile sur le plan budgétaire..., il y a dans ce domaine des besoins considérables ». Pour l'Assemblée Nationale, Monsieur le député Philip CORDERY a présenté son rapport sur le projet de loi adopté par le Sénat, au nom de la commission des Affaires Etrangères. Il est exposé que l'accord-cadre doit combler trois lacunes, « l'organisation de l'échange d'informations et de données personnelles, la mise en place de modalités d'inspections communes franco-wallonnes et la création d'un cadre d'ensemble tant pour les conventions relatives au financement que pour celles permettant d'organiser la coopération entre les différentes structures en vue d'une optimisation des moyens »⁵⁶⁵. Par ailleurs le rapport souligne un point de droit important, puisque cet accord-cadre n'est pas signé entre deux États. En effet, c'est la Région wallonne et non le Royaume de Belgique, qui est signataire dans le cadre de ses compétences exclusives. Enfin, il est intéressant de constater que l'insuffisance de places en France, la qualité d'ensemble des services et du modèle socio-

⁵⁶³ Article 55 - Constitution du 4 octobre 1958 – Légifrance, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000006527541/, [Consulté le 6 juin 2022] « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. ».

⁵⁶⁴ Projet de Loi adopté par le Sénat autorisant l'approbation de l'accord-cadre entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la région wallonne du Royaume de Belgique sur l'accueil des personnes handicapées, Sénat 602,766 et 767, 25 juillet 2013.

⁵⁶⁵ Rapport sur le Projet de Loi adopté par le Sénat, Assemblée Nationale n° 1466, M. Philip CORDERY

éducatif wallon et une approche plus tolérante vis-à-vis des handicaps mentaux et des troubles de comportement, sont alors les raisons principales du rapprochement entre la France et la Wallonie.

321. Afin de finaliser la procédure en France, le Président de la République a promulgué la loi autorisant l'accord-cadre⁵⁶⁶. Elle sera publiée au Journal Officiel de la République Française le 14 novembre 2013. Un travail de validation analogue a été mené en Wallonie lors de sa session 2012-2013, par la proposition d'un projet de décret⁵⁶⁷ soumis à l'approbation du Gouvernement de la Région wallonne du Royaume de Belgique. Cette procédure est conforme aux articles 138 et 127 de la Constitution du Royaume. Ces deux articles font partie du chapitre quatre, intitulé « Des communes et des régions ». La lecture de l'article 127 al.3 indique que les collectivités locales du Royaume ont la faculté de conclure directement des traités.

322. L'accord-cadre s'inscrit dans le cadre de la coopération transfrontalière entre les deux pays⁵⁶⁸. Il poursuit une amélioration permanente de la qualité de la prise en charge des personnes handicapées, une démarche visant à garantir la continuité de l'accompagnement ainsi qu'un échange et un transfert de connaissances et de bonnes pratiques. L'accord-cadre est un document simplifié qui s'articule autour de onze articles et d'un arrangement administratif complémentaire de sept articles. Il met en exergue différents points qui interrogeaient les acteurs dans le cadre des relations transfrontalières dès 2011. L'Agence Régionale de Santé Nord-Pas-de-Calais est chargée de centraliser les informations administratives, concernant les personnes handicapées qui sont accueillies en Wallonie. Ce faisant, les autorités reconnaissent qu'il n'existe pas un lieu de stockage unique des données administratives concernant les français accueillis en Wallonie. De la même manière, les autorités des deux pays se sont entendues pour effectuer des contrôles conjoints des établissements suivant le droit de l'État sur le territoire duquel sont prodigués les services (article 4). Que doit-on en conclure ? Que les établissements wallons ne répondent pas aux mêmes normes que les établissements français et

⁵⁶⁶ Loi n° 2013-1009 du 13 novembre 2013 autorisant l'approbation de l'accord-cadre entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la région wallonne du Royaume de Belgique sur l'accueil des personnes handicapées – Légifrance, JORF n°0264 du 14 novembre 2013, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000028193887>, [Consulté le 6 juin 2022].

⁵⁶⁷ Parlement Wallon, Projet de Décret, 757 (Session 2012-2013), Rapport présenté au nom de la Commission de la santé, de l'action sociale et de l'égalité des chances par M. Tiberghien, 19 mars 2013.

⁵⁶⁸ Accord-cadre entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume de Belgique sur la coopération sanitaire transfrontalière, 30 septembre 2005.

subséquent, que les droits des personnes handicapées accueillies sont peut-être inégalement respectés. Il est assez surprenant de constater que les accueils se poursuivent vers la Wallonie, alors que l'on a des doutes quant au respect de certaines normes. A la signature de l'accord-cadre, le besoin de places était donc d'une valeur supérieure à la garantie du respect du droit des personnes. L'arrangement administratif qui suit l'accord-cadre, évoque les conventions qui peuvent être passées avec les établissements d'accueil et l'obligation d'assurance, en matière de responsabilité civile. Pour les établissements wallons « *sous article 29* », le volet assurantiel occupe une place importante. L'encadrement juridique des activités des établissements étant moins important en Wallonie, l'accent est mis sur l'assurance pour couvrir les risques liés à un accompagnement plus « ouvert ». Cette approche belge est différente de l'encadrement des établissements français, tel qu'il découle de la Loi 2002-2 du 2 janvier 2002. En France, la plupart des directions d'établissement sont très attentives à la responsabilité qui découle de la gestion quotidienne. Les familles sont également très présentes pour rappeler qu'elles souhaitent un environnement sécurisé pour leur proche. Un travail profond et constant doit être mené par chaque direction, afin d'expliquer aux équipes les contours de la notion de responsabilité afin que les initiatives ne soient pas bloquées. En Belgique, la place laissée aux initiatives est différente dans la mesure où les directions acceptent plus facilement d'être responsables des dommages causés. La démarche assurantienne est plus facilement appréhendée.

C. Au-delà de l'accord-cadre, les limites des départs non souhaités

323. La signature de l'accord-cadre constitue, à la fois un point de départ et un point d'arrêt, dans les relations entre les deux pays. On peut assimiler cet accord à un point de départ de relations normées entre la France et la Wallonie. En effet dès le démarrage, on pouvait noter la volonté commune, de part et d'autre de la frontière, de donner un cadre aux accueils de personnes handicapées françaises outre Quiévrain⁵⁶⁹. Le nombre mis en avant dans les discours de 2011, faisait état de 2 500 français dans les établissements wallons « *sous régime Autorisation de Prise en Charge* ». Face à cette différence d'encadrement entre les deux pays, l'accord obligeait les établissements wallons à respecter certaines conditions de

⁵⁶⁹ Outre-quiévrain, Expression représentant une position géographique signifiant « de l'autre côté du Quiévrain », une commune Belge frontalière avec la France ; située en Wallonie, dans la province du Hainaut.

fonctionnement, visant à mieux garantir les droits fondamentaux des personnes accueillies. Il était déjà fait mention du manque de solutions françaises pour justifier ces placements, en établissement wallon. Pour répondre aux demandes de parents français, les autorités n'avaient d'autre choix que de se tourner vers l'étranger.

324. Il est important de noter que ces accueils se sont déroulés dans un ordre dispersé. En effet, les autorités françaises ne tenaient pas de liste exhaustive des personnes accueillies en Belgique. Les différents rapports administratifs ou parlementaires en attestent, qui fournissent des chiffres approximatifs. Les bases de données des diverses commissions des droits et de l'autonomie des personnes handicapées ne sont pas construites sur le même modèle, ce qui n'autorise pas l'interopérabilité des données. Tout au plus, les données disponibles permettent-elles de cerner les régions d'origine des français accueillis en Wallonie⁵⁷⁰.

325. L'accord-cadre peut également être analysé comme étant un point d'arrêt dans les relations entre les deux pays. Bien sûr, la France et la Belgique vont continuer à coopérer pour l'accueil des personnes handicapées, mais ce travail commun doit être borné. A partir de 2011, les autorités françaises se sont interrogées sur les raisons qui expliquaient les départs en Wallonie. Le rapport de Jean-François CHOSSY⁵⁷¹ notait, dès novembre 2011, que « *l'accueil en Belgique reste toujours d'une réalité cuisante* », et le pays « *s'est donc, à la sortie de la guerre, spécialisée dans l'accueil des enfants, adolescents et adultes français handicapés, dans une démarche sans doute sociale, solidaire et généreuse, mais de toute évidence souvent marchande et rentable puisque le financement du fonctionnement est français* »⁵⁷². Le rapport évoque des démarches publicitaires par courrier et internet auprès de certaines commissions départementales, afin d'attirer de nouvelles personnes. Par la suite en 2014, un rapport de Monsieur Denis PIVETEAU Conseiller d'État, promeut les parcours de vie sans rupture pour les personnes en situation de handicap et pour leurs proches⁵⁷³. Les autorités françaises ont souhaité mettre en œuvre ce rapport, en invitant tous les acteurs à penser l'accompagnement

⁵⁷⁰ La lecture des rapports met en exergue les régions des Hauts-de-France, de l'Île-de-France et de l'Est de la France, qui représentent près de 80 % des accueils.

⁵⁷¹ Rapport CHOSSY J.F., Passer de la prise en charge... A la prise en compte, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/114000695.pdf>, [Consulté le 12 juin 2022].

⁵⁷² *Ibid.*, page 67.

⁵⁷³ Rapport PIVETEAU D., Zéro sans solution : pour un parcours de vie sans rupture, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.cra-npdc.fr/2014/09/zero-sans-solution-pour-un-parcours-de-vie-sans-rupture/>, [Consulté le 12 juin 2022].

des personnes handicapées de manière différente. Le rapport invite les lecteurs à aller « *bien au-delà du seul champ médico-social* », afin de construire des solutions permettant d’apporter la réponse idoine aux troubles du comportement. L’auteur indique que ces comportements ne doivent pas être confondus avec les « troubles envahissants du développement » (TED) ou les « troubles du spectre autistique » (TSA) et que « *des éléments d’environnement, par exemple une insuffisante structuration temporelle ou spatiale, des espaces inadaptés aux spécificités sensorielles, ou l’adoption d’attitudes inappropriées dans la relation, peuvent se révéler décisifs* »⁵⁷⁴. Ce faisant, il est évoqué des pistes d’accompagnement qui doivent conjuguer l’entrée dans un établissement médico-social mais aussi, une vie dans un milieu normal avec un accompagnement adapté. On constate ici l’influence de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, ratifiée par la France et entrée en vigueur le 20 mars 2011. Dans ce contexte, le départ en Wallonie ne doit pas être la seule solution pour les personnes handicapées. Au niveau national, les différents territoires doivent initier des coopérations entre les établissements, afin de prévenir les départs non souhaités vers la Belgique.

326. Une instruction administrative du 22 janvier 2016⁵⁷⁵ décrit le processus à mettre en place pour trouver une solution de proximité pour les 1520 enfants et 4500 adultes français. Cette instruction évoque également les conséquences financières liées au respect du processus. Dès les premières pages, il est rappelé que « *la mise en œuvre de ce processus conditionne l’utilisation des crédits d’amorçage de 15M€ prévus en 2016 conformément à l’annonce de Marisol Touraine, Ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, et de Ségolène Neuville, Secrétaire d’Etat en charge des personnes handicapées et de la lutte contre l’exclusion* »⁵⁷⁶. Par ailleurs, « *pour l’assurance maladie, ces accueils ont mobilisé 152,2M€ en 2014, dont 70M€ au titre des établissements conventionnés et 82,2M€ au titre des établissements non conventionnés (frais pris en charge par le Centre National des Soins à l’Etranger – CNSE). L’accueil au sein des établissements non conventionnés, pour lesquels il existe une prise en charge par l’assurance maladie, a augmenté fortement entre 2013 et*

⁵⁷⁴ *Ibid.*, page 6.

⁵⁷⁵ Instruction N° DGCS/3B/DSS/1A/CNSA/2016/22 du 22 janvier 2016 relative à la mise en œuvre du plan de prévention et d’arrêt des départs non souhaités de personnes handicapées vers la Belgique. – Légifrance, [En ligne], Disponible à l’adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/40496>, [Consulté le 12 juin 2022].

⁵⁷⁶ *Ibid.*, page 2.

2014 »⁵⁷⁷. L'instruction note l'importance du choix de la personne, quant à son orientation. En d'autres termes, l'orientation vers la Belgique ne peut être refusée si elle correspond au souhait de la personne ou de sa famille⁵⁷⁸.

327. Parallèlement à cette instruction, un rapport de l'Inspection générale des affaires sociales a été rédigé afin d'apporter une vision exhaustive des solutions, visant à éviter les « départs forcés » vers la Belgique⁵⁷⁹. L'Inspection a été saisie le 3 décembre 2015, afin d'« *assurer le suivi et l'évaluation au fil du temps de la mise en œuvre du dispositif* » d'accueil en Wallonie. Le rapport reconnaît que « *les augmentations de places d'accueil en Wallonie sont souvent des réponses à des absences de solutions adaptées en proximité en France, mais elles sont aussi des réponses de proximité transfrontalière ou à des choix convenant aux familles* ». Il est fait référence au rapport du CEDIAS-CREAH⁵⁸⁰ qui dresse un tableau général des personnes accueillies en Wallonie. Dans la majorité des cas, les personnes sont lourdement handicapées et trouvent en Belgique, des solutions continues d'accompagnement. Contrairement à la France, le passage de l'enfance à l'âge adulte n'induit ni un changement d'établissement ni un changement d'équipes éducatives.

328. Faisons halte un instant pour faire un bilan de la coopération franco-belge. Un constat s'impose d'emblée : l'accord-cadre et l'arrangement administratif ont beaucoup évolué depuis leur signature. Les comités de suivi se sont multipliés pour faire évoluer les règles encadrant l'accueil des français en Wallonie. Pour garantir les droits des personnes, les établissements wallons s'engagent conventionnellement à mettre en place des instances analogues aux instances françaises (personne qualifiée, Conseil de la vie sociale...). Ils acceptent également

⁵⁷⁷ *Ibid.*, page 2.

⁵⁷⁸ CASF, Article L 241-6 : « *Lorsque les parents ou le représentant légal de l'enfant ou de l'adolescent handicapé ou l'adulte handicapé ou son représentant légal font connaître leur préférence pour un établissement ou un service entrant dans la catégorie de ceux vers lesquels la commission a décidé de l'orienter et en mesure de l'accueillir, la commission est tenue de faire figurer cet établissement ou ce service au nombre de ceux qu'elle désigne, quelle que soit sa localisation* ».

⁵⁷⁹ Rapport DUBOSQ C., Appui au dispositif visant à mettre un terme aux « départs forcés » de personnes handicapées en Belgique, 15 décembre 2016, 58 pages, [En ligne], Disponible à l'adresse : [Appui au dispositif visant à mettre un terme aux départs forcés" de pers | vie-publique.fr](https://www.appui-aux-personnes-handicapées.be/fr/rapport-dubosq-c), [Consulté le 29 janvier 2024].

⁵⁸⁰ CEDIAS : Centre d'études, de documentation, d'information et d'action sociale ; CREAH : Centre régional pour l'enfance et l'aide inadaptée, Recherche-action nationale : « *Les situations de handicap complexe, Besoins, attentes et modes d'accompagnement des personnes avec altération des capacités de décision et d'action dans les actes essentiels de la vie quotidienne* », Juillet 2010- Février 2013.

d'être contrôlés conjointement par des autorités françaises et wallonnes, sur la base du droit du pays d'accueil. Du point de vue du respect des droits des personnes handicapées, on ne peut que valider ces démarches. Il est toutefois surprenant de constater que la France ait accepté les premiers départs, sans que la question des droits soit mise en avant. Dans les premiers discours et les premiers rapports, on entrevoit bien l'arbitrage qui a eu lieu entre les droits des personnes et l'accueil des personnes handicapées ne trouvant pas de place en France. Par la suite, le développement des départs « forcés » a alerté les pouvoirs publics et les droits ont cédé la place à une réflexion sur le coût de ces accueils wallons pour la collectivité nationale. Les débats budgétaires accompagnent souvent la réflexion sur les droits et on voit se développer des actions, visant à offrir des accompagnements à domicile sûrement moins coûteux. Le mariage entre les droits des personnes handicapées et les budgets est de plus en plus prégnant. L'analyse de la notion d'inclusion fournit un exemple significatif de ce mariage. Notre recherche nous a permis de mettre en lumière le rapprochement entre des revendications de droit onusien et le désir d'économie budgétaire. Certaines revendications poussées à l'extrême peuvent servir de motif pour justifier des économies budgétaires.

D. La modification unilatérale d'une convention bilatérale

329. L'objectif d'un traité bilatéral est d'organiser les relations entre deux États et d'apporter des réponses aux questions que se posent les acteurs des deux côtés de la frontière. L'accord-cadre signé entre la France et la Wallonie, poursuit cet objectif de clarification et de simplification des conditions d'accueil des français sur le territoire belge. Ce faisant, les autorités entendent apporter une réponse concrète et rassurante pour les personnes handicapées et leur famille. Depuis la signature de l'accord-cadre en 2011, plusieurs comités de suivi ont été organisés afin d'affiner les règles de coopération entre les autorités des deux pays. Plusieurs rapports et plusieurs campagnes de mobilisation ont interrogé les pouvoirs publics français, quant aux actions qu'il fallait mettre en place, pour apporter une réponse idoine aux familles sur le territoire français et limiter les départs des personnes handicapées françaises vers la Wallonie. Monsieur le Conseiller d'État Denis PIVETEAU, a rédigé un rapport en juin 2014, pour promouvoir l'idée qu'aucune personne handicapée ne devait rester sans solution⁵⁸¹. Le rapport constate que certaines personnes ne trouvent pas de place en établissement du fait d'un

⁵⁸¹ Rapport PIVETEAU D., *Op. cit.*, juin 2014.

comportement « *violemment instable* » ou d'un « *handicap trop lourd* »⁵⁸², qu'elles ne peuvent pas vivre seules en milieu urbain par manque de solutions d'accompagnement appropriées.

330. On note l'importance des actions contentieuses pour faire avancer la réflexion. Dès les premières lignes, le rapporteur souligne le rôle de l'affaire « *Amélie Loquet* » dans la prise de conscience des pouvoirs publics, de la nécessité de mettre en place des solutions structurantes pour les personnes handicapées et leur famille. « *Les travaux qui ont conduit à ce rapport s'adossent sur des réflexions qui sont en cours depuis plusieurs années. Mais ils trouvent leur source immédiate dans l'affaire « Amélie Loquet », par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a enjoint, le 7 octobre 2013, au directeur général de l'ARS d'Ile-de-France de prendre « toutes dispositions » garantissant à cette jeune fille sa « prise en charge effective dans un délai de quinze jours* ».

331. Cette affaire « *Amélie Loquet* » a bénéficié d'une forte campagne de médiatisation, afin qu'une solution rapide soit proposée. Pour autant, il est important de noter que plusieurs décisions du Conseil d'État avaient précédemment reconnu que pesait sur l'État une obligation de résultat. Par une décision de 2009⁵⁸³, le Conseil d'État annule une décision de la Cour administrative d'appel de Versailles et affirme que l'État a une obligation de résultat, en matière d'éducation de personnes handicapées. Le Conseil d'État constate que « *la cour administrative d'appel de Versailles n'a pas recherché si l'État avait pris l'ensemble des mesures et mis en œuvre les moyens nécessaires pour donner un caractère effectif au droit et à l'obligation pour les enfants handicapés de recevoir une éducation adaptée à leur situation mais s'est bornée à relever que l'administration n'avait qu'une obligation de moyens, définie comme celle de faire toutes les diligences nécessaires* », et renvoie l'affaire devant la Cour administrative d'appel de Versailles.

332. On relève une position analogue du Conseil d'État dans une affaire qui lui a été soumise le 16 mai 2011⁵⁸⁴. En l'espèce, une famille reprochait à l'État de ne pas avoir garanti une prise en charge pluridisciplinaire efficiente de leur fils atteint d'un syndrome autistique et demandait

⁵⁸² *Ibid.*, page 5.

⁵⁸³ CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 08/04/2009, 311434, Publié au recueil Lebon, Publié au recueil Lebon.

⁵⁸⁴ CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 16/05/2011, 318501, Publié au recueil Lebon, Publié au recueil Lebon.

à ce que l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille soit annulé. Suivant les éléments mis en avant par la famille, le Conseil d'État reconnaît que l'État est tenu à une obligation de résultats et doit rechercher les moyens d'assurer un suivi de l'enfant, en respectant ses besoins spécifiques.

333. Ces arrêts abordent des questions différentes mais des problématiques identiques. D'un côté, était posé un problème d'intégration dans une classe et de l'autre, un problème d'accueil dans un établissement pour personnes handicapées. Pour autant, la problématique soulevée se nourrit à chaque fois du manque de solutions pour les personnes handicapées. Le manque de solutions d'accompagnement et l'absence de places en établissement, pour les personnes lourdement handicapées et pour les personnes autistes, constitue la raison principale des départs vers la Wallonie. Ces départs ont été analysés comme des exils forcés vers un pays étranger. Au travers de sa campagne de sensibilisation concernant « *les bannis de la République* », l'UNAPEI a mis en lumière des témoignages de parents qui restaient sans solution sur le territoire national. L'accord-cadre avec la Wallonie devait améliorer l'encadrement des départs vers la Belgique, ainsi que l'accompagnement des accueils. Force est de constater que le nombre de personnes accueillies en Wallonie n'a cessé d'augmenter depuis la signature de l'accord-cadre en 2011. Pour bloquer le nombre des accueils, les autorités françaises ont rédigé une note d'information interministérielle visant à prévenir les départs non souhaités des personnes en situation de handicap, vers des établissements médico-sociaux wallons⁵⁸⁵. Cette note fait suite au moratoire des départs décidés lors de la réunion de la quatrième commission mixte paritaire, prévue par l'accord-cadre médico-social franco-wallon. Il est mis l'accent sur la nécessité de mobiliser les acteurs français et les solutions nationales, afin que les personnes handicapées puissent demeurer sur le territoire national.

334. Dans la continuité de la note des autorités françaises, le directeur général de l'Agence Régionale de Santé a adressé à une association wallonne qui accueille des ressortissants français deux conventions pour signature. La première fixait la capacité d'accueil maximale de personnes handicapées françaises et la seconde portait sur la qualité d'accompagnement attendue. Ces deux documents étaient accompagnés d'un courrier expliquant que faute de

⁵⁸⁵ Bulletin officiel Santé Protection sociale Solidarité, N°8- 31 mars 2022, Note d'information interministérielle N° SGMCAS/DSS/1A/DGCS/3B/CNSA/2022/12 du 14 janvier 2022 relative à la prévention des départs non souhaités des personnes en situation de handicap en établissement médico-social wallon.

signature des conventions, les autorités françaises ne financeraient plus⁵⁸⁶ les frais de séjour des français. Il faut souligner que cette démarche administrative s'accompagnait de consignes plus ou moins formelles en direction des Maisons départementales des personnes handicapées, les incitant à bloquer les futures orientations vers la Wallonie. L'obligation de signer ces conventions a été contestée par une association wallonne, l'Etoile filante, qui a saisi le Conseil d'État, par le biais d'un référé-suspension⁵⁸⁷. Il est demandé au Conseil d'État de suspendre l'exécution du moratoire sur la capacité d'accueil des adultes handicapés français en Belgique, annoncé par la Secrétaire d'État chargée des personnes handicapées le 21 janvier 2021. Il est également demandé d'enjoindre l'État français de cesser toute menace ou pression visant à contraindre les personnes handicapées françaises accueillies dans les établissements belges, leurs tuteurs et représentants légaux et les Commissions des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH), à choisir le retour en France⁵⁸⁸.

335. Le Conseil d'État reconnaît que le refus de signature des conventions ne peut entraîner une rupture de financement par l'assurance maladie. Le chantage au financement constitue donc une démarche refusée par la haute juridiction administrative. Par ailleurs, il est rappelé que l'orientation est liée au respect du consentement individuel d'une personne handicapée conjugué à une décision de la Commission des Droits et de l'Autonomie des Personnes Handicapées (CDAPH). Enfin, le caractère d'urgence qui doit caractériser un référé-suspension n'est pas reconnu par le Conseil d'État en l'espèce, ce qui entraîne le rejet de la requête de l'association.

336. Cette décision du Conseil d'État présente plusieurs intérêts dans le cadre des relations franco-belges. Tout d'abord, elle rappelle aux autorités françaises qu'il n'est pas possible de suspendre le paiement des frais de séjour, au motif que l'établissement n'aurait pas signé les conventions présentées par l'ARS. Ces conventions ne figurent pas dans le cadre des accords

⁵⁸⁶ Les frais de séjour des français en Wallonie sont pris en charge par le Centre national de financement des soins à l'étranger (CNFSE).

⁵⁸⁷ Article L521-2 - code de justice administrative – Légifrance, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006449327/, [Consulté le 10 juin 2022] : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

⁵⁸⁸ CE, Juge des référés, 11/03/2022, 461752, Inédit au recueil Lebon, Inédit au recueil Lebon.

bilatéraux entre la France et la Wallonie. Le calendrier des échéances politiques françaises, la pression des parents et la pression financière que représentent les frais de séjour en Belgique constituent autant de raisons potentielles, expliquant cette « légèreté administrative ». Ensuite, il est intéressant de noter que le Conseil d'État ne remet pas en cause l'idée selon laquelle un moratoire puisse être susceptible de recours administratif. A l'avenir, cette ouverture peut permettre à d'autres établissements wallons de saisir la justice administrative. Enfin, cette décision protège les français déjà présents sur le sol belge. Même s'ils sont dans des établissements wallons qui ont refusé de signer ces conventions, ils seront assurés du financement de leur accompagnement et ne seront pas dans l'obligation de quitter leur établissement sans leur consentement.

E. Un accord-cadre pour davantage de droits, « Non, peut-être »⁵⁸⁹ ?

337. Cette expression bruxelloise pourrait résumer l'objectif premier de l'accord-cadre franco-belge. Des deux côtés de la frontière, les pays ont décidé d'encadrer leurs relations par le truchement d'un accord international engageant l'État français et la Région Wallonne. Il s'agissait, au départ, de garantir que les accueils s'effectueraient dans des établissements wallons répondant à des normes se rapprochant de celles de la France. Pour encadrer le fonctionnement des établissements, l'accord prévoit la possibilité de conclure des conventions entre l'Agence Régionale de Santé (ARS) Nord – Pas de Calais, par délégation du Ministère des Solidarités et de la Cohésion Sociale et l'Agence Wallonne pour l'Intégration des Personnes Handicapées (AWIPH.), par délégation du Ministère wallon de la Santé, de l'Action Sociale et de l'Egalité des Chances. Les conventions portent sur la coordination des interventions avec l'AWIPH, sur les modalités d'accueil et de prise en charge des personnes handicapées, sur la promotion de la bientraitance ainsi que sur les modalités de contrôle (Article 4 de l'accord-cadre). L'actualité française des Établissements d'Hébergement pour Personnes Agées Dépendantes (EHPAD) a démontré que le système de contrôle en France ne permettait pas d'annihiler la maltraitance dans les établissements. Le faible nombre des fonctionnaires, conjugué à un système de formation incomplet, peut expliquer la faible détection des pratiques inappropriées. Dès lors à la lumière de ces dysfonctionnements administratifs graves, on peut s'étonner que le développement des contrôles soit mis en avant comme étant une voie pour garantir les droits des personnes handicapées. On retrouve, au travers de cette volonté française,

⁵⁸⁹ Expression typiquement bruxelloise signifiant « oui, sûrement ».

le désir que l'effectivité des droits pour les personnes handicapées soit assuré dans un cadre impératif et répressif. Il est convenu que les conventions existantes au moment de la signature de l'accord-cadre, doivent être mises à jour dans un délai maximum de 18 mois. L'arrangement administratif joint à l'accord-cadre permet une évolution facilitée du cadre juridique de coopération.

338. La volonté affichée d'encadrer plus avant les accueils en Wallonie s'explique par une nette différence entre les pays, quant aux conditions d'ouverture d'un établissement médico-social. Force est de constater que la Wallonie offre un terrain plus propice à ces ouvertures. La lecture de l'arrêté du Gouvernement wallon⁵⁹⁰ relatif aux conditions d'agrément et de subventionnement des services résidentiels, d'accueil de jour et de placement familial pour personnes handicapées dresse la liste des conditions à respecter, pour obtenir un agrément des prestations. L'article 8 de l'arrêté indique que la demande d'agrément doit être accompagnée d'un projet médico-socio-pédagogique, d'un règlement d'ordre intérieur, d'une note indiquant la ou les catégories de handicaps dont sont atteintes les personnes que l'on se propose d'y recevoir ainsi que leur nombre, leur sexe et leur âge ; de l'identité du directeur du service, ainsi que son certificat de bonnes vie et mœurs datant de moins de trois mois, d'une copie certifiée de ses diplômes. Des éléments concernant l'établissement doivent permettre de s'assurer du respect des normes de sécurité. A ce titre, doit être remis un rapport d'un service communal ou d'un service régional d'incendie attestant que toutes les précautions ont été prises pour éviter les incendies, ce rapport doit dater de moins d'un an et dispose, en outre, la capacité d'accueil et d'hébergement des infrastructures. La demande d'agrément doit également comporter un plan de l'établissement indiquant pour ses différents niveaux les voies de communication internes, la destination des locaux ainsi que, le cas échéant, le nombre de lits par chambre et une copie des statuts publiés au Moniteur belge. L'Agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées (AWIPH)⁵⁹¹ a édité un guide d'interprétation des normes sur la conformité et la

⁵⁹⁰ Arrêté du Gouvernement wallon relatif aux conditions d'agrément et de subventionnement des services résidentiels, d'accueil de jour et de placement familial pour personnes handicapées, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://wallex.wallonie.be/eli/arrete/1997/10/09/1997027680/1998/01/01?doc=704&rev=682-1171>, [Consulté le 16 juin 2022].

⁵⁹¹ L'AWIPH était un organisme public d'intégration social pour les personnes handicapées. Suite à la réforme de 2014, il a été décidé que certaines compétences de la santé et des services personnalisables seraient transférées. Elles ont été remises à la direction des régions à partir de 2016. De plus, le nombre d'acteurs du milieu a été réduit afin de simplifier les démarches. C'est ainsi que l'Agence pour une Vie de Qualité (AViQ) a vu le jour et remplace l'AWIPH.

qualité des services, disposant d'une autorisation de prise en charge. Ce document décline, de manière fine, les normes à respecter au niveau du personnel, de l'organisation de l'établissement et de l'accueil des personnes. Force est donc de constater que les établissements wallons « sous autorisation » de prise en charge étaient obligés de respecter tout de même un certain nombre de normes dès 2009. Contrairement à un premier sentiment, l'accord-cadre n'est pas intervenu pour mettre fin à une situation asymétrique dans laquelle un des deux pays acceptait l'accueil des étrangers sans que des règles préexistent.

339. Par ailleurs, il est intéressant de noter l'intérêt qui est porté à l'obligation d'assurances de l'établissement (article 8 de l'accord-cadre). Le service doit souscrire, préalablement à toute admission d'une personne handicapée, une police d'assurance⁵⁹². Cette assurance doit couvrir la responsabilité civile du service ou des personnes dont il doit répondre pour tout dommage survenu à un bénéficiaire ou causé par celui-ci. L'assurance doit préciser que le bénéficiaire garde la qualité de tiers et couvrir les dommages jusqu'à concurrence d'un minimum de 2.478.935,25 euros pour les dommages corporels et de 247.893,52 euros pour les dommages matériels, par sinistre. L'assurance doit également couvrir tout dommage causé par une personne handicapée qui ne mettrait pas en cause sa propre responsabilité civile ou tout dommage dont il aurait été victime pendant son séjour. Ces exemples chiffrés reflètent la place importante laissée à l'assurance dans la gestion de l'établissement. Symboliquement, la question du dommage inhérent à l'activité humaine est intégrée dans la gestion d'un établissement en Wallonie. On note sur ce point, une véritable différence entre les approches françaises et wallonnes. La notion de dommage est évidemment présente dans la législation française⁵⁹³, cela irrigue l'ensemble des actions humaines en général et invite les directions à examiner chaque dimension, afin que le dommage reste « à la grille » des établissements. Cependant, les familles et le législateur sont présents pour rappeler l'obligation de sécurité qui incombe à l'établissement. L'approche du risque est différente, d'un côté on considère qu'il est naturel et qu'un système assurantiel apporte une couverture financière des risques, de l'autre la protection de la personne vulnérable est mise en avant et tous les accompagnements doivent garantir la sécurité quelques fois au détriment de la liberté.

⁵⁹² AGW, Arrêté du Gouvernement Wallon, 14 mai 2009 art. 16 §5.

⁵⁹³ Code civil, Article 1240 : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

340. Par ailleurs, conformément à la recommandation du Conseil de l'Europe⁵⁹⁴, l'arrêté wallon demande aux établissements d'adopter une définition spécifique du handicap. En effet, « la personne handicapée ne doit pas être vue comme un patient qui doit être pris en charge et qui n'apporte rien à la société, elle doit être considérée comme une personne qui a besoin qu'on lève les obstacles qu'elle rencontre dans la société pour pouvoir y occuper une place légitime en tant que membre à part entière et actif »⁵⁹⁵. L'intégration de cette définition est fondamentale pour comprendre la différence d'approche entre les deux pays. D'un côté, en France, on va mettre en avant le cadre législatif pour protéger des personnes vulnérables et de l'autre, on va considérer la personne handicapée comme étant une personne à part entière, titulaire de droits et pas seulement objet de soins. Le document de l'AWIPH intègre complètement la Convention internationale, relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH). Pour mémoire, la CIDPH a été adoptée quelques années plus tôt, le 13 décembre 2006 par l'Assemblée générale des Nations Unies et ouverte à la signature des États le 31 mars 2007.

341. La question de savoir si l'accord-cadre a créé du droit, induit forcément une réponse positive. Un certain nombre de réunions du comité de suivi ont été organisées, afin de faire vivre le droit de l'accord-cadre. La première réunion du comité de suivi a eu lieu le 23 octobre 2014, soit quelques mois seulement après l'entrée en vigueur de l'accord-cadre⁵⁹⁶. Il a été rappelé la nécessité d'échanges d'informations, d'inspections communes et de conventionnement. Bien qu'elles soient menées selon la législation belge, les deux parties conviennent que les inspections respectent les critères d'accueil proches de ceux en vigueur en France. Une première réunion de la commission mixte⁵⁹⁷ a eu lieu dans la foulée le 3 novembre

⁵⁹⁴ Recommandation (2006) du Comité des Ministres aux États membres sur le Plan d'action du Conseil de l'Europe pour la promotion des droits et de la pleine participation des personnes handicapées à la société : améliorer la qualité de vie des personnes handicapées en Europe 2006-2015.

⁵⁹⁵ Guide d'interprétation des normes sur la conformité et la qualité des services disposant d'une autorisation de prise en charge, Août 2009, page 41, [En ligne], Disponible à l'adresse : www.aviq.be/handicap/professionnels/publications_inspection/fichiers/guide_interpretation_norme_s_apc.pdf, [Consulté le 16 juin 2022]. Désormais, les services sous autorisation de prise en charge sont appelés les services agréés dont le financement dépend d'une autorité étrangère (SAFAE).

⁵⁹⁶ Décret n° 2014-316 du 10 mars 2014 portant publication de l'accord-cadre entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la région wallonne du Royaume de Belgique sur l'accueil des personnes handicapées (ensemble une annexe), signé à Neufvilles le 21 décembre 2011 (1) - Légifrance, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000028714092>, [Consulté le 18 juin 2022].

⁵⁹⁷ Accord-cadre, article 9 : « Une commission mixte composée des représentants des autorités compétentes signataires du présent accord-cadre est chargée de suivre l'application du présent accord et d'en proposer les éventuelles modifications. Elle se réunit en tant que de besoin à la demande de

2014 et a proposé l'élaboration d'une « charte qualité » qui pourrait servir d'une part, de base à l'obtention du conventionnement et permettrait, d'autre part, de contrôler la qualité des établissements ainsi conventionnés. Ces critères pouvaient concerner aussi bien le contenu administratif (infrastructures, normes d'encadrement, normes hôtelières, gouvernance, prix journée) que le contenu pédagogique (méthodes employées) des centres établis en Belgique. Deux ans plus tard le 16 novembre 2016, se tenait la deuxième commission mixte qui a permis de dresser un bilan des actions entreprises. A l'issue de la commission, des déclarations des pouvoirs publics résument clairement la position des deux pays⁵⁹⁸. La troisième commission mixte fait suite à l'arrêté du Gouvernement wallon qui synthétise les conditions d'agrément des services dont la prise en charge est assurée par une autorité publique étrangère⁵⁹⁹ et du plan « Ensemble Rénovons les Institutions pour Citoyens Handicapés » (ERICH)⁶⁰⁰. Au cours de ces différentes commissions, un constat s'impose aux autorités françaises et belges, celui de l'augmentation constante des personnes handicapées françaises accueillies en Wallonie. Lors de la quatrième commission mixte le 16 décembre 2019, on comptait 7 892 personnes de nationalité française dans les services wallons, dont 6 457 adultes et 1 435 jeunes. Ces chiffres, en constante augmentation, sont à la base d'une réflexion française sur une des actions à engager pour limiter le nombre des « exilés » vers la Belgique. Il est toujours intéressant d'entamer une réflexion sur les raisons de ces départs. Derrière ces chiffres, on ne doit pas oublier la situation des personnes handicapées et de leur famille qui recherchent des solutions d'accompagnement proches de leur domicile. Que l'on habite à Rouen, à Rennes ou à Marseille, le problème est identique et tient à l'absence de solutions choisies sur le territoire. Les débats sur les accueils

l'une ou l'autre Partie. Les difficultés relatives à l'application ou à l'interprétation du présent accord sont réglées par ladite commission mixte, et à défaut, par la voie diplomatique ».

⁵⁹⁸ Déclaration de Maxine PREVOT, Vice-Président du Gouvernement Wallon, Ministre des travaux publics, de la santé, de l'action sociale et du patrimoine : « J'ai à cœur d'assurer une prise en charge optimale des personnes en situation de handicap, qu'elles soient Wallonnes ou Françaises. La coopération avec la France permet d'y arriver sans incidence pour le citoyen wallon : son accès aux structures d'accueil et d'hébergement agréées n'est en rien impacté. La France finançant l'accueil de ses ressortissants au sein des structures wallonnes, la Wallonie s'en retrouve même gagnante puisque cela crée de l'emploi pour le secteur ». Déclaration de Ségolène NEUVILLE, Secrétaire d'Etat en charge des personnes handicapées et de la lutte contre l'exclusion, « Ce que nous souhaitons c'est que l'accueil dans une structure wallonne soit un choix et non une solution par défaut. Pour nos ressortissants qui font ce choix, nous devons garantir un accueil de qualité, ce que permet cette coopération entre nos deux gouvernements ».

⁵⁹⁹ Arrêté du Gouvernement wallon relatif aux conditions d'agrément des services résidentiels, d'accueil de jour et de soutien dans leur milieu de vie, pour personnes en situation de handicap dont le financement et la décision de prise en charge sont assurés par une autorité publique étrangère, 31 mai 2018.

⁶⁰⁰ AVIQ, Appel à projets – Plan ERICH, 01 octobre 2018.

en Belgique ont l'avantage de mettre clairement en lumière la question budgétaire au centre des discussions. Cet éclairage est nettement moins lumineux lorsqu'on aborde la question des solutions d'accompagnement spécifiques au territoire français. Le budget s'éloigne alors des discussions pour faire place dans le discours, au choix des personnes handicapées, sans le respecter tout à fait.

II. La protection internationale des adultes, la place de la Convention de la Haye

342. Pour un citoyen français, il est assez facile de placer le Royaume de Belgique sur une carte de l'Europe. Dans le détail, il est souvent plus complexe d'indiquer avec certitude la région wallonne, car cela implique de s'intéresser et de connaître l'organisation administrative du Royaume. Pour des personnes handicapées et leur famille, la Wallonie est une région connue quel que soit l'endroit de France où l'on habite⁶⁰¹. Bien que cette région soit proche de la France, il faut chercher une autre raison pour expliquer cette appétence particulière des familles françaises pour cette fraction de territoire belge. Depuis plusieurs années, la Wallonie accueille des personnes handicapées françaises dans leurs établissements. Expliquer ce mouvement est une chose compliquée, tant les situations individuelles sont singulières. Pour les uns, il est assez naturel de se rendre en Wallonie car ils habitent dans une région frontalière. Partant d'Arras, les villes de Mons ou de Charleroi sont plus faciles à atteindre que nombre de destinations entre deux villes de la région parisienne le matin ou le soir. Pour d'autres, les centres wallons offrent un accompagnement différent et différencié des personnes handicapées. Il n'est pas rare de rencontrer des parents qui ont choisi, avec leur enfant, un accueil dans un établissement wallon malgré les difficultés pratiques liées à la distance. Enfin pour d'autres encore, la solution wallonne était la seule identifiée pour accueillir leur enfant, aucun centre n'ayant de place disponible⁶⁰². Ces trois situations peuvent être croisées par un directeur dans son exercice professionnel quel que soit son département, sans pouvoir justement mesurer la part exacte de chaque motivation dans les départs de France.

⁶⁰¹ Au cours d'une visite en Belgique, au centre « *La Pilerie* » (<https://pilerie.be>), nous avons pu constater que les personnes accueillies provenaient de plusieurs départements. Au total, on comptait près de 40 départements d'origine.

⁶⁰² Cette situation est à mettre en rapport avec les campagnes des pouvoirs publics sur l'inclusion, qui masquent souvent des situations complexes pour lesquelles on ne trouve pas de solutions.

343. Sans ouvrir de polémique sur les raisons qui poussent les familles et les personnes à embrasser la Wallonie, il est possible d'identifier le manque de solution comme étant un motif important des départs. Il est d'ailleurs regrettable que les pouvoirs publics français qualifient ces départs « *d'exil forcé* », donnant l'impression que le Royaume de Belgique a enlevé nos ressortissants pour alimenter leurs centres d'accueil. Pour éviter une telle exode de français en Belgique, le gouvernement a décidé de limiter d'autorité le nombre de places ouvertes en Wallonie⁶⁰³, oubliant d'analyser le diagnostic réel expliquant ces départs. Dans le secteur sanitaire, on constate tous les jours les « *bons résultats* » obtenus, en appliquant une approche analogue qui a consisté à ne plus former de médecins pour limiter les budgets de soins.

344. Les problèmes qui naissent de cette approche budgétaire pour les personnes handicapées sont fréquents. Au mois d'août 2022, la presse quotidienne des Vosges signalait les difficultés rencontrées par une personne autiste qui était placé à l'isolement en psychiatrie à l'hôpital Ravenel de Mirecourt⁶⁰⁴. Le décor posé, une question demeure, celle du droit applicable pour les personnes handicapées françaises accueillies dans des établissements wallons. Les mesures de protection décidées en France restent-elles actives lorsqu'on est accueilli dans un établissement étranger ? En Wallonie, la personne sera-t-elle soumise au droit français ou au droit belge ? Est-ce que les mesures de protection des biens de la personne handicapée française demeurent-elles valables dans un pays étranger ?

345. Au travers ces quelques questions, on entrevoit tous les problèmes auxquels peuvent être confrontés les familles. Ces questions juridiques deviennent centrales lorsque la personne handicapée décède et que la famille se bat pour connaître le sort de tel ou tel immeuble, autour d'un droit que l'on souhaite national⁶⁰⁵. L'arrivée dans un établissement wallon induit la prise

⁶⁰³ Note d'information interministérielle N° SGMCAS/DSS/1A/DGCS/3B/CNSA/2022/12 du 14 janvier 2022 relative à la prévention des départs non souhaités des personnes en situation de handicap en établissement médico-social wallon ([N° SGMCAS/DSS/1A/DGCS/3B/CNSA/2022/12](#)).

⁶⁰⁴ Article de [Vosges Matin](#) (site internet consulté le 19 août 2022), depuis des mois, un jeune homme autiste de 20 ans, faute de place en France, est hospitalisé en psychiatrie, à l'isolement 20h/24 dans une chambre de 10m². Cette situation entraîne des troubles du comportement, de l'automutilation et, en réponse, une lourde contention chimique : le jeune homme peine à se tenir assis. Ce jeune homme n'a pas de place dans un foyer adapté en France, qui sont tous sur liste d'attente. Sa tutrice lui a trouvé une place dans un établissement adapté en Belgique, mais l'Agence régionale de Santé refuse son orientation, en toute illégalité.

⁶⁰⁵ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et

en considération d'un élément d'extranéité qui n'est pas nécessairement connu de la famille et qu'il est important de maîtriser pour aborder l'avenir plus sereinement. Le droit international privé et la Convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, fournissent un certain nombre de réponses aux questions que peuvent se poser les personnes handicapées et leur famille. La France a ratifié cette convention en date du 18 septembre 2008 suite à la loi n° 2008-737 du 28 juillet 2008⁶⁰⁶. Par décret en date du 30 décembre 2008⁶⁰⁷, la convention a été publiée au Journal officiel de la République française. En complément des textes de loi, le ministère de la justice a publié une circulaire pour présenter ce nouvel engagement international de la France⁶⁰⁸. La convention de la Haye et la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs en France, sont entrées en vigueur toutes les deux le 1^{er} janvier 2009. Symboliquement, il s'agissait de montrer que le travail législatif national et le développement conventionnel international étaient congruents. Pour la Belgique, la signature de la convention a été effective le 6 février 2017, le pays devenant à cette date le 18^{ème} État signataire. Les instruments de ratification ont été déposés le 30 septembre 2020, ce qui a permis une entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Au regard des relations entre la France et la région wallonne, on peut se satisfaire de l'alignement des deux pays sur les obligations conventionnelles de la Haye.

346. L'examen de l'environnement de la Convention de la Haye **(A)** permet d'en appréhender justement les principes mis en œuvre **(B)**. Application matérielle **(C)** et spatiale **(D)** de la Convention sont autant de dimensions qui permettent de cerner les règles de compétence **(E)**.

l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

⁶⁰⁶ Loi n° 2008-737 du 28 juillet 2008 autorisant la ratification de la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (1), 2008-737 § (2008).

⁶⁰⁷ Décret n° 2008-1547 du 30 décembre 2008 portant publication de la convention sur la protection internationale des adultes, faite à La Haye le 13 janvier 2000, signée par la France le 13 juillet 2001 (1) - Légifrance,

[En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000020020490>, [Consulté le 20 août 2022].

⁶⁰⁸ [En ligne], Disponible à l'adresse : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/1_circulaire_NOR_JUS2_C0830965R.pdf, [Consulté le 20 août 2022].

A. Les origines conventionnelles de la protection des personnes handicapées

347. Préalablement à l'examen d'une convention internationale, il est important de s'intéresser à son environnement. En effet, les textes sont parfois une réponse à apporter à un problème identifié dans plusieurs États. La Convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (« la Convention »), n'échappe pas à cette règle en s'inscrivant dans une série de textes internationaux garantissant les droits des personnes vulnérables entre les États. Le rapport parlementaire, autorisant la ratification de la Convention⁶⁰⁹, rappelle que la question de la protection internationale des adultes est une question ancienne. Au début du 20^{ème} siècle une première convention⁶¹⁰ abordait cette problématique de la protection. Le rapport cite l'Italie, la Pologne, le Portugal et la Roumanie comme étant les quatre derniers pays qui font encore vivre cette convention aujourd'hui. La protection des majeurs prend la suite des actions mises en place pour les mineurs, la vulnérabilité ne connaissant pas de barrières d'âge. La Convention s'est ainsi beaucoup inspirée des textes rédigés en faveur de la protection de l'enfance en danger. On peut citer, par exemple, la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants⁶¹¹, la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale⁶¹² et la Convention de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants⁶¹³.

⁶⁰⁹ Rapport au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, autorisant la ratification de la Convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, Assemblée Nationale n°1053, 15 juillet 2008, Jacques Remiller Député.

⁶¹⁰ Convention du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile, « fedlex-data-admin-ch-eli-cc-25-421_479_419-20010914-fr-pdf-a.pdf », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/25/421_479_419/20010914/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-25-421_479_419-20010914-fr-pdf-a.pdf, [Consulté le 21 août 2022].

⁶¹¹ Netherlands, e-Vision nl, The. « HCCH | #28 - Texte intégral ». [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=24>, [Consulté le 21 août 2022].

⁶¹² La Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, « 527efdd2-4c59-494a-a9a6-18571a4e6e4f.pdf », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://assets.hcch.net/docs/527efdd2-4c59-494a-a9a6-18571a4e6e4f.pdf>, [Consulté le 21 août 2022].

⁶¹³ Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, Netherlands, e-Vision nl, The. « HCCH | #34 - Texte intégral », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=70>, [Consulté le 21 août 2022].

348. La Convention de la Haye est également le fruit des mouvements des sociétés. Le rapport parlementaire pointe deux phénomènes qui viennent étayer Sa demande de ratification. Le 21^{ème} siècle poursuit ce mouvement de mobilité de population qui invite toutes les classes d'âge à travailler dans un autre pays, à s'y établir ou tout simplement à profiter de sa retraite. L'allongement de la durée de la vie⁶¹⁴ induit un développement du nombre de personnes en état d'incapacité mentale. La vulnérabilité des adultes conjuguée avec plusieurs régimes juridiques nationaux et le souhait de vouloir harmoniser ces règles au niveau international, telles sont les raisons qui ont motivées la conclusion de la Convention. Afin que les questions de protection des personnes et des biens soient au centre de la Convention, les rédacteurs ont souhaité éclairer les États sur l'application du droit international privé dans les cas où plusieurs législations sont susceptibles de s'appliquer. Le rapport parlementaire au sénat résume le texte international, en soulignant que : « *La Convention fixe, dans les situations à caractère international, des règles de conflit de compétence et de conflit de lois, des règles de reconnaissance et d'exécution des mesures de protection, ainsi que de coopération entre les autorités compétentes des Etats parties* »⁶¹⁵.

B. La règle conventionnelle, le principe de l'unité du forum et du jus

349. Depuis plus de deux siècles le Code civil a posé la règle⁶¹⁶ pour les français habitant sur le territoire national, ainsi que pour ceux résidant à l'étranger, les lois françaises de police et de

⁶¹⁴ Le rapport de l'Assemblée Nationale cite les chiffres suivants : « *L'allongement de la durée d'existence est lié à l'amélioration des conditions de vie et aux progrès de la médecine. Vers 1880, les maladies infectieuses constituaient la cause de 90% des décès. En 2008, leur part dans la mortalité est tombée en France à 1,9%. L'espérance de vie à la naissance était en 1950 de 66 ans dans les pays développés. Elle atteint désormais une moyenne de 75,1 ans, et ne cesse d'augmenter. La France devrait compter 20 millions de personnes de plus de 60 ans en 2050, la moitié d'entre elles ayant 75 ans et plus. Le nombre des centenaires, d'environ 8500 actuellement, sera proche de 120 000 en 2050. A l'échelle mondiale, le phénomène est analogue dans l'ensemble des pays développés et il concernera également les citoyens des pays émergents dans un proche avenir. Les travaux du Conseil économique et social des Nations Unies évaluent à 673 millions le nombre des personnes de plus de 60 ans en 2025, puis à 2 milliards en 2050* » (Page 5).

⁶¹⁵ Rapport BOYER A., Sénat, au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi autorisant la ratification de la Convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, Session extraordinaire de 2007-2008, n°434 du 2 juillet 2008, page 12.

⁶¹⁶ Code civil, Article 3, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006419282/1803-03-15/, [Consulté le 21 août 2022].

sûreté et celles concernant l'état et la capacité des personnes s'appliquent pour le ressortissant national. En respectant strictement l'article 3 du Code civil, les français accueillis dans des pays étrangers seraient soumis à la loi française. Instauré depuis le début du 19^{ème} siècle, ce texte juridique est apparu limité pour encadrer le nombre croissant des majeurs vulnérables en Belgique. Face à la complexité de suivre le majeur, le juge peut décider de mettre fin à la mesure d'accompagnement⁶¹⁷ lorsque la personne réside hors du territoire national. Tant le Code de procédure civile⁶¹⁸ que la Convention invitent donc les professionnels à considérer le domicile du majeur vulnérable pour déterminer le droit qui lui est applicable. Le premier rappelle que la compétence du juge des tutelles est en lien avec le lieu de résidence habituelle du majeur ou de son tuteur. Pour sa part, l'article 5⁶¹⁹ de la Convention confirme la prédominance du critère de la résidence habituelle du majeur pour déterminer la compétence des autorités administratives ou judiciaires. Au travers cet article, la Convention clarifie les situations de conflit potentiel de lois entre deux pays, en déterminant la législation applicable en fonction d'un lieu facilement identifiable. Deux limites peuvent néanmoins être soulevées dans l'application de la Convention.

350. La première tient à la date d'entrée en vigueur de la Convention en Belgique et en France. Dix ans séparent la ratification du texte dans les deux pays, ce qui a créé des situations de « *vide juridique* » pour les personnes handicapées. Comme le soulignait la Vice-présidente au tribunal d'instance de Lille⁶²⁰, le juge des tutelles pouvait ne plus reconnaître sa compétence pour statuer sur le cas d'un majeur bénéficiant d'une mesure de curatelle en Belgique. Même limitrophes de la Wallonie, les juridictions françaises, n'ayant pas de compétence supranationale, ne peuvent intervenir dans un autre pays.

⁶¹⁷Code civil, Article 443, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006427627/, [Consulté le 22 août 2022].

⁶¹⁸Code de procédure civile, Article 1211, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000020031187/, [Consulté le 22 août 2022]

⁶¹⁹ Convention sur la protection internationale des adultes, article 5 : « 1. Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'adulte sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens. 2. En cas de changement de la résidence habituelle de l'adulte dans un autre Etat contractant, sont compétentes les autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle ».

⁶²⁰ A. RÉGENT, « Le juge des tutelles et l'exil des majeurs handicapés en Belgique », *Recueil Dalloz*, 3 juillet 2014 – n°24.

351. La seconde limite tient à la définition de la résidence habituelle qui sert à identifier la compétence de l'État. Apparemment, la notion de résidence habituelle est simple à comprendre mais difficile à définir justement. Pour les familles, ce terme vient s'ajouter à une sémantique déjà familière lorsqu'on évoque par exemple le « domicile de la famille » ou le « domicile de secours⁶²¹ » pour le majeur protégé. En reprenant le terme de résidence habituelle, la Convention a repris les mêmes mots que ceux utilisés par la Convention de protection des enfants. La Convention de la Haye n'a fourni aucune définition officielle de la résidence officielle pour éviter qu'elle ne rejaillisse sur les autres engagements, déjà validés par les États. La Cour de Justice de l'Union Européenne⁶²² (« la CJUE ») a été questionnée au travers d'une question préjudicielle, sur la définition de la résidence habituelle d'un enfant et d'une manière subséquente, sur les règles de compétence établies en matière de responsabilité parentale. La CJUE indique qu'*« En conséquence, il convient de répondre à la deuxième question que la notion de « résidence habituelle », au titre de l'article 8, paragraphe 1, du règlement, doit être interprétée en ce sens que cette résidence correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. À cette fin, doivent notamment être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit État. Il appartient à la juridiction nationale d'établir la résidence habituelle de l'enfant en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait particulières à chaque cas d'espèce »* (§44).

352. La CJUE a apporté des réponses complémentaires⁶²³ permettant de définir les contours de la notion de résidence habituelle. La CJUE fait suite à une demande de question préjudicielle, au titre de l'article 267 du TFUE introduite par la Cour d'appel de Paris. En l'espèce, il s'agissait

⁶²¹ CASF, Article L 122-2 : « Le domicile de secours s'acquiert par une résidence habituelle de trois mois ininterrompus dans **un** département postérieurement à la majorité ou à l'émancipation. La condition de "résidence habituelle" doit être considérée comme remplie dès lors que l'intéressé a une présence physique, habituelle et notoire dans le département ».

⁶²² Procédure engagée par A, No. Affaire C-523/07 (Cour de justice 2 avril 2009).

⁶²³ CJUE, 25 novembre 2021, 3^{ème} chambre, *Résidence habituelle d'un époux – Divorce*, n° C-289/20, [En ligne], Disponible à l'adresse :

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=250046&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4927814>, [Consulté le 24 août 2022].

d'interpréter un règlement européen (n° 2201/2003)⁶²⁴ relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, en matière de responsabilité parentale et de manière subséquente, à apporter des éléments de réponse à une situation de doubles résidences⁶²⁵. Il s'agissait d'interroger la CJUE pour connaître la résidence habituelle du couple et s'il était possible de reconnaître simultanément deux résidences habituelles. Après avoir notée qu'aucune disposition communautaire ne prévoit la possibilité de disposer de plusieurs résidences habituelles, la CJUE indique que la pluralité de résidence nuirait à la sécurité juridique en rendant plus difficile la détermination de la juridiction compétente. En outre, la CJUE caractérise la notion de résidence habituelle par la conjugaison de deux éléments, d'une part la volonté de l'intéressé de fixer le centre habituel de ses intérêts, « *le centre de vie* », dans un lieu déterminé et d'autre part, une présence revêtant un degré suffisant de stabilité sur le territoire de l'État.

353. La Cour de Cassation par un arrêt du 24 février 2016⁶²⁶, a suivi la position de la CJUE en proposant des critères de définition de la notion de résidence commune. En l'espèce, il s'agissait de statuer sur les conditions d'application du règlement CE n°2201/2003 du 27 novembre 2003, pour des questions de divorce et de responsabilité parentale. Les époux de nationalité azérie se sont mariés en Azerbaïdjan, avant de s'installer en France où leurs deux enfants sont nés. A la demande de l'épouse, le juge aux affaires familiales de Nanterre a été saisi d'une demande de divorce et s'est déclaré compétent. Refusant cette position, l'un des époux a interjeté appel. La Cour de Cassation suit la position de la Cour d'appel qui confirmait sa compétence, au motif qu'un faisceau d'indices permettait d'établir la volonté de s'établir en France. Les enfants sont nés en France et y sont régulièrement scolarisés, ce qui traduit une

⁶²⁴ Règlement (CE) n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, [En ligne], Disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32003R2201>, [Consulté le 24 août 2022].

⁶²⁵ En l'espèce, la situation opposait un couple qui souhaitait mettre un terme à leur union, l'un était français, l'autre irlandais. Le tribunal de grande instance de Paris s'est déclaré territorialement incompétent pour traiter la requête en divorce du couple. Suite à cette déclaration, la Cour d'appel est appelée à statuer sur la résidence habituelle à l'aune du règlement européen Bruxelles II bis. La Cour note que le couple vivait en Irlande, avec leurs trois enfants depuis des années mais que le mari repartait chaque semaine en France pour ses activités professionnelles, depuis plusieurs années. Cette situation génère deux résidences habituelles, l'une en semaine fixée pour des motifs professionnels à Paris et l'autre le reste du temps auprès de son épouse et de ses enfants en Irlande.

⁶²⁶ CE, chambre civile.1, 24 février 2016, pourvoi n° 15-10.288, N.P.2016, S.A.S, Luxia. Civ. 1, 24 févr. 2016, pourvoi n° 15-10.288, N.P. 2016, (Rejet), [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://alinea byluxia.fr/fr/jp/j/c/civ/1ere/2016/2/24/15-10288>, [Consulté le 24 août 2022].

certaine intégration dans un environnement social et familial. Doivent donc être prises en considération la durée, la régularité, les conditions, les raisons du séjour sur le territoire de l'État membre, l'intégration dans l'environnement social et familial, le critère de la durée de la résidence n'étant qu'un critère parmi d'autres. Cette approche prétorienne permet d'appréhender plus justement la notion de résidence habituelle, en analysant l'ensemble des éléments d'intégration dans une communauté nationale. L'acquisition d'un bien immobilier et la souscription d'un emprunt pour en assurer le financement, sont autant de preuves que l'on souhaite installer sa résidence dans un État. Comme le souligne la Cour de Cassation, « *Mais attendu qu'après avoir relevé que M. [Z], préposé de la société Total avait été détaché en France par son employeur pour une mission de trois ans venant à terme en juillet 2014, l'arrêt relève que les époux avaient acquis, au moyen d'un emprunt souscrit en France, un bien immobilier situé à [Localité 2] ; que la cour d'appel en a souverainement déduit que les époux avaient ainsi manifesté leur volonté commune d'établir en France, avec leurs enfants qui y étaient nés et y étaient, à la date d'introduction de la demande, régulièrement scolarisés, leur résidence habituelle, effective et permanente, au sens des articles 3 et 8 du règlement CE n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 ; que sans être tenue de procéder à la recherche invoquée par la deuxième branche, que ses constatations rendaient inopérante, elle a légalement justifié sa décision* »⁶²⁷.

C. Application matérielle de la Convention de la Haye

354. Une lecture rapide de la Convention permet de se rassurer autour d'une règle claire : une personne vulnérable se voit soumis au droit de l'État, dans lequel il a sa résidence habituelle. D'après cette règle la personne de nationalité française, accueillie en Wallonie, est donc soumise à la loi belge. La nationalité passerait, au second plan, pour mettre en avant « *un système complet et clos qui s'impose en bloc aux Etats contractants lorsque l'adulte a sa résidence habituelle sur le territoire de l'un d'eux* »⁶²⁸. Le délégué français Monsieur Paul Lagarde, a rédigé un rapport explicatif de la Convention sur la protection internationale des adultes qui propose une grille de lecture des cinquante-neuf articles. En préambule, il est rappelé que la décision de rédaction d'une convention a été prise en 1993 par extension des dispositions

⁶²⁷ *Ibid.*.

⁶²⁸ Rapport explicatif sur la Convention Protection des adultes dans les langues officielles de l'UE, Netherlands, e-Vision nl, The HCCH :, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.hcch.net/fr/news-archive/details/?varevent=582>, [Consulté le 25 août 2022].

applicables aux mineurs⁶²⁹. Les experts gouvernementaux, ayant participé aux travaux sur la Convention des mineurs, ont pratiquement tous participé à la rédaction de la Convention de protection des adultes. Il est également intéressant de noter que la commission spéciale de rédaction a été accompagnée, dans un second temps, d'une commission diplomatique. Cette organisation éclaire la lecture qui peut être faite de la Convention, ainsi que les solutions potentielles aux différents problèmes de droit international privé rencontrés par les États. La Convention ne fige aucune solution, laissant une marge de décision suffisante aux États, afin de déterminer le droit applicable. Par ailleurs, elle vient accompagner certaines réformes engagées dans plusieurs États⁶³⁰ visant à protéger les adultes, du fait de l'augmentation du « grand âge » et de « l'augmentation des maladie »⁶³¹, des altérations et insuffisances de leurs facultés personnelles.

355. L'introduction de la Convention se réduit à quelques lignes et met en exergue la protection de l'adulte et la prise en compte de son intérêt personnel, « *dans le respect de sa dignité* ». Ces références larges peuvent embrasser de nombreuses situations, sans qu'il y ait de référence à d'autres éléments internationaux. La Convention s'est également abstenue de définir la notion de vulnérabilité ou d'incapacité, en se bornant à évoquer « *une altération ou une insuffisance des facultés* » des personnes qui « *ne sont pas en état de pourvoir à leurs intérêts* ». En outre, le rapport précise que « *Bien que la Commission n'ait pas souhaité le préciser dans le texte, pour ne pas l'alourdir inutilement, elle a admis que cette altération ou cette insuffisance pouvait être permanente ou temporaire, dès lors qu'elle rend nécessaire une mesure de protection* »⁶³². L'article premier complète la définition du champ d'application de la Convention, en mentionnant la protection des intérêts de l'adulte en plus de la constatation d'une altération des facultés personnelles. La notion d'intérêt est entendue au sens large, la polysémie du terme⁶³³ permet aux parties de faire entrer nombre de situations dans le giron de

⁶²⁹ Décision du 29 mai 1993 des Etats représentés à la Conférence de la Haye de droit international privé « *d'inscrire à l'ordre du jour des travaux de la Dix-huitième session la révision de la Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs et une extension éventuelle du domaine de la nouvelle convention à la protection des incapables majeurs* ».

⁶³⁰ Le rapport cite en exemple l'Allemagne avec l'entrée en vigueur le 12 septembre 1990 de la *Betreuungsgesetz*, la Grèce avec sa loi *Adde* de 1996 ou le Québec et l'article 3085 de son *Code civil*.

⁶³¹ Rapport explicatif, §3.

⁶³² *Ibid.*, page 27.

⁶³³ LEFEUVRE K., MOISDON-CHATAIGNER S., et DEPADT-SEBAG V., *Un seul mot, mais une notion clé, déterminante, aux mille facettes !*, éd. Protéger les majeurs vulnérables (Volume 2). Rennes : Presses de l'École des Hautes Études en Santé Publique, 2015, page 17,

la Convention. La même logique a poussé les rédacteurs de la Convention à ne pas définir plus avant la nature du handicap à considérer. « *La Commission a rejeté une proposition du Royaume-Uni tendant à préciser que le handicap de l'adulte pouvait atteindre ses facultés mentales ou son aptitude à communiquer. Il ne convient pas en effet de lier le juge par la nature du handicap, le critère premier devant rester le besoin de protection résultant de ce handicap* »⁶³⁴.

356. L'article 3 de la Convention liste les mesures de protection couvertes, sans pour autant être exclusives. Il est rappelé que la protection au sens conventionnelle couvre la personne mais aussi ses biens, d'une manière permanente ou temporaire. L'alinéa (e) évoque le placement d'un adulte dans un établissement ou dans tout lieu pouvant assurer sa sécurité. Cette disposition s'inscrit en opposition de la CIDPH qui considère que les établissements devraient être fermés. Le texte de l'article 3 dispose que la protection de la personne doit être assurée dans un établissement ou dans tout autre lieu. On touche ici à la notion de responsabilité juridique, inhérente à la direction d'établissement qui sera abordée dans la seconde partie.

D. Application spatiale, une compétence concurrente subsidiaire

357. La lecture de l'article 5 de la Convention apporte une réponse claire, quant à son application spatiale. Le rapport explicatif rappelle pourtant que sa rédaction a opposé deux camps. Certains souhaitaient que l'on reconnaisse « *sur un pied d'égalité* » (§47) la compétence de l'État de la résidence habituelle, conjuguée à celle de l'État dont on a la nationalité. D'autres au contraire voulaient que l'on ne retienne que le domicile habituel et que la compétence, d'un État tiers, ne puisse être reconnue qu'avec le consentement de l'État de résidence. Pour faire aboutir le travail de rédaction, la commission spéciale ainsi que la commission diplomatique ont adopté un texte qui permet de laisser une assez grande liberté aux États, afin de garantir et de préserver les droits des personnes.

358. Après avoir affirmé à l'article 5 l'importance de la résidence habituelle, la Convention indique dans son article 7 que l'État dont l'adulte possède la nationalité, peut prendre des mesures de protection s'il s'estime mieux à même de lui offrir une protection tant pour sa propre personne que pour ses biens. L'article poursuit en évoquant les conflits potentiels qui pourraient

⁶³⁴ Rapport explicatif, §10.

naître de ces situations, où plusieurs voix s'expriment sur un même sujet en exprimant des solutions différentes. L'accent est mis sur la discussion nécessaire entre les États, afin qu'ils puissent s'informer mutuellement des mesures prises de part et d'autre. Les alinéas 2 et 3 de l'article 7 évoquent « *les règles de priorité* » à respecter entre deux États, afin de prendre des mesures de protection. L'article 8 liste les différents cas permettant la mobilisation d'un État pour garantir la protection d'un adulte. A côté de la résidence habituelle et de la nationalité, on peut citer l'État dans lequel sont situés les biens de l'adulte, l'État de la résidence habituelle d'une personne proche de l'adulte disposée à prendre en charge sa protection ou encore l'État sur le territoire duquel l'adulte est présent, en ce qui concerne la protection de sa personne. Les situations d'urgence appellent des mesures rapides de la part de l'État dans lequel se trouve l'adulte. Dès lors que la situation se stabilise, les mesures prises initialement par l'État retrouvent toute leur légitimité et leur application.

359. Le chapitre 2 de la Convention et ses 8 articles envisagent nombre de situations de protection et poursuivent un même but, celui d'assurer une protection idoine de l'adulte et/ou de ses biens. Le critère de la nationalité conserve une importance réelle et représente une preuve de la compétence générale et autonome accordée aux États (article n°7). La Convention a acté cette concurrence entre nationalité et résidence, malgré les remarques négatives qui avaient été faites à propos de la Convention de 1961 sur la protection des mineurs. Les rédacteurs ont considéré que cette dualité de compétence juridique n'allait pas entraîner de blocages conventionnels de compétence, mais permettrait au contraire d'arrimer la situation de l'adulte au meilleur « *ponton juridique* ». Comme le souligne le rapport (§5), « *Aussi convient-il de ne pas trop contrarier la bonne volonté de toute personne qui serait disposée à assumer cette charge. Si cette personne ne réside pas dans le même Etat que l'adulte à protéger, il paraît opportun de lui permettre de saisir des autorités aussi proches que possible de sa résidence et de ne pas la contraindre à agir dans l'Etat, peut-être lointain, de la résidence habituelle de l'adulte* ».

E. Mise en œuvre des règles de compétence

360. A l'instar des autres textes internationaux, la Convention de la Haye n'est pas exempte de critiques. D'une manière générale, il semble que ce soit le sort réservé à chaque texte qui est le fruit de compromis. Pour les uns le texte apparaîtra trop flou, ne garantissant pas la stabilité juridique et pour les autres, il sera critiqué car il sera trop rigide et n'embrassera pas toutes les situations. La Convention peut se situer au cœur de ce débat, car elle est le reflet du concept de « *texte feuilleté* » qui résume un texte global et qui souhaite embrasser nombre de situations, sans jamais se focaliser sur une situation en particulier ou sur des détails juridiques. A titre d'exemple, on peut rappeler que la Convention aborde les règles de compétences entre États, mais ne fournit aucune indication sur les autorités infra-étatiques compétentes (autorités administratives ou judiciaires). Chaque État désigne une Autorité centrale nationale pour assurer le respect de la Convention et la coopération entre États⁶³⁵. Le site internet de la Convention de la Haye⁶³⁶ indique clairement les autorités centrales pour chaque État signataire. Pour la France, il s'agit du Bureau du droit de l'Union du droit international privé et de l'entraide judiciaire⁶³⁷. Pour la Belgique, il s'agit du Service Public Fédéral Justice (Federale Overheidsdienst Justitie)⁶³⁸.

361. Les questions de compétences sont au centre des accompagnements de français handicapés dans des établissements wallons. L'article 33 de la Convention⁶³⁹ nous indique que

⁶³⁵ Convention sur la protection internationale des adultes, article 28.

⁶³⁶ Conférence de la Haye, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.hcch.net>, [Consulté le 27 août 2022].

⁶³⁷ Bureau du droit de l'Union, du droit international privé et de l'entraide judiciaire (BDIP) : ministère de la Justice, Direction des Affaires civiles et du Sceau (DACs), Sous-direction du droit économique 13, place Vendôme, 75042 PARIS Cedex 01.

⁶³⁸ Service Public Fédéral Justice (*Federale Overheidsdienst Justitie*) - Direction générale Législation, des Libertés et Droits fondamentaux (*Directoraat-generaal Wetgeving, Fundamentele Rechten en Vrijheden*) - Service de Coopération internationale civile (*Dienst Internationale Samenwerking in burgerlijke zaken*).

Autorité centrale belge (*Belgische Centrale autoriteit*)
Boulevard de Waterloo 115 (*Waterloolaan 115*)
B- 1000 BRUXELLES (BRUSSEL).

⁶³⁹ Convention sur la protection internationale des adultes, Article 33 : « 1. Lorsque l'autorité compétente en vertu des articles 5 à 8 envisage le placement de l'adulte dans un établissement ou tout autre lieu où sa protection peut être assurée, et que ce placement aura lieu dans un autre Etat contractant, elle consulte au préalable l'Autorité centrale ou une autre autorité compétente de ce dernier Etat. Elle lui communique à cet effet un rapport sur l'adulte et les motifs de sa proposition sur le placement.

les décisions de placement, dans un pays étranger, ne peuvent s'effectuer par simple accord entre deux directions, l'une française et l'autre belge. Dans les faits, l'État qui envisage le placement d'un adulte dans un établissement étranger doit consulter au préalable l'autorité centrale du futur État d'accueil. Cet échange doit permettre l'échange autour d'*«un rapport sur l'adulte et les motifs de sa proposition sur le placement »* (§1). Suite à l'examen des documents, l'État peut refuser l'accueil en faisant part de sa décision dans un délai raisonnable. Un des motifs de refus réside dans le fait de ne pas avoir procédé à l'audition de l'adulte. L'article 22 alinéa 2 énonce clairement ce principe, en indiquant que la décision de placement peut être refusée *« si la mesure a été prise, hors le cas d'urgence, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative, sans qu'ait été donnée à l'adulte la possibilité d'être entendu, en violation des principes fondamentaux de procédure de l'État requis »*.

2. La décision de placement ne peut être prise dans l'Etat requérant si l'Autorité centrale ou une autre autorité compétente de l'Etat requis manifeste son opposition dans un délai raisonnable ».

362. A la lumière de l'analyse des situations française et wallonne, il est possible de conclure que l'effectivité des droits des personnes handicapées n'autorise pas une lecture uniforme. Pourtant les points de comparaison sont nombreux entre les deux territoires. La proximité géographique, une langue commune, une histoire mêlée et un héritage juridique commun, tous ces éléments devraient guider une approche commune de l'effectivité des droits. Force est de constater que l'organisation administrative du pays a un impact significatif et durable sur la manière dont les citoyens reçoivent le droit. La centralisation française explique la place de la loi et les attentes qu'elle peut générer. Les établissements médico-sociaux français se nourrissent d'une production législative nationale et beaucoup considèrent que cela permet de garantir l'effectivité des droits des personnes handicapées entendue dans un sens impératif. En France, la crise sanitaire récente est venue confirmer cette domination législative.

363. La situation wallonne est différente à bien des égards. Tout d'abord, la Belgique n'est pas un État centralisé, elle s'est construite autour d'une idée fédérale centrifuge. Ensuite, les pouvoirs sont divisés entre le niveau fédéral et les régions, ces dernières ayant la possibilité de créer du droit en complément du Royaume. La Wallonie, contrairement à la France, n'attend pas toutes les solutions du pouvoir fédéral, nombre de textes proviennent directement de son gouvernement ou de son parlement. Cette proximité permet une pénétration plus facile du droit dans la société wallonne. Enfin, il faut noter l'importance du phénomène consociationaliste en Belgique qui permet la recherche d'un consensus avant de finaliser une réforme juridique.

364. L'organisation administrative façonne les territoires et, subséquemment, la perception que l'on peut avoir des textes provenant du pouvoir central. Ce faisant, on comprend que la vision impérative d'un droit national qui émane de l'État central soit différente selon que l'on se place d'un côté ou de l'autre de la frontière. Dans le champ du handicap, le droit national ne peut représenter la seule grille de lecture. Les acteurs sont invités à regarder au-delà des limites des établissements pour considérer plus avant les droits des personnes handicapées.

365. S'interroger sur l'effectivité des droits des personnes handicapées, oblige en effet à se questionner sur les sources du droit qu'il faut mobiliser. Dans le cadre de nos travaux, nous nous sommes assez naturellement portés en premier lieu vers les droits internes français et belges afin de mesurer la place occupée par ces sources juridiques internes. De la comparaison entre ces deux territoires, on peut soutenir l'hypothèse que l'organisation administrative conditionne la manière dont le travail législatif est reçu par la société. Les établissements médico-sociaux sont invités à considérer également les sources européennes des droits des personnes handicapées pour diffuser plus avant une approche nouvelle de l'accompagnement. Dans la même dynamique, il faut se tourner vers la Convention relative aux droits des personnes handicapées, *soft law* onusien. Même s'il elle ne crée pas de droit nouveau, cette Convention irrigue désormais le champ du handicap et le discours des pouvoirs publics. Partant, des efforts d'acculturation sont indispensables afin que les acteurs s'entendent sur la définition des termes utilisés.

Titre 2 : Les « *droits venus d'ailleurs* », *soft law* onusiens de protection des personnes handicapées.

366. Existe-t-il des points communs entre des établissements médico-sociaux situés dans les villes de Laval, de Quimper, de Namur ou de Charleroi ? Cette question posée au démarrage d'une réunion en établissement sur le thème des droits des personnes handicapées, peut laisser les participants perplexes quant à la réponse possible. De prime abord, il est difficile d'établir des liens entre ces quatre villes et le respect des droits des personnes handicapées et il est normal qu'aucune réponse ne vienne naturellement à l'esprit des participants à la réunion. Après quelques minutes, on peut esquisser une réponse qui va surprendre et inviter à réfléchir. Ces quatre villes ont en commun le fait de ne pas représenter symboliquement des territoires isolés. Ce faisant, elles sont automatiquement connectées à l'environnement et ne peuvent pas s'isoler des mouvements de la société en général et du droit en particulier.

367. Cette dynamique est analogue pour les établissements qui ne peuvent pas vivre en autarcie. Les directions d'établissement françaises et wallonnes doivent considérer que les droits des personnes handicapées ne se limitent pas au droit interne mais qu'ils embrassent également les « *droits venus d'ailleurs* ». Dans le cadre de notre recherche, en évoquant les « *droits venus d'ailleurs* », il ne s'agit pas de mobiliser notre imaginaire en direction d'un système juridique inconnu en provenance d'une terre jusqu'ici ignorée. Notre démarche consiste simplement à considérer que les droits cités par les Nations Unies méritent d'être considérés comme une source des droits des personnes handicapées. Le texte onusien ne représente pas un instrument juridique contraignant mais participe tout de même au métissage des sources de droit.

368. La Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées est un instrument juridique qui a fêté ses quinze ans. Entrée en vigueur en mai 2008, la Convention marque le début d'un mouvement visant à considérer le handicap sous l'angle d'une pathologie de la société qui est incapable d'être naturellement inclusive, incapable de penser un environnement accessible et d'accueillir les différences. De leur côté, les acteurs de l'accompagnement des personnes handicapées saisissent peu et mal les droits énoncés dans la Convention. Cette situation était déjà soulignée en France en 2016 par le Défenseur des droits,

lorsqu'il rappelait que les droits des personnes handicapées sont une question de droits de l'homme. Ils peuvent être vus comme des « *droits d'évidence* »⁶⁴⁰.

369. La Convention est une question de droits de l'homme traitée par l'Organisation des Nations Unies (**Chapitre 1**). La Convention reconnaît les droits fondamentaux des personnes handicapées et synthétise l'ensemble des instruments internationaux. La France comme la Belgique ont ratifié rapidement cette Convention, facilitant l'arrivée d'un nouveau paradigme dans la société. L'accessibilité, l'aménagement raisonnable, l'autonomie ou l'inclusion font désormais partie du dictionnaire mobilisé par les acteurs du handicap. Au travers de la mobilisation de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, on relève des différences dans le suivi et des limites dans sa mise en œuvre (**Chapitre 2**).

⁶⁴⁰ Nous utilisons cette formulation à dessein pour appuyer le fait que ces droits ne doivent souffrir d'aucune contestation.

Chapitre 1 : Le handicap, une question de droits de l'homme traitée par l'Organisation des Nations Unies

370. La CIDPH est le fruit d'un long mouvement qui a débuté il y a presque cinquante ans. En 1980, est fondée l'Organisation mondiale des personnes handicapées qui a accompagnée des actions visant à défendre les droits au côté des Nations Unies. Peu après son adoption par les Nations Unies, la France et la Belgique ont ratifié la Convention. L'analyse juridique du processus de ratification nous renseigne sur la manière dont un texte international est réceptionné par le droit national. Nous partons de l'hypothèse que l'organisation administrative impacte la réception des droits internationaux par la société.

371. En France, la ratification est un acte du pouvoir législatif souvent accompagné d'une loi afin que la Convention intègre le droit positif. Il s'agit donc d'une action verticale de l'État qui concerne tous les acteurs sans véritable débat dans la société. Même conforme au droit, cette procédure ne facilite pas l'effectivité des droits. On ne retrouve pas cette même verticalité dans le processus de ratification belge. Le pouvoir royal se voit également reconnaître un rôle central, mais ce dernier ne peut s'exercer seul au regard de l'organisation fédérale. Parce que la Convention évoque des droits qui sont répartis entre le pouvoir central et les différentes collectivités, elle ne peut intégrer l'ordre juridique belge qu'à partir du moment où toutes les parties donnent leur accord. Pour les traités mixtes, on parle d'assentiment parlementaire obligatoire pour faire entrer le traité dans le droit interne belge et pour qu'il puisse être invoqué devant les juridictions internes. Après un vote au niveau local, chaque niveau fédéral devient donc partie prenante de la Convention, ce qui facilite l'effectivité des droits au sein de la société belge.

372. La ratification acquise, la Convention organise un examen des rapports de chacun des pays afin de mesurer les voies empruntées pour garantir les droits des personnes handicapées. Dans le cadre de notre recherche, nous avons mis en lumière les écarts de pénétration des droits conventionnels entre la France et la Wallonie. Les rapports ont-ils été remis dans des délais raisonnables ? L'inclusion a-t-elle fait son entrée dans la Constitution ? Quels sont les points soulignés par le Comité des droits suite à la production des rapports ? Telles sont les réponses qu'il faudra examiner pour valider le degré d'effectivité des droits.

373. Après avoir accompagné le travail préparatoire indispensable à la ratification de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (**Section 1**), nous nous attacherons à définir les contours des mécanismes de protection des personnes handicapées (**Section 2**).

Section 1 : Le travail préparatoire indispensable

374. Peut-on aborder la Convention internationale des droits des personnes handicapées⁶⁴¹, comme étant simplement un texte supplémentaire, reconnaissant des droits spécifiques pour une catégorie particulière de citoyens ? A cette question, il peut exister plusieurs approches selon que l'on s'attache simplement au texte ou que l'on se penche sur sa philosophie, son histoire ainsi que sur ses conséquences pratiques. Dans une première approche, on peut placer cette Convention dans la continuité des textes nationaux et européens, protégeant les droits des personnes. Ce faisant, on agrandit une liste déjà fournie des droits et des obligations qui doivent être garantis par les États signataires. La succession de textes, leur superposition, peut interroger le citoyen quant à leur application, à leur utilité concrète, et l'inviter simplement à les ranger sur l'étagère de la bibliothèque des droits humains. Dans le champ médico-social on constate, en effet, que les formations initiales initient trop peu aux différences qui existent entre ces textes et n'insistent pas davantage sur les conséquences concrètes induites pour les établissements. Cette approche « horizontale » et globale, même si elle présente un intérêt, ne permet pas d'appréhender clairement toutes les conséquences de la Convention internationale des droits des personnes handicapées sur la vie quotidienne d'un établissement.

375. Une seconde approche entend dépasser le texte de la Convention, en interrogeant directement la société sur son rapport au handicap et en donnant à cette question toute sa « *profondeur historique* »⁶⁴² et sa dimension pratique, pour les établissements médico-sociaux. Longtemps, le handicap accompagnait les personnes en marge de la société. Incapables de travailler, les personnes handicapées, dans la pensée chrétienne, devaient recevoir la solidarité de la communauté. Une frontière était donc nettement marquée entre les personnes qui ne pouvaient travailler en raison de leurs incapacités et les simples vagabonds qui refusaient le travail par oisiveté. On retrouve encore la mention de l'oisiveté dans certains rapports qui traitent de la question de la capacité juridique. La loi du 3 janvier 1968⁶⁴³ portant réforme du

⁶⁴¹ OHCHR, *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>, [Consulté le 9 mai 2022].

⁶⁴² VILLE I., FILLION E., RAVAUD JF., SHAKESPEARE T., et ALBRECHT G., *Introduction à la sociologie du handicap : histoire, politiques et expérience*. 2e éd. Ouvertures politiques. Louvain-la-Neuve (Belgique): De Boeck supérieur, 2020, page 27.

⁶⁴³ Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 Portant Réforme du Droit des Incapables majeurs, 68-5 § (1968).

Droit des incapables majeurs, modifiait l'article 488⁶⁴⁴ du Code civil, en indiquant que « *peu pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales* »⁶⁴⁵. On note l'importance de la dimension « travail » lorsqu'on observe le rôle de la médecine, dans la reconnaissance ou la réadaptation des personnes handicapées. Le 20^{ème} siècle a vu le développement de la place importante de la médecine, pour définir le handicap et pour travailler à la réadaptation des personnes⁶⁴⁶. Cette vision biomédicale du handicap a irrigué les débats et nourri la vision des acteurs médico-sociaux. La personne était accueillie en établissement en raison d'un handicap mental, moteur, cognitif ou intellectuel. Les familles ont entretenu et entretiennent encore cette focale biomédicale, lorsqu'elles évoquent leur vie au quotidien avec leurs proches. Nombreuses sont les directions qui ont constatées que leur entretien avec la famille d'une personne souffrant de troubles du spectre de l'autisme⁶⁴⁷ se résume, trop souvent, à un échange autour des prescriptions médicales. Au quotidien, les équipes présentes dans les établissements sont accaparées par ces questions médicales. Circuit de distribution des médicaments et prescriptions médicales sont des questions qui interrogent le médecin coordinateur et mobilise une part importante de son emploi du temps. De la même manière, de nouveaux traitements proposés par un spécialiste mobilisent les équipes lorsqu'elles constatent des changements de comportement d'une personne.

376. On ne peut se contenter de ces deux seules approches pour comprendre les mouvements qui irriguent actuellement le champ médico-social. La Convention internationale des droits des

⁶⁴⁴ Légifrance - Publications officielles - Journal officiel - JORF n° 0002 du 04/01/1968 (accès protégé), [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/download/securePrint?token=oArOG2vkjrVW3hFyWr55>, [Consulté le 10 mai 2022].

⁶⁴⁵ Cette disposition a été supprimée par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

⁶⁴⁶ VILLE I., FILLION E., RAVAUD JF., SHAKESPEARE T., et ALBRECHT G., *Op. cit.*, p. 43.

⁶⁴⁷ Inserm, Autisme· Inserm, La science pour la santé, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.inserm.fr/dossier/autisme/>, [Consulté le 10 mai 2022] : « *Les troubles du spectre de l'autisme (TSA) résultent d'anomalies du neurodéveloppement. Ils apparaissent précocement au cours de la petite enfance et persistent à l'âge adulte. Ils se manifestent par des altérations dans la capacité à établir des interactions sociales et à communiquer, ainsi que par des anomalies comportementales, en particulier une réticence au changement et une tendance à la répétition de comportements ou de discours. Les personnes concernées semblent souvent isolées dans leur monde intérieur et présentent des réactions sensorielles (auditives, visuelles, cutanées...) particulières. Malgré la diversité des troubles et les capacités d'insertion sociale très variables de ces personnes, l'autisme est reconnu comme un handicap en France depuis 1996. Il nécessite une recherche pluridisciplinaire pour comprendre ses mécanismes et améliorer sa prise en charge* ».

personnes handicapées oblige tous les acteurs à prendre du temps⁶⁴⁸ et du recul, pour s'éloigner des contingences quotidiennes lorsqu'on travaille pour un établissement médico-social. Cette attitude s'explique parce que ce texte international ne peut être considéré comme étant un texte « de plus » à plusieurs endroits, car il s'agit d'une convention qui concerne exclusivement les personnes handicapées. Pour mémoire, la lecture de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne fait apparaître le terme « handicap » qu'au travers de deux articles⁶⁴⁹ sur cinquante-quatre. La Convention européenne des droits de l'homme quant à elle, n'aborde pas directement la question du handicap. Il faut noter également que la CIDPH propose une définition nouvelle de la situation de handicap plaçant l'environnement, en général, au centre des questionnements. Sans nier le volet médical du handicap, la CIDPH sépare nettement les facteurs personnels et les facteurs environnementaux, pour expliquer les situations de handicap. L'environnement représente désormais l'obstacle principal qu'il faut surmonter, afin de pouvoir jouir de ses droits. Le rôle de la société est donc central pour expliquer les situations handicapantes⁶⁵⁰.

377. Enfin, sous l'appellation de *soft law*, la CIDPH ne constitue pas un cadre juridique contraignant. En 2016, lors du colloque organisé par le Défenseur des droits visant à « *comprendre et mobiliser la Convention pour défendre les droits des personnes handicapées* », il était rappelé en effet que « *la CIDPH ne crée pas de droits nouveaux mais réaffirme un égal accès des personnes handicapées à tous les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels* »⁶⁵¹. Même si elle est simple, cette affirmation peut questionner le citoyen à la recherche d'un texte qui énumère, de manière exhaustive, les droits des personnes handicapées. Le travail de compréhension de la CIDPH nous invite à ne plus envisager l'effectivité des droits

⁶⁴⁸ Talleyrand (1754-1838), Diplomate et homme d'Etat français : « *Quand il est urgent, c'est déjà trop tard* ». Il est utile de rappeler cette phrase pour inviter les équipes à prendre de la distance et de la hauteur par rapport au flux permanent d'informations dans les établissements.

⁶⁴⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Article 21 : « *Non-discrimination* », « *Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* », Article 26 : « *Intégration des personnes handicapées* », « *L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté* ».

⁶⁵⁰ Réseau international sur le Processus de production du RIPPH. [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://ripph.qc.ca/modele-mdh-pph/le-modele/>, [Consulté le 11 mai 2022].

⁶⁵¹ Guide pour la Convention relative aux droits des personnes handicapées, Défenseur des droits, p. 13.

des personnes handicapées, sous un angle impératif et répressif. Il ne s'agit plus simplement de mettre en application les droits énumérés dans la loi 2002-2 du 2 janvier 2002, pour garantir les droits dans les établissements. Ce faisant, cette approche peut déstabiliser un directeur d'établissement habitué à appliquer des lois et des règlements. Pour la société, il faudra créer des conditions normales d'exercice de ces droits, comme le stipule l'article premier de la CIDPH⁶⁵². Michael Oliver⁶⁵³ nous invite autour d'un changement de sémantique, à accompagner ces évolutions dans la société. Par exemple, au lieu de se demander quels sont les problèmes rencontrés par une personne handicapée, il est préférable de faire un état de ce qui ne va pas dans la société et de se demander quelles modifications sont indispensables sur les plans social, économique et environnemental pour que les droits soient effectifs.

378. Il est important de retracer le long combat préalable à la Convention relative aux droits des personnes handicapées (I). La CIDPH rédigée, elle doit ensuite irriguer le droit interne de chaque pays. L'examen détaillé de ces processus de ratification raconte la manière dont la France et la Belgique envisage les « *droits venus d'ailleurs* » (II).

I. Un long combat préalable à la Convention relative aux droits des personnes handicapées

379. Un texte international n'échappe pas à la règle, préalablement à son adoption, nombreuses sont les actions qui se font jour afin de mobiliser la société pour faire bouger les lignes. C'est au début des années quatre-vingt que les mouvements sociaux portent la question du handicap dans le débat. En 1981 au cours de l'année internationale des personnes handicapées, est créée l'Organisation Mondiale des Personnes Handicapées (OMPH)⁶⁵⁴,

⁶⁵² Convention internationale des droits des personnes handicapées (CIDPH), Article premier : « *La présente Convention a pour objet de promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées et de promouvoir le respect de leur dignité intrinsèque. Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités 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* ».

⁶⁵³ OLIVER M., *The Politics of Disablement*, Critical Texts in Social Work and the Welfare State. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 1990

⁶⁵⁴ Organisation Mondiale des Personnes Handicapées, Fondée en 1980. L'objectif de l'OMPH est le renforcement de la capacité d'entraide des personnes handicapées entre elles, afin qu'elles deviennent les défenseurs efficaces de leurs propres droits pour le meilleur profit de leurs concitoyens, c'est-à-dire de tous. Ses efforts se sont surtout déployés en direction de l'ONU, avec qui l'OMPH a

véritable catalyseur des mouvements de défense des droits des personnes vulnérables. Les notions de « société handicapante » et de « conception universelle » (design for all)⁶⁵⁵ font leur apparition, soutenant l'idée selon laquelle le handicap est une question plus politique que médicale. Le slogan « *Nothing About Us Without Us* »⁶⁵⁶ complète le tableau en rappelant que les personnes handicapées sont avant tout, des personnes capables de choisir pour elles-mêmes et de participer socialement. Cette revendication est également à l'origine de l'association « *Nous aussi* » soutenue par l'UNAPEI⁶⁵⁷. De nombreuses actions sont initiées par cette association française afin que la société et l'ensemble des établissements, facilitent la prise de parole et le positionnement des personnes handicapées en leur sein. Sur le principe, on ne trouve personne pour s'insurger contre cette démarche, ni pour affirmer que les personnes handicapées ne disposent pas des mêmes droits que l'ensemble de la population. Pour autant, le travail des directions consiste à passer de la parole aux actes, en accordant une véritable place aux personnes accueillies en établissement.

380. Plusieurs années et plusieurs textes ont été nécessaires préalablement à l'adoption de la CIDPH (A) qui s'inscrit dans un continuum de textes internationaux, sur le thème des droits humains (B).

A. Des règles universelles à l'appui d'une première convention

381. En 1988, les mouvements des personnes handicapées ont tenté de pousser l'idée d'une convention internationale spécifique en faveur des personnes handicapées. Malgré le soutien de l'Italie et de la Suède, l'Assemblée générale des Nations Unies a repoussé cette idée⁶⁵⁸. Le

élaboré l'articulation des Droits de l'Homme et de l'invalidité. Ces efforts ont abouti à l'adoption, en décembre 2006, de la Convention relative aux Droits des Personnes Handicapées (CDPH).

⁶⁵⁵ RAVAUD JF., *Politiques du handicap : état des lieux*, « L'expression [universal design] fait référence à une philosophie de la conception de produits, de services ou de systèmes visant à ce qu'ils soient utilisables par le plus grand nombre sans nécessité d'adaptation, et qu'ils ne génèrent donc pas d'obstacles ou de barrières à leur usage susceptible d'engendrer des situations de handicap pour certaines personnes (comme un bâtiment inaccessible par exemple) ».

⁶⁵⁶ CHARLTON JI., *Nothing About Us Without Us*, Berkeley, University of California Press, 1998.

⁶⁵⁷ L'association « Nous aussi » est soutenue par l'UNAPEI, qui facilite son implantation territoriale au niveau régional et départemental.

⁶⁵⁸ Règles universelles pour l'égalisation des chances des personnes handicapées, paragraphe 9, « Une ébauche de convention a été établie par l'Italie et présentée à l'Assemblée générale lors de sa quarante-deuxième session. Des communications sur un projet de convention ont également été faites par la Suède à l'Assemblée lors de sa quarante-quatrième session. Toutefois, le consensus n'a pu se faire sur la nécessité d'une telle convention, ni à l'une, ni à l'autre de ces deux occasions. Pour de nombreux

travail s'est donc tourné vers l'élaboration d'une résolution qui sera soumise à l'Assemblée générale et qui débouchera sur la production de « règles universelles, pour l'égalisation des chances des personnes handicapées »⁶⁵⁹. La résolution rappelle les actions déjà entreprises à l'échelle internationale et notamment le Programme d'action mondial, concernant les personnes handicapées que l'Assemblée générale a adopté par sa résolution 37/52 du 3 décembre 1982. Les dispositions des résolutions n'ont pas de force juridique contraignante⁶⁶⁰, mais les règles énoncées peuvent prendre « *un caractère coutumier au plan international si un grand nombre d'États les appliquent dans l'intention de faire respecter une norme de droit international* » (par.14).

382. Les vingt-deux règles de la résolution couvrent des domaines très larges, des soins de santé (règle n°2), à la religion (règle n°12) sans oublier les loisirs et les sports (règle n°11). Les différents domaines abordés doivent être appréhendés, par les législations nationales, pour être effectifs (règle n°15). Cette résolution invite donc les États à prendre le relais des Nations Unies, en invitant les pouvoirs publics à mobiliser les organisations des personnes handicapées nationales pour évaluer les progrès concrets.

383. L'année suivante l'Assemblée générale des Nations Unies a proposé une résolution en complément des règles universelles⁶⁶¹, pour l'égalisation des chances des personnes handicapées. Il s'agit d'un texte visant à l'application de la stratégie à long terme pour la mise en œuvre du Programme d'action mondiale, concernant les personnes handicapées d'ici à l'an 2000 et au-delà. Il est rappelé l'importance des droits de l'homme et des libertés fondamentales des handicapés dans la Déclaration et le Programme d'action de Vienne, adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin 1993 (A/CONF.157/24). La

représentants, les instruments en vigueur dans le domaine des droits de l'homme garantissaient en effet aux personnes handicapées les mêmes droits qu'aux autres êtres humains ».

⁶⁵⁹ « L'ONU et les personnes handicapées ». Nations Unies, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.un.org/french/esa/social/disabled/historique_6.htm, [Consulté le 12 mai 2022]. Ce texte est l'une des principales réalisations de la Décennie des personnes handicapées.

⁶⁶⁰ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.*, p. 908 : « *D'un point de vue formel, prise de position adoptée par une conférence internationale ou un organe d'une organisation internationale sans préjuger, du point de vue du fond, la force juridique de celle-ci* ».

⁶⁶¹ Résolution de l'Assemblée générale 1994/153, A/RES/49/153, 7 février 1995, Recommandation générale n°18 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes handicapées (1991), Observation générale n°5 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur les personnes souffrant d'un handicap (1994), Convention interaméricaine pour l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les personnes handicapées (1999).

résolution met en exergue l'importance de l'environnement dans la production du handicap, invitant les États à ne plus considérer le handicap comme la seule conséquence d'incapacités.

384. Le débat s'est lentement déplacé sur le terrain des droits de l'homme⁶⁶² et sur le constat du manque d'exploitation des instruments déjà existants. *« Un changement radical s'est opéré au cours des 20 dernières années : d'une conception de l'invalidité fondée sur la charité, on est passé à une approche fondée sur les droits des personnes handicapées. En substance, envisager l'invalidité dans l'optique des droits de l'homme revient à considérer les personnes handicapées comme des sujets, non plus comme des objets, et, partant, à ne plus voir en eux des "problèmes", mais des titulaires de droits. L'important, c'est de situer le problème ailleurs que dans la personne handicapée elle-même et d'étudier la façon dont les systèmes sociaux et économiques tiennent compte (ou non, selon les cas), de la différence induite par l'incapacité. Le débat sur les droits des personnes handicapées doit donc être rattaché à un autre débat, plus général, portant sur la place que la société fait au droit à la différence »*⁶⁶³.

B. La Convention relative aux droits des personnes handicapées et l'ensemble des éléments de la Charte internationale des droits humains :

385. La Convention internationale des droits des personnes handicapées s'inscrit en droite ligne des textes des Nations Unies, en faveur des droits de l'homme. La littérature a mis en exergue le terme de « Charte internationale des droits de l'homme », pour englober un ensemble de textes onusiens portant sur cette thématique. Il ne s'agit pas d'un texte unique qui rassemble des droits que l'on peut mobiliser. La Charte internationale des droits de l'homme se compose de plusieurs textes validés par la quasi-totalité des pays. Adoptée en décembre 1948 par les 58 États membres de l'Organisation des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de

⁶⁶² Gérard Quinn et Theresia Degener, Droits de l'homme et invalidité : L'utilisation actuelle et l'usage potentiel des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme dans la perspective de l'invalidité (Nations Unies, New York et Genève, 2002) (HR/PUB/02/1). L'étude a abouti à la conclusion que les organes conventionnels de l'ONU et la société civile n'avaient pas exploité pleinement les instruments relatifs aux droits de l'homme et les mécanismes de surveillance existants afin de protéger et promouvoir les droits des personnes handicapées.

⁶⁶³ *Ibid.*, page 10.

l'Homme⁶⁶⁴ est l'élément fondateur de la Charte⁶⁶⁵. Même si ce texte n'a pas de valeur normative intrinsèque, il a inspiré les acteurs dans la production des deux pactes internationaux en 1966⁶⁶⁶.

386. A ce stade, il paraît important de s'arrêter sur le contenu de la Charte internationale des droits de l'homme, pour rappeler qu'il ne s'agit pas d'un texte, mais d'un « terme-valise » qui entend unifier sous une même bannière les droits humains. Cette approche peut être déroutante pour les établissements, habitués à mettre en avant les chartes de bientraitance, de bienveillance, d'éthique et de déontologie ou encore les « chartes maison », comme autant de boucliers protégeant leur structure des critiques. La Charte internationale ne peut s'imprimer ou s'afficher à l'accueil d'un établissement, pour autant, elle place les droits humains au centre de toutes les actions. Depuis 1950 avec le travail des Nations Unies sur les deux projets de pactes internationaux, l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé que les droits devaient reconnaître explicitement l'égalité de l'homme et de la femme et ce faisant, s'attacher aux droits humains et plus seulement aux droits de l'homme. Malgré ces progrès, les personnes handicapées sont restées quelque peu « invisibles » au regard du droit, comme le souligne le rapport sur la thématique de « *l'utilisation actuelle et l'usage potentiel des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme dans la perspective de l'invalidité* »⁶⁶⁷. Les auteurs du rapport soulignent le poids de l'histoire qui a poussé les personnes handicapées à la marge de la sphère juridique, pour rester dans celle de l'exclusion et de la marginalisation. Pour

⁶⁶⁴ « Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 », [En ligne], Disponible à l'adresse : <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-fondamentaux-10086/droits-de-lhomme-et-libertes-fondamentales-10087/declaration-universelle-des-droits-de-lhomme-de-1948-11038.html>, [Consulté le 20 mai 2022].

⁶⁶⁵ Conférence internationale des droits de l'homme, Téhéran, 13 mai 1967 : « *la Déclaration universelle exprime la conception commune qu'ont les peuples du monde entier des droits inaliénables et inviolables inhérents à tous les membres de la famille humaine et constitue une obligation pour les membres de la communauté internationale* ».

⁶⁶⁶ Unies, Nations. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : 1966*, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://data.bnf.fr/fr/17152565/nations_unies_pacte_international_relatif_aux_droits_economiques_sociaux_et_culturels_1966/, [Consulté le 21 mai 2022].

Unies, Nations. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques : 1966*, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://data.bnf.fr/fr/16766057/nations_unies_pacte_international_relatif_aux_droits_civils_et_politiques_1966/, [Consulté le 21 mai 2022].

⁶⁶⁷ G. Quinn et T. Degener, *Droits de l'homme et invalidité, l'utilisation actuelle et l'usage potentiel des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme dans la perspective de l'invalidité*, Nations Unies New York et Genève, 2002.

pallier ces difficultés de reconnaissance, plusieurs conventions ont vu le jour afin de lutter contre la discrimination à l'égard des femmes⁶⁶⁸, contre la torture et autres traitements cruels⁶⁶⁹ et pour faire valoir les droits des enfants⁶⁷⁰ ou de tous les travailleurs migrants, ainsi que les membres de leurs familles⁶⁷¹. Ces différents mouvements conventionnels ont eu pour objectif de rendre les droits plus visibles.

387. « *Le principe d'égalité des droits signifie que les besoins de tous ont une importance égale, que c'est en fonction de ces besoins que les sociétés doivent être planifiées et que toutes les ressources doivent être employées de façon à garantir à chacun des possibilités de participation dans l'égalité. Les handicapés font partie de la société et ont le droit de rester dans leur collectivité d'origine. Ils doivent recevoir l'assistance dont ils ont besoin dans le cadre des structures ordinaires d'enseignement, de santé, d'emploi et de services sociaux* »⁶⁷².

388. L'idée de proposer une convention internationale, pour les personnes handicapées, s'inscrit donc dans ce mouvement général de prise en compte des différences. Le rapport souligne d'ailleurs qu'« *une convention spécifique sur l'invalidité serait le meilleur moyen de l'intégrer dans le dispositif de suivi des traités existant... L'adoption d'une convention spécifique proclamerait aux yeux du monde que ce segment de la population existe et qu'il a*

⁶⁶⁸ OHCHR, « Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>, [Consulté le 21 mai 2022].

⁶⁶⁹ OHCHR, « Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>, [Consulté le 21 mai 2022].

⁶⁷⁰ OHCHR, « Convention relative aux droits de l'enfant », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>, [Consulté le 21 mai 2022].

⁶⁷¹ OHCHR, « Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers>, [Consulté le 21 mai 2022].

⁶⁷² Règles pour l'égalisation des chances des handicapés, adoptées par l'Assemblée générale, résolution 48/96 du 20 décembre 1993, par. 25 et 26.

les mêmes droits, les mêmes espoirs, les mêmes rêves et les mêmes aspirations que les autres »⁶⁷³.

II. La ratification de la Convention relative aux droits des personnes handicapées :

389. Afin qu'une convention internationale engage un État, il faut qu'elle fasse l'objet d'une ratification. Il est nécessaire de rappeler la définition de ce que représente une ratification pour mieux la situer dans le processus global de réception d'un accord international dans le droit national. Le dictionnaire de « Vocabulaire juridique » propose une définition qui met en lumière le rôle important de l'exécutif pour confirmer l'engagement de l'État à être lié par un traité⁶⁷⁴. La ratification intervient donc « *en bout de chaîne* », afin qu'il entre dans le droit interne du pays après l'étape de la signature d'un engagement international. La définition juridique de la ratification s'applique à l'ensemble des pays, pour autant, le processus permettant la ratification d'un traité international peut être différent selon les pays. La structure administrative du pays peut obliger les pouvoirs publics à emprunter des voies spécifiques pour accueillir un texte international. C'est ainsi que la Belgique devra tenir compte de sa structure fédérale, alors que la France respectera davantage une procédure « verticale », sans qu'il soit nécessaire de consulter les différentes collectivités locales du pays.

390. Processus de ratification « *imposé* » d'une part (A) et processus de ratification « *négocié* » (B) d'autre part ; telles sont les voies utilisées par la Belgique et la France pour la ratification des traités internationaux.

⁶⁷³ QUINN G. et DEGENER T., *Droits de l'homme et invalidité, l'utilisation actuelle et l'usage potentiel des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme dans la perspective de l'invalidité*, Nations Unies New York et Genève, 2002, page 321.

⁶⁷⁴ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.*, p.844. La ratification est définie comme étant un « acte par lequel l'organe compétent d'un Etat, généralement le Chef de l'Etat ou un organe collégial, confirme la signature apposée sur un traité par un plénipotentiaire et marque ainsi le consentement définitif de l'Etat à être lié par ce traité ».

A. La ratification française de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, un pilotage des pouvoirs exécutif et législatif

391. Le titre six de la Constitution de la V^{ème} République, offre une lecture des conditions juridiques de ratification des traités internationaux et de leur intégration dans le droit interne français. D'emblée, le rôle du pouvoir exécutif central est mis en avant. L'organisation du pays induit le fait que le processus d'intégration d'un traité international ne mobilise pas les collectivités locales. Ratifié, le traité s'appliquera sur l'ensemble du territoire français, sans qu'il soit besoin de rechercher l'accord (*on parlera d'assentiment en droit belge*) des entités infra-étatiques. Le droit français, contrairement au droit belge ne reconnaît pas l'adage « *in foro interno, in foro externo* ». On peut dès lors, imaginer les difficultés potentielles de la société à appréhender les « *droits venus d'ailleurs* », selon l'expression du doyen J. CARBONNIER. Ceci avec d'autant plus de force que la CIDPH a été présentée, dès le départ, comme un texte ne créant pas de droits nouveaux.

392. Pour autant, le processus d'intégration d'une norme internationale doit respecter un processus identifié, pour intégrer le droit positif interne. L'article 52 de la Constitution⁶⁷⁵ indique que c'est au Président de la République de négocier et ratifier les traités. Il est possible qu'il puisse déléguer la négociation à un membre du gouvernement, en fonction de l'importance du texte. Le Président de la République signe alors une *lettre de pleins pouvoirs*⁶⁷⁶, autorisant une négociation du traité en son nom. Cet article signifie-t-il que le Président est le seul acteur dans ce processus ? L'article 53⁶⁷⁷ rappelle les cas de figure qui nécessitent l'intervention du législateur⁶⁷⁸, préalablement à la ratification du texte. Le projet de loi autorisant la ratification

⁶⁷⁵ L'article 52 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose : « *Le Président de la République négocie et ratifie les traités. Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification* ».

⁶⁷⁶ CARCASSONNE G., GUILLAUME M., VEDEL G., *La Constitution*, Paris, Éd. du Seuil, Points n° 319, 12e éd., 2014, p.264.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, Article 53 dispose : « *Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés. Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées* ».

⁶⁷⁸ L'intervention du législateur se concrétise par le dépôt d'un projet de loi, c'est-à-dire d'un projet d'origine gouvernementale.

justifier lorsqu'on est en présence d'un traité bilatéral ou d'un traité de commerce, interroge dans les autres situations. Dans une décision du 22 janvier 1999⁶⁸⁵, le Conseil Constitutionnel saisi d'une question concernant la Cour pénale internationale a répondu à la portée de cette obligation de réciprocité, en affirmant que « *la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer*⁶⁸⁶ ».

B. En Belgique, la prédominance de l'adage « in foro interno, in foro externo » :

394. Evoquer la ratification des traités, pour le Royaume belge, nous oblige à nous interroger sur l'impact de l'organisation administrative du pays. Depuis 1993, la Constitution affirme que « *la Belgique est un Etat fédéral* » qui est composé « *des communautés et des régions* » (Article 1). De cette organisation, découle des compétences qui ont été décentralisées de l'Etat fédéral vers les entités fédérées. Le schéma interne belge a également une incidence en droit international dans la mesure où, reconnaître un droit pour une entité fédérée lui permettra de l'exercer au niveau international, selon l'adage « *in foro interno, in foro externo*⁶⁸⁷ ». Dans le cadre de notre recherche, c'est cet adage qui a justifié que la région wallonne puisse signer directement un traité avec l'État français, pour encadrer les accueils des personnes handicapées françaises en Wallonie. Il est important de noter que cet adage n'a qu'un impact en droit interne

⁶⁸⁵ Conseil Constitutionnel, Décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/98408DC.htm>, [Consulté le 05 juin 2023].

⁶⁸⁶ *Ibid.*, Considérant n° 12 : « *Considérant qu'il résulte de ces textes de valeur constitutionnelle que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure des engagements internationaux en vue de favoriser la paix et la sécurité du monde et d'assurer le respect des principes généraux du droit public international ; que les engagements souscrits à cette fin peuvent en particulier prévoir la création d'une juridiction internationale permanente destinée à protéger les droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine, en sanctionnant les atteintes les plus graves qui leur seraient portées, et compétente pour juger les responsables de crimes d'une gravité telle qu'ils touchent l'ensemble de la communauté internationale ; qu'en égard à cet objet, les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des Etats parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres Etats parties ; qu'ainsi, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer* ».

⁶⁸⁷ L'ordre juridique belge reconnaît une conception large de l'adage « *in foro interno, in foro externo* », dans la mesure où les régions ou les communautés peuvent conclure seules des traités internationaux. Littéralement, cet adage signifie que ce que les entités fédérées peuvent faire en droit interne, elles le peuvent aussi en droit international.

belge mais demeure inopposable, en droit international, qui ne considère que l'État fédéral comme seule personne morale⁶⁸⁸.

395. Contrairement à la France, on peut distinguer plusieurs catégories de traités internationaux en Belgique. En premier lieu, il existe des traités relatifs à des matières exclusivement fédérales qui relèvent de la seule compétence royale pour la négociation, la signature et la ratification⁶⁸⁹. Ensuite, certains traités ne concernent que les entités fédérées et ne portent que sur les matières régionales ou communautaires⁶⁹⁰. Enfin, le droit belge reconnaît une troisième catégorie de traités appelée « *traité mixte* ». Ces traités concernent à la fois l'État fédéral et les entités fédérées⁶⁹¹, qui doivent toutes donner leur assentiment⁶⁹² avant que la ratification puisse intervenir. L'assentiment parlementaire constitue l'acte nécessaire pour faire entrer le traité dans le droit interne belge et pour qu'il puisse être invoqué, devant les juridictions internes.

396. Quelles sont les principales étapes de conclusion d'un traité selon le droit belge? Quatre étapes distinctes et successives peuvent être distinguées : la négociation, la signature, l'assentiment et la ratification. La négociation constitue l'étape initiale et peut être menée aussi bien par l'État fédéral que par les entités fédérées. La Région wallonne avec la Communauté française et la Commission communautaire française ont créé en 2008 un organisme commun leur permettant de conduire, de manière unique, leurs relations internationales⁶⁹³. Une fois la

⁶⁸⁸ L'article 2 de la Convention de Montevideo du 26 décembre 1933 consacre le rôle de l'État fédéral dans le cadre des relations internationales. Cette Convention concerne les droits et devoirs des États, elle a été adoptée par la septième Conférence internationale américaine, *Recueil des Traités de la Société des Nations*, vol. 165 (1936), no 3802. Il s'agit d'une convention inter-américaine, mais son contenu peut être tenu pour l'état du droit international coutumier en la matière.

⁶⁸⁹ L'article 167 de la Constitution traite des relations internationales et indique que « *Le Roi dirige les relations internationales, sans préjudice de la compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale, y compris la conclusion de traités, pour les matières qui relèvent de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci. (Alinéa 1), Le Roi conclut les traités, à l'exception de ceux qui portent sur les matières visées au § 3. Ces traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment de la Chambre des représentants (Alinéa 2)* ».

⁶⁹⁰ *Ibid.*, Alinéa 3, « *Les Gouvernements de communauté et de région visés à l'article 121 concluent, chacun pour ce qui le concerne, les traités portant sur les matières qui relèvent de la compétence de leur Parlement. Ces traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment du Parlement* ».

⁶⁹¹ Les traités mixtes concernent des matières homogènes qui sont gérées par plusieurs niveaux d'administration. A titre d'exemple, on peut citer le domaine de l'énergie ou des transports.

⁶⁹² L'assentiment est l'accord des Parlements de chaque niveau fédéral.

⁶⁹³ L'organisme commun est appelé « *Wallonie-Bruxelles International* » (WBI). Le siège se situe à Bruxelles.

négociation finalisée, vient le moment dédié à la signature du traité. Cette étape permet de figer le texte issu des négociations, avant qu'il soit soumis à l'assentiment parlementaire. Cette action parlementaire vient reconnaître aux traités, une valeur en droit interne belge. Lorsqu'il s'agit de traités mixtes, l'assentiment des différents parlements est requis pour valider ou rejeter la négociation qui a été menée par l'exécutif. Cette validation par les différents parlements n'est pas qu'une opération de façade. En 2016 la Région wallonne⁶⁹⁴ a refusé de donner son assentiment, bloquant alors l'entrée en vigueur d'un texte européen⁶⁹⁵. La dernière étape du processus s'exprime par la ratification du traité qui demeure une prérogative du pouvoir exécutif. Au niveau fédéral c'est le Roi qui va signer un arrêté royal, contresigné par le ministre des Affaires étrangères et le ministre de la Justice. Dans le cas des traités mixtes, le Roi n'interviendra qu'après que les parlements aient donné leur assentiment.

397. A l'instar des autres conventions internationales, la CIDPH est le fruit de mouvements des sociétés visant à rassembler autour d'un même texte les droits des personnes handicapées. La CIDPH ne crée pas de droits nouveaux, mais rappelle que la personne handicapée n'est pas un objet de soins mais un citoyen titulaire de droits. La diffusion de ce texte est dépendant de l'organisation administrative du territoire. Analysée comme étant une prérogative de l'État français, la diffusion doit s'effectuer naturellement de haut en bas jusqu'aux établissements. Au contraire, la diffusion doit faire l'objet d'un accord de toutes les collectivités en Belgique. Dans le cadre d'une organisation décentralisée des pouvoirs publics, on peut faire l'hypothèse que la philosophie d'un texte sera davantage diffusée jusqu'à atteindre la porte des établissements pour garantir une meilleure protection des droits.

⁶⁹⁴ Voir à ce propos les réactions de plusieurs médias, Politico , [En ligne], Disponible à l'adresse : [Walloon parliament rejects CETA deal – POLITICO](#) [Consulté le 03 juin 2023], la BBC, [En ligne], Disponible à l'adresse : [Belgium-Canada Ceta trade dispute bedevils EU summit - BBC News](#), [Consulté le 3 juin 2023].

⁶⁹⁵ La Région wallonne a refusé pendant quelques jours de donner son assentiment à la signature de l'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (CETA).

Section 2 : Les mécanismes de protection des personnes handicapées.

398. Evoquer les mécanismes de protection des droits, nous guident assez naturellement vers des procédures longues et complexes visant à obtenir une condamnation du pays et le versement de dommages et intérêts. Les rédacteurs de la Convention ont évidemment prévu ces mécanismes de protection par l'intermédiaire d'un Protocole facultatif qui est proposé à la ratification des États en complément du texte conventionnel principal. L'article premier du Protocole dispose que le Comité des droits de l'ONU peut « *recevoir et examiner les communications de particuliers ou groupes de particuliers [...] qui prétendent être victimes d'une violation [...] des dispositions de la Convention* ». Il est par ailleurs nécessaire que tous les recours internes soient épuisés afin qu'une communication puisse être déclarée recevable par le Comité.

399. En complément de cette procédure de contrôle, la Convention envisage des dispositifs de coordination nationaux afin de s'assurer de sa promotion et de son respect. L'article 35 de la Convention rappelle que l'État doit produire un rapport détaillé « *sur les mesures [...] prises pour s'acquitter de ses obligations* ». Dans le cadre de nos travaux, nous accordons une place particulière aux mécanismes de protection des droits qui s'appuie sur une communication transparente et ouverte. Les États ne souhaitent pas que leurs propres carences dans l'application des droits soient exposées devant l'ensemble de la communauté internationale. Le constat est identique pour les établissements qui préfèrent mobiliser des processus internes pour trouver des solutions idoines pour respecter les droits des personnes handicapées. Au niveau macro comme au niveau micro, une politique⁶⁹⁶ de « *glasnost* » est la clé de voute de l'effectivité des droits.

400. Dans le même ordre d'idée, le Comité publie de nombreuses observations pour expliquer les termes de la Convention afin que les acteurs appréhendent correctement le nouveau vocabulaire et le nouveau paradigme d'accompagnement des personnes handicapées. Ce travail d'acculturation est indispensable pour que les acteurs comprennent les nouveaux contours de leur mission et participent de la diffusion des droits. Que doit-on mettre en place

⁶⁹⁶ En russe, une politique de « *glasnost* » est synonyme d'une politique de transparence.

pour promouvoir l'autonomie, l'accessibilité et l'inclusion ? Tel est l'objectif des explications fournies pour faciliter la lecture de la Convention.

401. Les personnes handicapées bénéficient de systèmes de protection, tant nationaux qu'internationaux (I). Afin que cette protection soit efficiente, il est nécessaire de s'écarter de la rhétorique et de s'entendre sur la définition des termes de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (II).

I. Une protection nationale et internationale :

402. Le Défenseur des droits en France et l'UNIA en Belgique représentent les mécanismes internes de suivi, tel que l'article 33 de la CIDPH le demande (A). Au niveau onusien, le comité des droits des personnes handicapées reçoit et étudie les rapports d'application des États (B).

A. La protection des droits des personnes handicapées au niveau national :

403. Un texte national ou international ne peut se contenter d'être régulièrement ratifié et publié pour exister. Bien sûr, le respect des obligations constitutionnelles nationales est absolument obligatoire et nécessaire pour assurer la « naissance juridique » d'un texte. Mais il en va de la vie d'un texte de droit comme de celle d'un enfant ; la sortie de la maternité, comme celle du parlement, ne signifient pas la fin, mais le début d'une histoire. Pour qu'il prenne toute sa place dans la société, il va falloir mobiliser le texte, le faire évoluer et le surveiller. Pourtant, nombreux sont les textes qui sont accompagnés ,pendant les débats parlementaires, sans qu'ils soient accompagnés « plus avant sur les chemins de l'application »⁶⁹⁷. Pour éviter que les textes internationaux restent sur une étagère et alimentent l'idée selon laquelle ils n'ont pas de valeur juridique significative, les conventions prévoient parfois des systèmes permettant de suivre plus avant leur application. La convention internationale pour le droit des personnes handicapées, s'inscrit dans ce mouvement de suivi concret, afin que ses dispositions ne restent pas au stade de la rhétorique mais deviennent véritablement efficaces et effectives. L'article 33 de la convention intitulé « *Application et suivi au niveau national* », dispose que chaque Etat Partie

⁶⁹⁷ CARBONNIER J., *Op.cit.*, 1996, p.14.

doit mettre en place des mécanismes indépendants permettant de garantir l'application concrète de la convention⁶⁹⁸.

404. En France, cette mission a été confiée au Défenseur de droits, autorité administrative indépendante⁶⁹⁹ de rang constitutionnel, créée par deux lois en 2011⁷⁰⁰. Des décrets sont intervenus par la suite, pour expliquer l'organisation et le fonctionnement des services ainsi que la procédure applicable, devant le Défenseur des droits⁷⁰¹. La réforme constitutionnelle de 2008 visant à moderniser les institutions de la V^{ème} République, a instauré un article 71-1 qui traite du Défenseur des droits⁷⁰². Cette autorité est née de la réunion de quatre institutions : le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la Haute Autorité de Lutte contre les

⁶⁹⁸ Convention internationale pour le droit des personnes handicapées, article 33 : « *alinéa 1- Les États Parties désignent, conformément à leur système de gouvernement, un ou plusieurs points de contact pour les questions relatives à l'application de la présente Convention et envisagent dûment de créer ou désigner, au sein de leur administration, un dispositif de coordination chargé de faciliter les actions liées à cette application dans différents secteurs et à différents niveaux, alinéa 2- Les États Parties, conformément à leurs systèmes administratif et juridique, maintiennent, renforcent, désignent ou créent, au niveau interne, un dispositif, y compris un ou plusieurs mécanismes indépendants, selon qu'il conviendra, de promotion, de protection et de suivi de l'application de la présente Convention. En désignant ou en créant un tel mécanisme, ils tiennent compte des principes applicables au statut et au fonctionnement des institutions nationales de protection et de promotion des droits de l'homme, alinéa 3- La société civile – en particulier les personnes handicapées et les organisations qui les représentent – est associée et participe pleinement à la fonction de suivi* ».

⁶⁹⁹ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.*, p.108. Une Autorité Administrative Indépendante est définie comme étant un « *organisme administratif, parfois doté de la personnalité juridique, qui est pourvu de pouvoirs réglementaires et juridictionnels* », page 108.

⁷⁰⁰ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (1) (s. d.). Consulté le 22 juin 2022, LOI n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (1), 2011-334 § (2011).

⁷⁰¹ Décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits 2011-904 § (2011). Décret n° 2012-213 du 15 février 2012 modifiant le décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits, 2012-213 § (2012).

⁷⁰² Constitution de la V^{ème} République, Titre XI bis, Article 71-1 : « *Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences. Il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office. La loi organique définit les attributions et les modalités d'intervention du Défenseur des droits. Elle détermine les conditions dans lesquelles il peut être assisté par un collège pour l'exercice de certaines de ses attributions. Le Défenseur des droits est nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13. Ses fonctions sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement et de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par la loi organique. Le Défenseur des droits rend compte de son activité au Président de la République et au Parlement* ».

Discriminations et pour l'Égalité (HALDE) et la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS). Dans le cadre de sa mission, le Défenseur des droits peut être saisi d'une réclamation par une personne physique ou une personne morale et peut adresser, une mise en demeure, afin que la « situation-problème » cesse. Si la situation l'exige, le Défenseur des droits ou un de ses agents peut effectuer des visites de locaux, dresser un procès-verbal constatant un délit ou saisir l'autorité compétente pour engager des poursuites.

405. En Belgique, les autorités ont confié à l'UNIA⁷⁰³ la mission de suivre l'application de la convention internationale pour le droit des personnes handicapées, conformément à l'article 33 paragraphe 2. L'UNIA est une institution publique, indépendante de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité des chances. Son indépendance en faveur des droits humains, est reconnue par la Global Alliance of National Human Rights Institutions⁷⁰⁴ qui lui a accordée un statut de rang B⁷⁰⁵. Pour se voir reconnaître par l'Alliance mondiale des institutions nationales des droits de l'homme, il est nécessaire que l'institution nationale respecte les Principes de Paris⁷⁰⁶. Les piliers essentiels des Principes de Paris sont le pluralisme, l'indépendance et l'efficacité. Pour garantir le pluralisme, il faut que la composition des institutions reflète les « forces sociales (de la société civile) impliquées dans la promotion et la protection des droits de l'homme ». L'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, doit faire l'objet d'une inscription dans la Constitution du pays ainsi que dans sa législation. Enfin,

⁷⁰³ UNIA est une institution publique indépendante qui lutte contre la discrimination et défend l'égalité en Belgique.

⁷⁰⁴ GANHRI, Alliance mondiale des institutions nationales des droits de l'homme : « *les institutions nationales des droits de l'homme (INDH) sont reconnues au niveau international comme des acteurs de la promotion et de la protection des droits de l'homme depuis 1946. Au cours des trois décennies suivantes, les Nations Unies et certaines de ses organisations affiliées ont préparé une série de rapports sur la faisabilité de institutions nationales en tant qu'instruments de protection et de promotion des droits de l'homme. Ces rapports ont abouti à l'Atelier international des Nations Unies sur les institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme, qui s'est tenu à Paris en 1991. L'atelier a conduit à la rédaction de principes directeurs - communément appelés « Principes de Paris » - qui ont été adoptés par le Assemblée générale des Nations Unies en 1993* », [Histoire - GANHRI](#), Consulté le 22 juin 2022.

⁷⁰⁵ A titre de comparaison, en France, le Défenseur des droits n'est pas reconnu par l'Alliance mondiale des institutions nationales des droits de l'homme. L'accréditation a été accordée à la Commission National Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH). La CNCDH remplit en toute indépendance, auprès du Gouvernement et du Parlement, une mission de conseil et de proposition dans le domaine des droits de l'Homme, du droit et de l'action humanitaire, et une mission contrôle du respect par la France de ses engagements en la matière. Elle a en outre un rôle d'éducation aux droits humains.

⁷⁰⁶ DiffusionDigital, Site réalisé par. « Membership ». GANHRI (blog), [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://ganhri.org/membership/>, [Consulté le 24 juin 2022].

l'institution doit disposer de pouvoirs suffisants pour instruire les réclamations qui lui sont adressées, rassembler les preuves de la discrimination et publier ses rapports et conclusions.

406. Tant au niveau international qu'au niveau interne, la publicité des actions menées et des réclamations est souvent aussi efficace que les textes eux-mêmes. La force d'une bonne publicité autour d'une mauvaise action nationale ou d'une inaction, fait plus de bruit médiatique qu'un discours d'une autorité publique. L'UNIA a une compétence interfédérale, ce qui signifie qu'en Belgique les actions d'UNIA s'inscrivent tant au niveau fédéral qu'au niveau des Communautés et des Régions⁷⁰⁷. La compétence de l'institution belge épouse donc l'organisation administrative et constitutionnelle⁷⁰⁸. Contrairement à la France, la décision de création est partagée entre l'Etat et les collectivités locales. Cette reconnaissance internationale de l'UNIA lui a permis de se positionner clairement, en tant qu'institution indépendante. Monsieur Patrick Charlier directeur d'UNIA, note l'augmentation du nombre de réclamations remontées à l'UNIA, en déclarant : « *La Belgique a de nouveau une institution des droits de l'Homme reconnue internationalement. Ce statut est un message fort pour UNIA : Il signifie que tout le monde peut signaler une discrimination chez nous. L'année passée, un nombre record de personnes nous ont contacté, car ils se sont sentis discriminés* ».

407. En Belgique comme en France, les institutions indépendantes ou les autorités administratives indépendantes sont garantes du suivi national de la bonne application des principes de la convention. Dans les deux pays, ces institutions ont des missions élargies qui les amènent à être destinataires des réclamations concernant les discriminations en général.

408. La lecture des différents rapports de l'UNIA concernant la lutte contre les discriminations en Belgique (1) et en Wallonie (2) et ceux du Défenseur des droits pour la

⁷⁰⁷ Le Royaume de Belgique est organisé autour d'un niveau fédéral central, composé d'un gouvernement et d'un parlement. La Chambre des représentants et le Sénat forment le parlement fédéral. L'Etat fédéral compte trois régions et trois communautés bénéficiant chacune de pouvoirs législatifs et exécutifs. Les trois régions sont la Région wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale et la Région flamande. Les trois communautés sont la Communauté flamande, la Communauté Française et la Communauté germanophone.

⁷⁰⁸ Le fédéralisme belge est basé sur l'exclusivité des compétences de chaque niveau d'administration. Les compétences sont exercées exclusivement, soit par le niveau fédéral, soit par les entités fédérées (Régions ou Communautés). Ce principe d'exclusivité exclut toute hiérarchie des normes entre les niveaux, de sorte que la loi fédérale et un décret ou une ordonnance des entités fédérées sont sur un pied d'égalité.

France (3), nous fournit des informations importantes quant à la place du thème du handicap et de la convention internationale, dans le paysage des réclamations nationales.

1. Rapport de l'UNIA concernant la lutte contre les discriminations en Belgique :

409. Le rapport 2021 de l'UNIA fait apparaître 138 fois le terme « handicap ». Dès l'avant-propos, les deux directeurs de l'institution⁷⁰⁹ rappellent l'objectif qui doit être poursuivi : « *Que nous soyons jeunes ou vieux, croyants ou athées, quelques soient nos racines, la personne que nous aimons ou le handicap dont nous sommes porteurs, nous devons pouvoir compter, dans tous les domaines de la vie sociale, sur un environnement sûr dans lequel nous pouvons nous réaliser* ». La lecture de ce rapport donne une image claire de la manière dont la Belgique entend aborder le handicap. Alors que les missions de l'UNIA ne se limitent pas à la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, celle-ci est citée plusieurs fois et ses différents articles sont mis en avant. Au travers de cette présentation, on constate que la philosophie même de la Convention a irrigué pleinement les réflexions sur les discriminations. Dépasant la simple incantation, le Royaume de Belgique a modifié sa constitution afin d'intégrer l'inclusion en tant que valeur constitutionnelle, protégée par la Cour constitutionnelle⁷¹⁰. Un article 22^{ter}⁷¹¹ a été intégré afin de mieux garantir les droits et libertés

⁷⁰⁹ L'UNIA est codirigée par deux personnes, Madame Els Keytsman et Monsieur Patrick Charlier, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.unia.be/fr/a-propos-dunia/direction>, [Consulté le 24 juin 2022].

⁷¹⁰ L'article 142 de la Constitution se situe dans un chapitre spécifique consacré à la juridiction constitutionnelle, le chapitre V de la Constitution intitulé « De la Cour constitutionnelle, de la prévention et du règlement des conflits » ; depuis la révision constitutionnelle de 1988, cet article dispose : « Il y a, pour toute la Belgique, une Cour constitutionnelle, dont la composition, la compétence et le fonctionnement sont déterminés par la loi. Cette Cour statue par voie d'arrêt sur :
1- les conflits visés à l'article 141 ;
2- la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134, des articles 10, 11 et 24 ;
3- la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134, des articles de la Constitution que la loi détermine.

La Cour peut être saisie par toute autorité que la loi désigne, par toute personne justifiant d'un intérêt ou, à titre préjudiciel, par toute juridiction.

La loi peut, dans les cas et selon les conditions et les modalités qu'elle détermine, attribuer à la Cour la compétence de statuer, par voie d'arrêt, sur les recours formés contre les décisions des assemblées législatives ou de leurs organes, en matière de contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections pour la Chambre des représentants.

Les lois visées à l'alinéa 1er, à l'alinéa 2 et aux alinéas 3 et 5, sont adoptées à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa ».

⁷¹¹ Constitution Belge, Article 22^{ter}, « Chaque personne en situation de handicap a le droit à une pleine inclusion dans la société, y compris le droit à des aménagements raisonnables. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit ».

des personnes en situation de handicap. L'inclusion et les aménagements raisonnables sont désormais des obligations constitutionnelles. Cet article est un formidable exemple du rapprochement entre le texte constitutionnel et la Convention internationale. C'est aussi un formidable rappel aux autorités politiques, administratives et judiciaires, fédérales ou régionales que l'inclusion est une obligation. Le rapport indique qu'« *UNIA se félicite que le droit à l'inclusion et aux aménagements raisonnables soit désormais ancré dans la Constitution. Il s'agit d'un puissant rappel des obligations de la Convention de l'ONU, relative aux droits des personnes, ratifiée par la Belgique en 2009 et de la législation anti discrimination* »⁷¹².

410. Suite à cette réforme constitutionnelle, chaque législateur est tenu de se conformer aux principes évoqués par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle saisie d'un recours en annulation ou d'une question préjudicielle, effectue un contrôle des textes de lois ou des décrets à l'aune de l'article 22^{ter}. Le principe du « standstill »⁷¹³ s'applique à cette nouvelle orientation constitutionnelle et consiste à interdire aux législateurs de diminuer le niveau de protection accordé aux particuliers, excepté les cas où l'intérêt général est en jeu. Le Conseil d'État, le 23 septembre 2011 dans l'arrêt Cléon Angelo⁷¹⁴, a reconnu pour la première fois la violation de l'obligation de « standstill ». En l'espèce, les requérants contestaient une diminution du niveau de protection du droit à l'aide sociale garanti par l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution et portant préjudice à une réelle intégration sociale et professionnelle des personnes en situation de handicap. De son côté, la Cour Constitutionnelle mentionne le principe du « standstill » dans un arrêt du 1^{er} octobre 2015⁷¹⁵, en concluant à sa violation au détriment de certains étrangers en séjour légal qui se voyaient exclus du droit à l'aide sociale par la loi.

⁷¹² UNIA, Rapport annuel 2021, page 62.

⁷¹³ Littéralement « *standstill* » signifie « *rester tranquille* ».

⁷¹⁴ CE, section du contentieux administratif, n°215.309 du 23 septembre 2011, [En ligne], Disponible à l'adresse :

<http://www.raadvst-consetat.be/Arrets/215000/300/215309.pdf#xml=http://www.raadvst-consetat.be/apps/dtsearch/getpdf.asp?DocId=20049&Index=c%3a%5csoftware%5cdtsearch%5cindex%5ccarrets%5c&HitCount=6&hits=24+25+7e+7f+2934+2936+&0218620161212>, [Consulté le 25 juin 2022].

⁷¹⁵ Cour Constitutionnelle, arrêt n°133/2015, rôle n°5905, 1^{er} octobre 2015, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.const-court.be/public/f/2015/2015-133f.pdf>, [Consulté le 25 juin 2022].

411. Poursuivant la même dynamique de lutte contre les discriminations, l'UNIA attire l'attention du public sur la question du logement inclusif. L'«UNIA demande aux différentes Régions d'élaborer un calendrier clair de désinstitutionnalisation , avec une vue claire du nombre de personnes handicapées vivant en institution et un plan d'approche chiffré pour réduire progressivement ce nombre, tout en étant attentif à la formation du personnel et à la réorientation des services et centres actuels ». Le rapport invite les pouvoirs publics à suivre la démarche promue par l'article 19 de la Convention internationale relative aux personnes handicapées⁷¹⁶. Une démarche analogue est initiée à partir de l'article 24 de la Convention⁷¹⁷ à propos de l'enseignement des personnes handicapées. Il est intéressant de noter ces références multiples à la Convention internationale dans le cadre du rapport annuel de l'institution. Cette démarche systémique démontre que la Convention et les principes qu'elle contient, est largement répandue dans la société.

412. La période de crise sanitaire a mis en évidence la notion d'aménagements raisonnables, en direction des personnes handicapées. L'UNIA constate une augmentation importante des discriminations fondées sur l'état de santé et le handicap dans le cadre du travail. Un module interactif a été mis en ligne pour acculturer les acteurs de l'entreprise et expliquer la réglementation applicable en matière d'obligation d'aménagements raisonnables. Malgré cela, des progrès significatifs doivent être faits et l'action judiciaire peut accélérer la prise de conscience qu'un aménagement raisonnable peut aider, une personne handicapée, à réintégrer

⁷¹⁶ CIDPH, article 19 Autonomie de vie et inclusion dans la société : « Les États Parties à la présente Convention reconnaissent à toutes les personnes handicapées le droit de vivre dans la société, avec la même liberté de choix que les autres personnes, et prennent des mesures efficaces et appropriées pour faciliter aux personnes handicapées la pleine jouissance de ce droit ainsi que leur pleine intégration et participation à la société, notamment en veillant à ce que :

a) Les personnes handicapées aient la possibilité de choisir, sur la base de l'égalité avec les autres, leur lieu de résidence et où et avec qui elles vont vivre et qu'elles ne soient pas obligées de vivre dans un milieu de vie particulier ; b) Les personnes handicapées aient accès à une gamme de services à domicile ou en établissement et autres services sociaux d'accompagnement, y compris l'aide personnelle nécessaire 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 ; c) Les services et équipements sociaux destinés à la population générale soient mis à la disposition des personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, et soient adaptés à leurs besoins.

⁷¹⁷ CIDPH, article 24 Education : « Les États Parties reconnaissent le droit des personnes handicapées à l'éducation. En vue d'assurer l'exercice de ce droit sans discrimination et sur la base de l'égalité des chances, les États Parties font en sorte que le système éducatif pourvoie à l'insertion scolaire à tous les niveaux et offre, tout au long de la vie (...) ».

le monde du travail. Le 20 février 2018 la cour du travail de Bruxelles⁷¹⁸ a considéré ,pour la première fois que les conséquences d'un cancer devaient être analysées comme un handicap. En l'espèce, une employée qui avait un contrat en tant que vendeuse, était revenue d'une absence de longue durée à cause d'un cancer. Elle avait immédiatement demandé s'il était possible de recommencer à travailler de manière progressive, n'étant pas en capacité d'assumer directement le même horaire. Après avoir essuyé un refus, la vendeuse a finalement été licenciée. La Cour du travail⁷¹⁹ a considéré que le licenciement était illégal et a condamné l'employeur à verser 12 500 € de dommages et intérêts pour discrimination⁷²⁰. Ce faisant, la Cour du travail applique la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en la matière et plus particulièrement l'interprétation de la notion de handicap, comme prévue par la directive 2000/78/UE⁷²¹ en lien avec la Convention ONU sur les droits des personnes handicapées.

413. Le rapport annuel cite un arrêt du 18 mars 2021 dans lequel la Cour de travail de Liège rappelle la définition du handicap et de l'aménagement raisonnable, à l'occasion d'un licenciement prononcée suite à une réorganisation d'entreprise. Il est important de noter l'intérêt que la jurisprudence porte à ces deux notions qui sont importantes, lorsqu'on souhaite que les droits soient effectifs. La Cour indique : « *On entend par aménagements raisonnables, les mesures appropriées, prises en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder, de participer et de progresser dans les domaines pour lesquels cette loi est d'application, sauf si ces mesures imposent à l'égard de la personne qui doit les adopter une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans*

⁷¹⁸ C. Trav. de Bruxelles, 20 février 2018, « Arbeidshof_Brussel_20_februari_2018.pdf », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/Arbeidshof_Brussel_20_februari_2018.pdf, [Consulté le 26 juin 2022].

⁷¹⁹ En Belgique, les conflits du travail sont examinés devant des Tribunaux du travail au nombre de neuf sur l'ensemble du Royaume. Un appel des décisions du Tribunal est possible devant une Cour du travail. Au total, cinq Cours du travail sont présentes sur le territoire. Au sommet de l'organisation judiciaire, on trouve une seule Cour de cassation.

⁷²⁰ L'UNIA était intervenue dans cette procédure au titre d'une action en intervention volontaire. L'intervention volontaire est la procédure par laquelle une personne, de son propre mouvement, se mêle à une instance qu'elle n'a pas introduite ou qui n'est pas dirigée contre elle.

⁷²¹ Journal officiel des Communautés européennes, Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, 27 novembre 2000.

le cadre de la politique publique menée concernant les personnes handicapées⁷²² ». En outre, la Cour rappelle la définition de la notion de handicap qui « suppose l'existence de barrières qui font obstacle à la pleine participation de la personne dans sa vie professionnelle. Il n'est pas requis que la personne se trouve complètement exclue de cette vie professionnelle ; une gêne à l'exercice d'une activité professionnelle, qui fait obstacle à la pleine et égale participation de la personne suffit ».

2. Rapport de l'UNIA concernant la lutte contre les discriminations en Wallonie

414. A côté du rapport annuel de l'UNIA concernant le Royaume de Belgique, il est proposé une étude spécifique pour les régions. L'UNIA a donc publié un rapport concernant la lutte contre les discriminations en 2021 en Wallonie. Il est rappelé les missions principales de l'UNIA et la manière dont elles sont déclinées, spécifiquement sur le territoire. Après avoir noté que le rapport de 2021 s'inscrivait dans la même dynamique que les deux premiers, les auteurs insistent sur les conséquences de la Covid-19 dans le développement des inégalités sociales et des discriminations. En Belgique comme en France, cette période de tensions sanitaires a amené les pouvoirs publics à adopter des mesures de protection des populations, au détriment parfois, des droits humains. Au niveau régional, l'UNIA assure différentes missions pour garantir le droit des personnes. Soutenir individuellement les personnes victimes de discrimination, assurer le plaidoyer auprès des autorités locales et contribuer aux actions locales, informer et sensibiliser et former les professionnels et enfin formuler des avis et des recommandations, telles sont les principales missions assignées à l'UNIA en Wallonie⁷²³.

415. A la lecture de ce rapport, on comprend que l'UNIA se positionne clairement en soutien des personnes victimes de discriminations. La philosophie d'action tend à trouver une solution pour faire cesser la « situation-problème », plutôt que de pousser les parties à judiciaireiser leur conflit. Toute personne qui considère être victime d'une discrimination peut le signaler à

⁷²² Cour du Travail de Liège, Division Namur, 18 mars 2021, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2021_03_18_Cour_Trav._Li%C3%A8ge.pdf, [Consulté le 26 juin 2022].

⁷²³ Dans trois provinces, Unia dispose d'un bureau mis à sa disposition par la Wallonie : à Mons, Namur, Charleroi et Liège.

l'UNIA⁷²⁴. En 2021, le rapport indique que 10 610 signalements ont été reçus pour tout le Royaume de Belgique et que 23,60 % concernaient la Wallonie. Pour que le public puisse facilement appréhender les données annuelles, une description des termes de la procédure est rappelée. Cette démarche est intéressante car on peut être bloqué dans l'interprétation des chiffres, du fait du manque de compréhension des termes utilisés.

416. Il faut donc faire la différence entre un signalement auprès de l'UNIA et un dossier ouvert effectivement. Le terme de signalement *« recouvre toutes les prises de contact avec l'UNIA et ses points de contact locaux. Il s'agit de signalements de victimes présumées de discrimination, de délits ou de messages de haine, mais aussi de témoignages, de questions ou d'inquiétudes de tiers ou encore de questions de personnes ou d'organisations qui souhaitent éviter toute discrimination dans une situation concrète. Les signalements peuvent aussi avoir trait aux droits des personnes handicapées tels que prévus par la Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006⁷²⁵ »*. On parle d'ouverture de dossier *« lorsque le signalement renvoie à un motif de discrimination pour lequel UNIA est compétent ou qui a trait aux droits des personnes handicapées et que l'auteur du signalement attend un avis concret ou une autre intervention. La notion de dossier n'a donc rien à voir avec la gravité et le caractère prouvé ou non des faits. Par ailleurs, plusieurs signalements concernant les mêmes faits (par ex. événements médiatisés ou diffusion de propos haineux sur Internet) sont en principe regroupés dans un même dossier. L'UNIA peut également ouvrir un dossier de sa propre initiative (auto-saisine) mais cela reste exceptionnel⁷²⁶ »*.

417. Les premières pages du rapport permettent de bien appréhender la démarche et la philosophie. La démarche permet de faire cesser les situations discriminantes. Un signalement⁷²⁷ peut se transformer en dossier ouvert⁷²⁸. Si aucune solution n'est négociée l'UNIA peut entamer, avec l'accord des victimes, des démarches en justice. En 2021, seuls

⁷²⁴ Il est possible de contacter l'UNIA par téléphone au numéro gratuit 0800 12 800, ou par internet, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.signalement.unia.be/fr/signale-le>, [Consulté le 26 juin 2022].

⁷²⁵ Rapport annuel 2021 UNIA, La lutte contre les discriminations en Wallonie, page 6.

⁷²⁶ *Ibid.*, page 6.

⁷²⁷ L'Unia a reçu 1 277 signalements en provenance de la Région wallonne en 2021.

⁷²⁸ En 2021, sur 1 277 signalements concernant la Wallonie, 562 d'entre eux ont donné lieu à l'ouverture d'un dossier.

deux cas ont fait l'objet d'une démarche en justice pour des faits s'étant produits en Wallonie⁷²⁹. Les dossiers, ayant trait au handicap, représentent 26 % des dossiers ouverts pour discrimination en Wallonie. La philosophie d'action est intéressante dans la mesure où elle poursuit l'objectif principal de normalisation des situations en privilégiant la négociation et un accord négocié.

3. Les rapports du Défenseur des droits en France

418. A l'instar de l'UNIA en Belgique, le Défenseur des droits édite un rapport annuel permettant de retracer toutes les actions engagées en faveur des droits mais également tous les freins que la France doit encore lever afin que face au droit, nous soyons effectivement tous égaux⁷³⁰. Le dernier rapport accorde une place importante à la situation sanitaire qui a joué un rôle important dans l'accès aux droits. Arrivée à la tête de l'institution, Madame Claire HEDON Défenseure des droits depuis 2020, indique qu'« *À l'heure où des états d'urgence successifs imposaient à nos droits et libertés des restrictions inédites, sa vigilance et son engagement pour les défendre ont donné au Défenseur des droits la pleine portée du rôle qu'il pouvait jouer dans des contextes troublés* »⁷³¹. Malgré ces restrictions, le rapport 2020 rappelle que près de 100 000 dossiers⁷³² de réclamations ont été ouverts auprès du siège (115 000 en 2021) ou des 536 délégués présents (550 en 2021) sur tout le territoire, dans les 872 points d'accueil du public. A l'instar de la Belgique, l'objectif d'action du Défenseur des droits est de faire en sorte que les situations qui posent des problèmes puissent être réglées à l'amiable. Dans les faits, ce sont 80 % des dossiers qui ont fait l'objet d'un règlement amiable. Les dossiers restants ont permis au Défenseur des droits d'émettre des recommandations et des observations déposées devant les juridictions et souvent confirmées par des décisions judiciaires⁷³³.

⁷²⁹ En 2021, UNIA a mené deux actions en justice, il s'agit l'assassinat de Monsieur Mbaye Wade à Liège dans la nuit du 17 au 18 septembre 2020 avec la circonstance aggravante d'un mobile haineux (homophobie et/ou racisme) et de violences policières avec un mobile raciste le 18 décembre 2015 à Ans et Grâce-Hollogne à l'encontre de deux adolescents.

⁷³⁰ « Face au droit, nous sommes tous égaux », cette affirmation figure en première page du rapport annuel du Défenseur des droits pour 2020.

⁷³¹ Rapport annuel d'activité 2020, Défenseur des droits, page 7.

⁷³² *Ibid.*, le chiffre des réclamations est exactement de 96 894 en 2020, page 12.

⁷³³ Comme le souligne la Défenseure des droits dans son rapport annuel 2021, page 7 : « *...la formulation de recommandations individuelles est parfois insuffisante ou inefficace. Dans ces cas, nous pouvons mobiliser un grand nombre d'autres leviers, parmi lesquels : émettre des recommandations générales, proposer une réforme des textes, transmettre un avis aux pouvoirs publics, publier un rapport, conduire une étude, mener une campagne de communication, saisir une autre autorité compétente pour diligenter une enquête, etc. Tous ces leviers, nous les avons mobilisés au cours de l'année 2021...* ».

419. Afin de faciliter la lecture de ses missions et de son fonctionnement, le Défenseur des droits a incrémenté son rapport de plusieurs graphiques résumant le parcours d'une réclamation ou d'une décision. Il est ainsi noté que la saisine du Défenseur des droits peut être effectuée par toute personne rencontrant une difficulté⁷³⁴ dans le champ de compétence de l'institution⁷³⁵, mais également ses « ayants droit ». La saisie peut aussi emprunter la voie parlementaire⁷³⁶. Une fois que la demande est jugée recevable, le dossier est ouvert et instruit par un juriste spécialisé qui rédige une note détaillée⁷³⁷ sur la situation en question. Suite à la réponse qui est donnée à cette note, le Défenseur des droits rédige des recommandations individuelles ou générales, transmet le dossier au Parquet ou aux autorités administratives pour sanction.

420. Depuis plusieurs années, le Défenseur des droits note qu'un thème ressort principalement parmi les motifs de discrimination. Avec plus de 20 %⁷³⁸, le handicap est la principale cause des réclamations. Près de la moitié des démarches sont en lien avec des discriminations, dans le cadre des relations de travail. Pour mettre fin rapidement à ces situations discriminantes dans le milieu professionnel, il est possible pour le salarié de solliciter une prise d'acte. Cette action consiste, pour le salarié, à rompre ses liens avec l'employeur du fait qu'il se trouve dans l'impossibilité de poursuivre son activité, à cause de manquements graves de l'employeur à ses obligations contractuelles. Le salarié saisit le juge des prudhommes pour qu'il statue sur les reproches faits à son employeur. Cela produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, si les faits invoqués par le salarié le justifient. Peu connue des employeurs, cette prise d'acte permet au salarié de se déporter face à une situation

⁷³⁴ Les réclamations peuvent provenir de difficultés avec une administration centrale, une collectivité locale, un établissement hospitalier, un organisme chargé de la gestion d'un service public ou un employeur public ou privé.

⁷³⁵ Le Défenseur des droits est compétent pour connaître des questions de défense des droits des usagers des services publics, de défense des droits de l'enfant, de lutte contre les discriminations, de respect de la déontologie des professionnels de sécurité ainsi que de la protection des lanceurs d'alerte.

⁷³⁶ Le Défenseur des droits peut être saisi par un parlementaire français ou un élu français au Parlement européen.

⁷³⁷ Une note récapitulative formule l'ensemble des faits, des textes applicables et une analyse de la réclamation. Elle est transmise au mise en cause par lettre recommandée avec accusé réception.

⁷³⁸ Rapport annuel d'activité 2020, Défenseur des droits, page 18, le handicap est cité comme étant le principal motif de discrimination avec un total de 21.2% (19.90 % en 2021), dont 3.60% (3.50% en 2021) concernant l'emploi privé, 4.80% (4.30% en 2021) pour l'emploi public, 5 % (4.30% en 2021) concernant le service public, 3.70% (3.90% en 2021) l'éducation et 2.90% (3.90 % en 2021) concernant les biens et services.

de discrimination. Pour autant, l'employeur incriminé reste toujours susceptible de poursuites pénales.

421. Comme le soulignait Monsieur Jacques TOUBON, le Défenseur des droits est le sismographe de la société, « *les réclamations agissant souvent comme signaux faibles. Si les difficultés sont réglées individuellement, le problème soulevé par un réclamant a souvent une dimension plus collective. Par conséquent, le Défenseur des droits s'attache, dès que cela est pertinent, à généraliser ses recommandations afin que la situation incriminée ne puisse se reproduire et que le plus grand nombre de personnes puisse être protégé* »⁷³⁹. L'un des objectifs du Défenseur des droits est de faire en sorte que le constat posé par Madame Geneviève de Gaulle-Anthonioz ne s'impose pas, lorsqu'elle déclarait que « *notre démocratie n'existe pas pleinement puisqu'elle tolère des atteintes permanentes aux droits de l'homme, que ces droits sont indivisibles, qu'ils ne peuvent être attribués par morceaux* ». Dans le champ du handicap, le Défenseur des droits a multiplié les rapports dans le but de sensibiliser les acteurs aux défis posés par la société. Dans son rapport sur l'année 2021, la Défenseure des droits réaffirme qu'il faut « *faire du handicap un enjeu prioritaire des politiques publiques* »⁷⁴⁰ et pointe le bilan contracté de la France, lors de la production de son bilan d'application de la Convention auprès du Comité de l'ONU. La Défenseure des droits note un écart entre le discours porté par les pouvoirs publics et la réalité de l'effectivité des droits⁷⁴¹. A chaque fois la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées est mise en avant, en tant que norme du droit international que l'Etat français s'est engagé à respecter. En 2016 un rapport⁷⁴² était rédigé sur la question de l'emploi des femmes en situation de handicap, sur la protection

⁷³⁹ *Ibid.*, page 23.

⁷⁴⁰ Rapport annuel d'activité 2021, Défenseure des droits, page 49.

⁷⁴¹ Avis du Défenseur des droits n°21-02 suite à la sollicitation de la Médiatrice européenne, page 5 : « *En effet, l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société des personnes handicapées suppose de développer des politiques inclusives consistant à agir, de manière conjugquée, sur les facteurs environnementaux et sur les facteurs personnels afin d'apporter des réponses appropriées aux besoins de chaque personne. Or, force est de constater qu'il existe aujourd'hui en France de nombreux freins à l'autonomie et à l'inclusion des personnes handicapées liés d'une part, à l'absence d'accessibilité universelle et, d'autre part, à des réponses insuffisantes ou inadaptées en matière de compensation des conséquences du handicap* », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=20585, [Consulté le 5 juillet 2022].

⁷⁴² Rapport sur l'emploi des femmes en situation de handicap, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport_sur_lemploi_des_femmes_en_situation_de_handicap-accessiblefinal.pdf, [Consulté le 2 juillet 2022].

juridique des majeurs vulnérables⁷⁴³ ou sur l'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées⁷⁴⁴. En décembre 2017, un guide était publié pour encadrer l'emploi des personnes en situation de handicap et l'aménagement raisonnable. Sur la page de garde, il est inscrit : « *l'obligation d'aménagement raisonnable comme garantie de l'égalité de traitement dans l'emploi* »⁷⁴⁵. Enfin, en 2020, un rapport était oublié sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, dont l'avant-propos fixait le cadre de la réflexion⁷⁴⁶.

422. Rapport, étude ou guide, quel que soit le support, ces documents appellent des réactions des pouvoirs publics. Souvent ces écrits sont accueillis sans grande conviction de la part des autorités, oubliant rapidement qu'elles ont parfois commandées elles-mêmes ce travail. Dans le cas des rapports du Défenseur des droits, l'institution s'est autosaisie d'un problème de respect des droits et souhaite en donner un éclairage. Si la volonté politique n'est pas présente, le rapport sera rangé dans une bibliothèque ministérielle sans qu'il soit accompagné vers le parlement pour engendrer une loi ou vers un ministère pour modifier un règlement. Dans tous les cas le Défenseur des droits rappelle les textes en vigueur et invite les particuliers, les entreprises, les pouvoirs publics et les juridictions à se saisir du problème pour y apporter une solution et faire cesser les discriminations. Dans son rapport sur l'emploi des femmes en situation de handicap le Défenseur des droits souligne que pour les femmes handicapées, les

⁷⁴³ Rapport sur la protection juridique des majeurs vulnérables, [En ligne], Disponible à l'adresse : Consulté le 2 juillet 2022. https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport-majeurs_vulnerables-v5-num.pdf, [Consulté le 2 juillet 2022].

⁷⁴⁴ Rapport sur L'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées - Rapport au Défenseur des droits, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.vie-publique.fr/rapport/275741-effet-direct-des-stipulations-de-la-cidph>, [Consulté le 2 juillet 2022].

⁷⁴⁵ Guide Emploi des personnes en situation de handicap et aménagement raisonnable, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=16964, [Consulté le 2 juillet 2022].

⁷⁴⁶ L'avant-propos indiquait que : « *Dix ans après l'entrée en vigueur de la CIDPH en France, le Défenseur des droits publie son premier rapport d'appréciation de la mise en œuvre de la Convention, avec pour objectif de répondre aux questions suivantes : Qu'en est-il du respect par l'État de ses engagements internationaux ? Qu'en est-il de l'effectivité des droits consacrés par la Convention ? Pour le Défenseur des droits, le bilan est contrasté car, si de nombreux progrès ont été réalisés ces dernières années, d'importantes lacunes subsistent dans la mise en œuvre effective des principes et droits reconnus par la Convention. Et, de ce point vue, il apparaît que la France n'a pas encore pleinement pris en considération le changement de modèle qu'elle induit, comme le démontre le présent rapport* ».

discriminations sont souvent cumulatives et intersectionnelles⁷⁴⁷. En introduction, le rapport indique les « *analyses démontrent que les femmes en situation de handicap rencontrent des difficultés et des discriminations dans l'accès à l'emploi et dans leur carrière parce qu'elles sont femmes, parce qu'elles sont handicapées mais également des inégalités et discriminations spécifiques combinant genre et handicap* ». Le Défenseur des droits fait mention de l'article 6 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées⁷⁴⁸, pour mettre en avant les obligations des États Parties. Malgré ces obligations, force est de constater que les réclamations portent très rarement sur des discriminations multiples⁷⁴⁹, « *Au lieu de multiplier les preuves de discriminations, la présence de plusieurs critères mobilisables pour défendre les intérêts d'une personne discriminée semble nuire à la preuve de ces discriminations et à leur visibilité. Par exemple, une salariée malienne à qui est refusée une promotion ne peut prouver la discrimination, car l'employeur a promu des femmes (mais d'origine française) et des personnes d'origine africaine (mais ce sont des hommes d'origine africaine). La preuve distincte ou combinée de la discrimination fondée sur l'origine et de celle fondée sur le sexe échoue* »⁷⁵⁰.

423. La question de la vulnérabilité a été rapidement au centre des préoccupations du Défenseur des droits. En septembre 2016, un rapport était publié pour faire le point sur la

⁷⁴⁷ Défenseur des droits, Rapport sur l'emploi des femmes en situation de handicap, Analyse exploratoire sur les discriminations multiples, Novembre 2016, page 8 : « *Qu'entend-on par approche intersectionnelle ? Les discriminations revêtent des formes particulières. Elles peuvent être fondées sur un critère unique prohibé par la loi (le sexe, l'origine, le handicap, l'orientation sexuelle etc.), mais également sur une base multiple en combinant plusieurs de ces critères. Le cumul de motifs provoque in fine des « effets aggravés de non intégration, de vulnérabilité, d'exclusion. Le concept de discrimination intersectionnelle a été élaboré par l'universitaire juriste américaine Kimberlé Crenshaw à la fin des années 1980 afin de dénoncer l'absence de prise en compte de la singularité des discriminations que subissent les femmes noires. Pour Crenshaw, les discriminations dont sont victimes ces femmes ne naissent pas d'un simple cumul de discriminations mais sont également le résultat d'une situation discriminatoire particulière à l'intersection du genre et de la « race »* ».

⁷⁴⁸ CIDPH, article 6 : « 1- Les États Parties reconnaissent que les femmes et les filles handicapées sont exposées à de multiples discriminations, et ils prennent les mesures voulues pour leur permettre de jouir pleinement et dans des conditions d'égalité de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales. 2- Les États Parties prennent toutes mesures appropriées pour assurer le plein épanouissement, la promotion et l'autonomisation des femmes, afin de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales énoncés dans la présente Convention.

⁷⁴⁹ Mercat-Bruns Marie, « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *Revue de droit du travail*, 2015 n° 1, p. 29.

⁷⁵⁰ Défenseur des droits, Rapport sur l'emploi des femmes en situation de handicap, Analyse exploratoire sur les discriminations multiples, Novembre 2016, page 11.

question de la protection juridique des majeurs vulnérables. La loi du 5 mars 2007⁷⁵¹ entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, a réformé le droit des majeurs vulnérables qui était régit jusqu'ici par une loi du 3 janvier 1968⁷⁵². Le Défenseur des droits s'appuie sur son analyse des réclamations pour dresser une liste des questions qui lui sont soumises. Sans être exhaustif, on peut citer les contestations de placement sous mesure de protection, les absences de réponse du juge ou encore les problèmes de gestion de la mesure de protection en général. Toutes ces questions doivent être abordées à l'aune de la CIDPH qui doit être intégrée comme une norme juridique à part entière et doit faire évaluer, l'interprétation des jurisprudences nationales. L'article 12 de la convention⁷⁵³ affirme que toutes les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance de leur personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Cet article questionne le droit français et son système de protection des majeurs vulnérables. Le comité des droits des personnes handicapées⁷⁵⁴ a rédigé une observation générale pour décrire le sens

⁷⁵¹ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1), 2007-308 § (2007).

⁷⁵² Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs (s. d.). Consulté le 3 juillet 2022.

⁷⁵³ CIDPH, article 12 : « 1- Les États Parties réaffirment que les personnes handicapées ont droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique,
2- Les États Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres,
3- Les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique,
4- Les États Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêt et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée,
5- Sous réserve des dispositions du présent article, les États Parties prennent toutes mesures appropriées et effectives pour garantir le droit qu'ont les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, de posséder des biens ou d'en hériter, de contrôler leurs finances et d'avoir accès aux mêmes conditions que les autres personnes aux prêts bancaires, hypothèques et autres formes de crédit financier; ils veillent à ce que les personnes handicapées ne soient pas arbitrairement privées de leurs biens ».

⁷⁵⁴ Comité_personnes_handicapées_Observation_générale_1_2014_FR.pdf, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Comit%C3%A9_personnes_handicap%C3%A9es_Observation_g%C3%A9n%C3%A9rale_1_2014_FR.pdf, [Consulté le 3 juillet 2022].

et la portée de l'article 12 suite aux échanges au niveau international avec des experts⁷⁵⁵. Il réaffirme que « *le fait qu'une personne soit reconnue comme une personne handicapée ou souffre d'une incapacité (y compris physique ou sensorielle) ne saurait justifier qu'elle soit privée de sa capacité juridique ni d'aucun des droits prévus à l'article 12. Toutes les pratiques qui ont pour but ou pour effet de violer l'article 12 doivent être abolies afin que les personnes handicapées retrouvent leur pleine capacité juridique, sur la base de l'égalité avec les autres* »⁷⁵⁶. Le comité insiste sur la différence qui doit être faite entre capacité mentale et capacité juridique, car un amalgame est souvent fait entre ces deux notions.

424. Au travers de ces différents rapports, apparaît nettement la volonté du Défenseur des droits de mettre en avant la CIDPH. En 2016, le Défenseur des droits avait organisé un colloque six ans après l'entrée en vigueur de la convention. En avant-propos, Jacques TOUBON indique que nombre d'acteurs ignorent la convention et en ignorent donc la véritable portée. Une question est centrale pour le Défenseur des droits qui justifie le guide édité en 2016, relatif à la convention : « la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées : quels droits nouveaux ? » Pour les acteurs du champ médico-social, il est important de cerner correctement la réponse à cette question. Le secteur est nourri d'une multitude de textes législatifs ou réglementaires qui doivent être connus et respectés par les directions et leurs équipes. La période de crise sanitaire n'a fait que renforcer la production d'informations, de notes, de circulaires et de doctrines. Il n'était pas rare qu'une doctrine administrative apparue sur les ordinateurs pour commencer la journée, soit amendée le midi et parfois annulée le soir. Diriger un établissement exige donc une curiosité permanente de manière à être « à jour » des obligations administratives. Dans ce contexte, le Défenseur des droits répond que la convention ne crée pas de droits nouveaux. Juridiquement, cette réponse a un sens dans la mesure où la convention s'attache à rappeler que les personnes handicapées ont les mêmes droits que l'ensemble de la population. Pratiquement, cette réponse peut rendre les directions d'établissement dubitatives dans la mesure où elle ne dresse pas une liste d'obligations administratives. Ce faisant cette approche conventionnelle est nouvelle pour le secteur médico-social, habitué à appliquer strictement des textes législatifs descendus du Parlement ou des

⁷⁵⁵ Les échanges ont également rassemblé les États parties, les organisations de personnes handicapées, les organisations non gouvernementales, les organes conventionnels, les institutions nationales des droits de l'homme et les organismes des Nations Unies.

⁷⁵⁶ Comité des droits des personnes handicapées, onzième session, Observation générale n°1 (2014), paragraphe 9, page 3.

textes réglementaires poussés par les agences régionales de santé. Pour rappel, la plupart des évaluations des établissements se sont davantage attachées à contrôler l'application des textes nationaux que les normes internationales. Cette approche peut expliquer que la convention soit restée « en dehors des établissements ».

425. Le Défenseur des droits invite les acteurs privés et publics « à intégrer la Convention comme norme juridique à part entière dans le traitement des réclamations et à faire évoluer l'interprétation de la norme juridique par les juridictions conformément à la Convention »⁷⁵⁷. Il tire un bilan contrasté des missions de l'État et l'invite à développer plus avant ses actions afin de modifier les lois, les règlements et les politiques publiques « pour mettre en œuvre, de manière effective, les droits reconnus par la Convention »⁷⁵⁸. Parmi les points importants de la Convention, figure une nouvelle approche du handicap qui devrait entraîner une modification de la loi 2005-102 du 11 février 2005⁷⁵⁹. Au-delà d'une inflexion législative⁷⁶⁰, la définition nouvelle du handicap par la Convention induit un véritable changement de paradigme dans la société⁷⁶¹. Désormais, l'environnement a un rôle dans la production des situations handicapantes et la société peut être responsable de l'absence d'aménagements, facilitant les droits et l'accès aux droits. Cette action sur l'environnement est identifiée comme étant un facteur d'inclusion dans la société. C'est en créant des rampes d'accès que l'on facilite l'accès au service public, ou encore en augmentant le nombre d'accompagnateurs, que l'on permet de suivre dans de bonnes conditions, les cours dans les collèges ou lycées. Pour un directeur d'établissement, les rendez-vous avec les familles nous fournissent nombre d'exemples

⁷⁵⁷ Rapport sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), 2020, page 9, [En ligne], Disponible à l'adresse :

https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rap-cidph-num-02.07.20_0.pdf, [Consulté le 4 juillet 2022].

⁷⁵⁸ *Ibid.*, page 10.

⁷⁵⁹ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (1), 2005-102 § (2005).

⁷⁶⁰ *Ibid.*, la définition du handicap est donnée par l'article 2 de la loi du 11 février 2005, repris par l'article L.114 du code de l'action sociale et des familles (CASF), « Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ».

⁷⁶¹ Selon la Convention, par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités 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.

illustrant l'impact négatif que peut engendrer un environnement inadapté. Une réponse insuffisante de l'Éducation Nationale ne permettra pas à des élèves handicapés d'apprendre correctement à lire et à compter, repoussant à plus tard les difficultés d'inclusion dans la société.

426. Pour aider les acteurs à se saisir de la Convention, le Défenseur des droits a demandé en 2016 à Monsieur Michel Blatman Conseiller honoraire à la Cour de cassation, de rédiger une étude sur l'application juridique dans le droit français des normes de la convention⁷⁶². En préambule, l'étude s'interroge sur l'effet direct des stipulations de la CIDPH dans le droit français. La Convention « *énonce un vaste ensemble de droits économiques et sociaux pour les personnes handicapées « sur la base de l'égalité avec les autres ». Les obligations qu'elle énonce visent à garantir à ces personnes la jouissance effective de droits reconnus à tous. En matière économique et sociale, la problématique de l'effectivité des droits de l'homme affirmés, proclamés, est bien identifiée. Cette effectivité n'apparaît souvent qu'au travers d'un processus d'émergence jurisprudentiel plus ou moins rapide, progressif, multifactoriel* »⁷⁶³. L'étude se présente en deux parties : une première aborde l'effet direct des conventions des droits de l'homme et la seconde porte exclusivement sur la CIDPH et sur les stipulations qui peuvent être « *invoquées ou utilisées comme outil d'interprétation du droit interne par les juridictions nationales* »⁷⁶⁴. L'objectif de cette étude est d'inciter les citoyens en général et les acteurs de droit en particulier, à mobiliser la Convention pour faire valoir les droits des personnes handicapées, à l'instar de ceux reconnus pour l'ensemble de la population. La démonstration de Monsieur Michel Blatman consiste, tout d'abord, à rappeler l'importance des droits humains⁷⁶⁵ qui peuvent être mobilisés dans le cadre de procédures judiciaires. Ensuite, il est fait mention de la proximité entre la Convention et les autres textes internationaux de protection des droits. Cette démonstration juridique doit faciliter l'acculturation de la société et modifier le regard de la société sur le handicap. En 2018, le Conseil national des barreaux reconnaissait, lors des rencontres du grenelle « Handicaps et Droits », que la CIDPH restait mal connue par les professionnels du droit. Il invitait les professionnels présents à convoquer plus souvent la

⁷⁶² Etude sur l'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, Rapport au Défenseur des droits par BLATMAN M. Conseiller honoraire à la Cour de cassation, Décembre 2016.

⁷⁶³ *Ibid.*, page 8.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, page 9.

⁷⁶⁵ Parmi les droits humains, on peut citer le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) entré en vigueur le 3 janvier 1976, et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) entré en vigueur le 23 mars 1976.

Convention, afin qu'elle puisse recouvrer toute sa place lors des procédures. Une volonté identique s'était exprimée en décembre 2017 lors de la projection en avant-première devant le Conseil du film « *Anne-Sarah K* »⁷⁶⁶, réalisé par l'avocat et écrivain Mathieu Simonet. Ce film retrace la trajectoire d'Anne-Sarah Kertudo, juriste et écrivaine. Malentendante, elle a monté il y a dix ans la première permanence juridique de France pour la communauté sourde. Aujourd'hui Anne-Sarah perd la vue progressivement. Avec son ami d'enfance Mathieu Simonet, ils se posent la question des engagements de la société et tentent de répondre à la question des métamorphoses nécessaires afin que les obstacles physiques se transforment en forces intimes, familiales et politiques. Cette histoire nous invite à interroger la société pour savoir quelles sont les actions menées pour que les obstacles tombent. Il ne suffit pas de vanter les mérites de l'inclusion pour faire tomber l'ensemble des obstacles. Pour que les professionnels du droit appréhendent pleinement le poids de l'environnement dans la production des situations handicapantes, Anne-Sarah Kertudo avait organisé avec l'association « Droit Pluriel », un « procès dans le noir »⁷⁶⁷. Lors d'une audience, l'ensemble des participants a été plongé dans le noir afin de vivre directement les barrières qui se dressent pour des personnes déficientes visuelles dans le cadre de leur exercice professionnel. Même si certains peuvent juger cette approche particulière, elle a néanmoins le mérite de faciliter l'acculturation des professionnels.

B. Le Comité des droits des personnes handicapées, organe onusien de suivi

427. A côté des droits énoncés dans la Convention, il est évoqué l'institution d'un Comité des droits des personnes handicapées (« le Comité ») composé de dix-huit membres⁷⁶⁸. La désignation des membres doit respecter une juste répartition géographique (article 34, alinéa 4), aucun continent ne devant être privilégié. Pour illustrer ce propos, on peut citer le poste de

⁷⁶⁶ Conseil national des barreaux. « Accès universel aux droits : retour sur la projection du film Anne-Sarah K », 13 décembre 2017, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.cnb.avocat.fr/fr/actualites/acces-universel-aux-droits-retour-sur-la-projection-du-film-anne-sarah-k>, [Consulté le 4 juillet 2022].

⁷⁶⁷ En 2010, Anne-Sarah Kertudo organise un premier « procès dans le noir » au Palais de Justice de Paris afin de mettre les professionnels de la justice dans la situation des justiciables aveugles. Le Procureur salue l'événement : « *pour la première fois, je réalise que la difficulté n'est pas la cécité, mais le fait que nous n'adaptions pas notre audience au handicap* ».

⁷⁶⁸ Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), Article 34, OHCHR. « Convention relative aux droits des personnes handicapées », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>, [Consulté le 9 mai 2022].

Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées qui a été attribué au professeur Gérard Quinn⁷⁶⁹ en 2020, à la suite de Madame Catalina Devandas Aguilar⁷⁷⁰. Ce faisant on peut constater que ces nominations correspondent aux exigences de l’alinéa 3 de l’article 34, dans la mesure les membres doivent justifier « *d'une compétence et d'une expérience reconnues dans le domaine auquel s'applique la présente Convention* ». L’article 35 de la Convention évoque l’une des missions principales du Comité, celle de recevoir et d’étudier les rapports d’application de la Convention par les États. A partir de ces documents, des échanges interviennent qui permettent au Comité de formuler des suggestions, des observations et des recommandations afin que les droits des personnes handicapées soient mieux respectés et à l’État, de faire part des progrès effectués et des obstacles restant encore à lever. L’autre mission importante du Comité est décrite dans le Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Dans son article premier, il est indiqué que le Comité peut recevoir des communications émanant de particuliers ou de groupes de particuliers⁷⁷¹. Dans ce cas, il s’agit d’alerter le Comité sur une mauvaise application de la Convention et sur des situations d’absence de respect des droits des personnes handicapées. Un échange de vues intervient alors entre l’État et le Comité, ce qui n’empêche pas ce dernier de prendre des mesures conservatoires de manière à ne pas entraîner un dommage à la victime présumée⁷⁷².

⁷⁶⁹ Monsieur Gérard Quinn a été nommé Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées en octobre 2020. M. Quinn est titulaire de deux chaires de recherche à l’Institut Raoul Wallenberg des droits de l’homme de l’Université de Lund (Suède) et à l’Université de Leeds (Royaume-Uni). Diplômé de la faculté de droit de Harvard, de King’s Inns (Dublin) et de la National University of Ireland, il était auparavant titulaire de chaire à la National University of Ireland, où il a fondé et dirigé le Centre on Disability Law and Policy. En Irlande, il a été membre de la Commission sur le statut des personnes handicapées (1992-1996), qui était composée en majorité de personnes handicapées.

⁷⁷⁰ Madame Catalina Devandas Aguilar est originaire du Costa Rica. Elle est avocate de formation et défenseuse des droits de l’homme. Elle est devenue la première Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées le 1er décembre 2014.

⁷⁷¹ Les communications individuelles sont également appelées « plaintes émanant de particuliers ».

⁷⁷² Le formulaire de dépôt des requêtes individuelles en ligne demande à la question 9, « *Réclamez-vous la prise de mesures conservatoires (pour éviter un préjudice irréparable au requérant / victime) ou de mesures de protection (pour éviter un préjudice ou des représailles contre le requérant /la victime et/ou les représentants ou membres de la famille) ?* », « PUAS-online-form-F.docx »,

[En ligne], Disponible à l’adresse :

<https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2FDocuments%2FHRBodies%2FPUAS-online-form-F.docx&wdOrigin=BROWSELINK>,

[Consulté le 9 juillet 2022].

428. Il est important de s'interroger sur la manière dont les rapports nationaux ont été validés en France et en Belgique. La lecture des rapports, leur nombre et la date de production sont autant de preuves que le pays a correctement appréhendé les obligations inhérentes à la Convention. Faisons halte un instant pour apprécier les dates de publication des rapports dans les deux pays. Le point de départ de la réflexion est la date de ratification de la Convention car deux ans après, les Etats doivent produire leur premier rapport⁷⁷³. En Belgique, la ratification de la Convention et de son « protocole facultatif »⁷⁷⁴ est effective depuis le 2 juillet 2009⁷⁷⁵. Selon les termes de l'article 35, la Belgique devait rendre un rapport d'évaluation de la Convention au mois d'août 2011. En juillet 2011, la Belgique publiait son premier rapport périodique⁷⁷⁶ qui fera l'objet de recommandations de la part du Comité en octobre 2014⁷⁷⁷. Force est de constater que la Belgique a respecté les dates conventionnelles, en restituant son premier rapport dans les temps. Sans aller plus avant dans l'analyse on peut déjà estimer que le pays a donc intégré la Convention, en tant qu'objet juridique permettant de faire évoluer les droits des personnes handicapées.

429. En France, la ratification de la CIDPH et du protocole facultatif date du 19 février 2010. L'entrée en vigueur des dispositions s'est effectuée un mois plus tard, soit le 20 mars 2010. Suivant la même logique, la France devait rendre son premier rapport au mois de mars 2012. Contrairement au Royaume de Belgique, la France n'a pas été capable de respecter le calendrier.

⁷⁷³ Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), Article 35 : « *Chaque État Partie présente au Comité, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, un rapport détaillé sur les mesures qu'il a prises pour s'acquitter de ses obligations en vertu de la présente Convention et sur les progrès accomplis à cet égard, dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente Convention pour l'État Partie intéressé...* ».

⁷⁷⁴ En signant le Protocole facultatif, la Belgique autorise la Comité des droits des personnes handicapées à recevoir des requêtes de particuliers ou de groupes de particuliers par rapport au non-respect de ses droits. Pour pouvoir utiliser ce recours, cette personne ou ce groupe de personnes doit d'abord avoir épuisé tous les recours nationaux.

⁷⁷⁵ L'entrée en vigueur de la Convention est le 1^{er} août 2009, soit 30 jours après la ratification par la Belgique.

⁷⁷⁶ Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, Premier rapport périodique de la Belgique, Juillet 2011. « uncrpd---rapport-be_version-finale-fr.pdf », [En ligne], Disponible à l'adresse : http://bdf.belgium.be/media/static/files/pdf_uncrpd/uncrpd---rapport-be_version-finale-fr.pdf, [Consulté le 9 juillet 2022].

⁷⁷⁷ Comité des droits des personnes handicapées, Observations finales concernant le rapport initial de la Belgique, 3 octobre 2014. « crpd_c_bel_co_1_18387_f.pdf », [En ligne], Disponible à l'adresse : http://bdf.belgium.be/media/static/files/import/recommandations_onu/crpd_c_bel_co_1_18387_f.pdf, [Consulté le 9 juillet 2022].

En effet, ce n'est que le 8 mai 2016 que le rapport initial de la France⁷⁷⁸ a été enregistré par le Comité. Ce retard est mentionné sur la page de garde qui indique que le rapport était attendu pour 2012. On ne peut que s'étonner de ce retard de quatre ans dans la production du rapport attendu par les personnes handicapées et les associations. Malgré une mise en avant d'une rhétorique inclusive, on est obligé de noter cet écart entre le discours et les actes.

430. Conformément à son engagement conventionnel pour la Belgique ou avec quatre années de retard pour la France et malgré ces différences de calendrier, on peut noter une symétrie dans la procédure d'examen des rapports menée par le Comité. Les États sont invités à produire une première synthèse des actions menées en faveur des droits des personnes handicapées, celles en cours ainsi que les thématiques encore en suspens. Cette photographie peut être complétée par des rapports parallèles rédigés par des représentants associatifs⁷⁷⁹ ou par des institutions indépendantes⁷⁸⁰. A partir de ces différents rapports, une discussion s'instaure entre le Comité et l'État. Le processus se clôture par un rapport final du Comité regroupant un ensemble de recommandations largement diffusé. La publicité organisée autour de ces rapports et la diffusion des auditions des États lors de l'examen de leur situation n'ont pas en soi de valeur contraignante. Cependant, tous les acteurs de la société peuvent se saisir des conclusions pour pousser plus avant le combat pour les droits⁷⁸¹. Cette publicité dépasse les frontières nationales, en diffusant les conclusions auprès de l'assemblée générale des Nations Unies. On se doit de souligner les difficultés, en lien avec la suite des procédures de contrôle du comité. En effet, alors que la Convention exige un rapport de l'État tous les deux ans on constate qu'un retard

⁷⁷⁸ Rapport initial soumis par la France en application de l'article 35 de la Convention, 8 mai 2016, « rapport-france-sur-handicap.pdf », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://fdfa.fr/wp-content/uploads/2021/08/rapport-france-sur-handicap.pdf>, [Consulté le 9 juillet 2022].

⁷⁷⁹ L'article 33 de la Convention : « *Application et suivi au niveau national* ». Cet article aborde les mécanismes de coordination indépendants ainsi que les organisations de personnes handicapées qui participent pleinement au suivi de la Convention.

⁷⁸⁰ En juillet 2021, le Défenseur des droits a publié un rapport parallèle dans le cadre de l'examen du rapport initial de la France sur la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. Désigné par le gouvernement comme mécanisme indépendant au titre de l'article 33.2 de la CIDPH, le Défenseur des droits assure une mission de protection, de promotion et de suivi de l'application de la Convention au sein d'un dispositif national, en lien avec les personnes handicapées et les associations qui les représentent.

⁷⁸¹ Observations finales concernant le rapport initial de la France, 4 octobre 2021, paragraphe 71 : « *Le Comité prie l'État partie de diffuser largement les présentes observations finales, notamment auprès des organisations non gouvernementales et des organisations de personnes handicapées, ainsi qu'auprès des personnes handicapées elles-mêmes et de leurs proches, dans les langues nationales et minoritaires, notamment en langue des signes, et sous des formes accessibles telles que le FALC. Il lui demande aussi de les diffuser sur le site Web public consacré aux droits de l'homme* ».

dans la production du rapport initial, permet d'être « exonéré » de plusieurs rapports suivants dans des délais raisonnables. A cet égard, le cas de la France est assez significatif de cette « dérive conventionnelle ». Au lieu d'exiger un rapport en 2023 soit deux ans après le premier rapport, le Comité invite la France à rendre compte des avancées pour le 18 mars 2028 « au plus tard ». Ce faisant, le Comité valide le fait que la France ne rendra pas ses deuxième, troisième et quatrième rapports⁷⁸². Malgré la Convention et les mécanismes de surveillance prévus, le citoyen handicapé constate tous les jours que des progrès restent à réaliser et ne peut que regretter que la France ne soit pas obligée de rattraper son retard dans la production de ses rapports et donc dans la reconnaissance des droits des personnes handicapées. Le citoyen peut aussi faire le constat que l'État français a été plus prompt à organiser des réunions de suivi de la convention d'accueil franco-belge que de produire un rapport pour les Nations Unies. « Vérité en-deçà des Pyrénées, erreur au-delà », le citoyen pourrait méditer cette citation, lorsqu'on sait que la convention franco-belge a fait l'objet de quatre réunions de suivi depuis sa mise en place, dans l'objectif de rendre les droits des français accueillis en Belgique plus effectifs. Et le citoyen français de parfaire la comparaison entre la France et la Belgique en constatant que la Belgique publie son deuxième rapport, quand la France boucle à peine son premier⁷⁸³.

431. L'examen des rapports porte sur la totalité des articles de la Convention. Ce sont donc les cinquante articles qui vont faire l'objet d'une évaluation de la part du Comité. Les rapports listent les obligations générales des États, les Droits spécifiques reconnus ainsi que les obligations particulières de coopération internationale. Un parti pris s'est imposé pour envisager l'examen des rapports de la France et de la Belgique, celui de focaliser l'analyse sur le respect du principe de non-discrimination et le refus d'aménagements raisonnables⁷⁸⁴ qui lui

⁷⁸² Observations finales concernant le rapport initial de la France, 4 octobre 2021, paragraphe 72 : « Le Comité prie l'État partie de lui soumettre son rapport valant deuxième à cinquième rapports périodiques le 18 mars 2028 au plus tard et d'y faire figurer des renseignements sur la suite qu'il aura donnée aux recommandations figurant dans les présentes observations finales. Il invite également l'État partie à envisager de soumettre ce rapport en suivant la procédure simplifiée, dans le cadre de laquelle il établit une liste de points au moins un an avant la date prévue pour la soumission du rapport et l'État partie y apporte des réponses qui constituent son rapport périodique ».

⁷⁸³ Depuis 2019, le Comité prépare la deuxième évaluation de la Belgique. Il examine les progrès réalisés et analyse dans quelle mesure, la société belge est devenue plus inclusive.

⁷⁸⁴ CIDPH, article 2 : « ...On entend par « discrimination fondée sur le handicap » toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a pour objet ou pour effet de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique

est consubstantiel et sur le respect de l'autonomie de vie et d'inclusion dans la société⁷⁸⁵. L'accessibilité et les aménagements raisonnables qui peuvent en découler, constituent la « porte d'entrée » des autres droits déclinés dans la Convention. Sans accessibilité des logements, des transports ou de l'information, il est vain d'envisager l'effectivité des droits. Lorsque la société offre un environnement accessible, on peut alors évoquer la notion de « société inclusive » qui permet aux personnes handicapées de moins subir des situations handicapantes du fait de l'environnement. Ces deux notions représentent des préalables lorsque l'on se lance sur les chemins de grande randonnée du handicap. La Belgique s'est inscrite dans la même démarche, en inscrivant dans sa constitution ces deux principes⁷⁸⁶.

II. La définition des termes conventionnels

432. La CIDPH exige de la part des établissements, un travail de juste compréhension des termes utilisés. Nous avons choisi de nous focaliser sur les articles 9 et 19 de la CIDPH. Le choix de l'article 9 s'explique par le fait que l'accessibilité, en général, est un bon indicateur du respect des droits des personnes handicapées (A). L'article 19 mérite notre attention, afin d'éviter que les mots « autonomie de vie » et « inclusion » ne deviennent des rhétoriques qui nous éloignent des réalités vécues par les personnes handicapées (B).

A. L'article 9 de la Convention, la notion d'accessibilité et d'aménagement raisonnable

433. La discrimination est définie par l'article 2 de la Convention qui dispose que « *fondée sur le handicap* », elle englobe toutes les formes d'exclusion qui réduit à néant « *la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes*

économique, social, culturel, civil ou autres. La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable ».

⁷⁸⁵ CIDPH, article 19 : « *Les États Parties à la présente Convention reconnaissent à toutes les personnes handicapées le droit de vivre dans la société, avec la même liberté de choix que les autres personnes, et prennent des mesures efficaces et appropriées pour faciliter aux personnes handicapées la pleine jouissance de ce droit ainsi que leur pleine intégration et participation à la société...* ».

⁷⁸⁶ En 2021, le parlement fédéral belge a approuvé un projet de révision de la Constitution qui consacre le droit des personnes handicapées à participer pleinement à la société. Cette révision est le fruit d'une initiative des sénateurs Bert Anciaux (sp.a), Sabine de Bethune (CD&V) et Philippe Courard (PS). Elle a permis d'insérer un article 22 ter dans la Constitution qui dispose : « *Chaque personne en situation de handicap a le droit à une pleine inclusion dans la société, y compris le droit à des aménagements raisonnables* ».

les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil ou autres ». Le texte de la Convention poursuit en indiquant qu'un aménagement raisonnable⁷⁸⁷ permet à une personne handicapée de pouvoir disposer d'un environnement nécessaire à l'exercice de tous les droits. Toutefois, la Convention évoque une limite à la démarche en indiquant qu'un aménagement raisonnable ne doit pas entraîner « de charge disproportionnée ou indue ». Dans un arrêt de 2008⁷⁸⁸, le Conseil d'État reconnaît l'importance de la notion de « charge disproportionnée » dans la mise en place d'un aménagement. Il s'agit pour les entreprises comme pour les pouvoirs publics, de rechercher les mesures appropriées pour compenser le handicap du candidat, afin de s'assurer qu'un poste lui corresponde. Sans cette recherche, la responsabilité de l'État peut être engagée comme le reconnaît le Tribunal administratif de Rouen⁷⁸⁹.

434. La notion d'aménagement raisonnable était déjà évoquée dans la directive 2000/78⁷⁹⁰ du Conseil⁷⁹¹, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Il est rappelé l'importance du principe de non-discrimination, et sa place au sein du corpus de textes onusiens⁷⁹². La discrimination peut être directe ou indirecte, comme

⁷⁸⁷ Lejeune, Aude, Joël Hubin, Julie Ringelheim, Sophie Robin-Olivier, et Frédéric Schoenaers. « Handicap et aménagements raisonnables au travail : Importation et usages d'une catégorie juridique en France et en Belgique », 2017, 207. Cette enquête propose une définition de la notion d'aménagement raisonnable, page 17, « *La notion d'aménagement raisonnable désigne toute tentative, dans une société, de s'accommoder ou de s'ajuster aux besoins d'un individu qui découlent de son appartenance à une minorité, dans le respect de l'égalité de traitement entre tous les êtres humains et des libertés fondamentales* ».

⁷⁸⁸ CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 14/11/2008, 311312, No. 311312 (Conseil d'État 14 novembre 2008).

⁷⁸⁹ « 09 juillet 2009 - Tribunal administratif, 3e ch. », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www-elnet-fr.passerelle.univ-rennes1.fr/documentation/Document?id=TA_ROUEN_2009-07-09_0700940&FromId=Y4060#texte-integral, [Consulté le 11 juillet 2022].

⁷⁹⁰ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (s. d.). Consulté le 12 juillet 2022.

⁷⁹¹ *Ibid.*, différents textes sont intervenus afin d'assurer la transposition de la Directive en droit interne français. LOI n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (s. d.). Consulté le 12 juillet 2022, LOI n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, 2002-73 § (2002), LOI n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (1), 2005-102 § (2005), LOI n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, 2005-843 § (2005), LOI n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (1), 2008-496 § (2008).

⁷⁹² *Ibid.*, paragraphe 4, « *Le droit de toute personne à l'égalité devant la loi et la protection contre la discrimination constitue un droit universel reconnu par la Déclaration universelle des droits de l'homme, par la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard*

le dispose l'article 2 de la Directive. Elle est directe lorsque le traitement d'une personne est moins favorable qu'une autre dans une situation similaire. La discrimination est dite indirecte, lorsqu'une situation apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage du fait de la religion, le sexe, l'âge ou le handicap de la personne. Cette distinction est intéressante car elle nous permet d'introduire le rôle de l'environnement dans la production de situations handicapantes et discriminantes. Elle permet également de se focaliser sur l'individualisation des situations, car un même contexte ne génère pas les mêmes discriminations selon les personnes. Cette dissociation entre situation d'un groupe et situation individuelle, constitue la porte d'entrée de la différence entre l'accessibilité pour tous et l'aménagement raisonnable dans un cas particulier.

435. Un article spécifique a été dédié aux personnes handicapées qui traite de l'aménagement raisonnable⁷⁹³. La directive indique que l'employeur doit prendre toutes mesures permettant à une personne handicapée d'occuper un emploi, sauf si elles engendrent des charges disproportionnées. L'évaluation de ces charges doit être faite à l'aune des mesures prises par les pouvoirs publics, en faveur des personnes handicapées. La directive couvre uniquement les domaines de l'emploi et du travail et ce faisant, s'inscrit dans un mouvement historique ayant pour objectif de faciliter le retour au travail des personnes handicapées. La notion d'aménagement raisonnable mérite néanmoins d'être explicitée plus avant, afin d'appréhender concrètement la différence avec l'accessibilité. A l'instar de nombreux concepts, les directions d'établissement doivent faire un effort d'explication et de définition pour que l'on comprenne qu'un logement accessible doit tout de même être aménagé pour une personne handicapée et qu'un poste de travail dans une entreprise devra être aménagé, pour que le salarié puisse

des femmes, par les pactes des Nations Unies relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signés par tous les États membres. La Convention no 111 de l'Organisation internationale du travail interdit la discrimination en matière d'emploi et de travail ».

⁷⁹³ *Ibid.*, article 5 , « Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées ».

disposer d'un fauteuil ou d'un écran adapté. Ce besoin d'explication a été ressenti par le Comité qui a publié une observation générale, concernant l'article 9 sur l'accessibilité⁷⁹⁴.

436. Tout d'abord, le Comité a réaffirmé la place primordiale de l'accessibilité (art.3 f) pour permettre aux personnes handicapées de participer à la vie sociale. La société est pleinement responsable de l'accessibilité du bâti, car elle maîtrise totalement le cadre législatif et réglementaire y afférant. L'accessibilité doit être entendue au sens large et toucher les moyens de transport, l'information et la communication. Pour illustrer son propos, le Comité évoque le langage des signes et les difficultés de mobilisation des interprètes et le rapport publié en 2011 par l'Union internationale des télécommunications en collaboration avec l'Initiative mondiale TIC pour tous, qui insistait sur l'importance pour la télévision de produire des contenus audiovisuels accessibles⁷⁹⁵. Le Comité souligne que l'accessibilité est une obligation *ex ante* qui concerne les groupes, alors que les obligations liées aux aménagements raisonnables concernent les individus, « ...les États parties ont donc l'obligation d'assurer l'accessibilité avant que l'individu ne demande à entrer dans un espace ou à utiliser un service... ». Nombreux sont toutefois les handicaps qui n'ont pas été considérés lors de l'établissement des normes d'accessibilité. Le Comité cite l'exemple du braille qui peut être développé dans un établissement, mais qui restera sans effet face à des personnes qui ne le lisent pas et nécessitera des aménagements raisonnables. Cette observation du Comité permet de clarifier les notions d'accessibilité et d'aménagement raisonnable et fournit des bases pour d'éventuelles actions pour reconnaître les droits.

B. L'article 19 de la Convention, l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société

437. Le 29 août 2017, le Comité a adopté une observation portant sur l'article 19 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées⁷⁹⁶ qui traite de l'autonomie de vie et

⁷⁹⁴ CIPDH, Comité des droits des personnes handicapées, onzième session, observation générale n°2 (2014).

⁷⁹⁵ *Ibid.*, paragraphe 14, « ...La Convention relative aux droits des personnes handicapées est le premier instrument relatif aux droits de l'homme du XXI^e siècle qui évoque l'accès aux TIC. Elle ne crée pas de nouveaux droits à cet égard pour les personnes handicapées... ».

⁷⁹⁶ CIDPH, article 19 concernant l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société : « Les États Parties à la présente Convention reconnaissent à toutes les personnes handicapées le droit de vivre dans la société, avec la même liberté de choix que les autres personnes, et prennent des mesures efficaces et appropriées pour faciliter aux personnes handicapées la pleine jouissance de ce droit ainsi que leur pleine intégration et participation à la société, notamment en veillant à ce que : 1- Les personnes

de l'inclusion dans la société des personnes handicapées. Ces observations doivent permettre d'interpréter correctement les dispositions conventionnelles dans tous les Etats signataires. Ce besoin peut s'expliquer de plusieurs manières. Tout d'abord, il faut remarquer que l'article aborde deux notions différentes mais qui se trouvent mariées au détour d'un même article. Ce regroupement nécessite de la part des directions d'établissement, des efforts de formation en direction des équipes afin qu'elles ne considèrent pas que l'autonomie de vie signifie automatiquement inclusion dans la société. Par ailleurs, il est important que l'on maîtrise correctement la différence entre l'autonomie d'une personne handicapée et son indépendance. Combien de réunions concluent qu'une personne est « relativement autonome » parce qu'elle vit seule dans un appartement en ville. Autant de conclusions que l'on se doit de reprendre, en rappelant à chaque intervenant « que mal nommer les choses c'est ajouter au malheur du monde »⁷⁹⁷, qu'une personne est autonome car elle prend seule la décision d'aller au cinéma, mais qu'elle est dépendante car elle ne peut s'y rendre sans aide extérieure. Lorsqu'on dirige un établissement médico-social, ce type d'intervention n'est pas une leçon de vocabulaire en direction des équipes, mais le rappel qu'il faut utiliser les termes idoines pour décrire des situations personnelles qui sont par nature, individuelles. Enfin, le terme d'inclusion mérite qu'on fasse une pause pour en cerner tous les contours, ainsi que toutes les conséquences juridiques qu'il embarque. Les pouvoirs publics nous obligent à faire cette halte pour se demander ce que recouvre cette notion et pour travailler une véritable réponse aux besoins des personnes handicapées, afin qu'elles vivent la société comme tout le monde.

438. L'utilisation abusive du terme d'inclusion interroge. Force est de constater que l'inclusion est devenue en France le maître-mot de l'accompagnement des personnes handicapées. Votre action doit être inclusive, votre management doit être inclusif, toutes vos propositions doivent être inclusives pour être étudiées avec bienveillance. Le terme d'inclusion

handicapées aient la possibilité de choisir, sur la base de l'égalité avec les autres, leur lieu de résidence et où et avec qui elles vont vivre et qu'elles ne soient pas obligées de vivre dans un milieu de vie particulier ; 2- Les personnes handicapées aient accès à une gamme de services à domicile ou en établissement et autres services sociaux d'accompagnement, y compris l'aide personnelle nécessaire 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 ; 3- Les services et équipements sociaux destinés à la population générale soient mis à la disposition des personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, et soient adaptés à leurs besoins ».

⁷⁹⁷ CAMUS A., *Op. cit.*, p. 908.

est tellement utilisé qu'il est devenu un mot-valise⁷⁹⁸ qui permet de trouver une solution à chaque problème rencontré par une personne handicapée. Le champ du handicap est inondé « d'inclusion », ce qui noie la réflexion des acteurs et détourne leur attention des vraies responsabilités.

439. Il est important d'entendre les témoignages des familles sur l'application de l'inclusion dans la société. L'incantation des pouvoirs publics se heurte rapidement à la réalité, si on lit les histoires de vie retracées par l'UNAPEI dans ses interrogations sur l'école. Depuis quelques années, l'UNAPEI a lancé une campagne pour alerter le public sur les difficultés rencontrées par les personnes handicapées pour s'inscrire à l'école. Au travers sa campagne « *jaipasecole* », l'UNAPEI agrège un ensemble de témoignages de familles qui restent aux portes des établissements scolaires par manque d'accompagnateurs. Sur son site internet⁷⁹⁹, l'association alerte les pouvoirs publics en déclarant que « *des milliers d'élèves sont sans aucune solution de scolarisation. Ils sont encore trop nombreux à n'avoir aucune scolarisation, isolés du seul fait de leur handicap et de l'absence d'une prise en compte de celui-ci par le système. Et l'exclusion ne s'arrête pas au jour de la rentrée, mais perdure pendant toute l'année scolaire et même au-delà de leur enfance !* ». Les témoignages sont nombreux qui relatent des situations complexes pour les enfants⁸⁰⁰ et nous amène à paraphraser le général De Gaulle en déclarant : « *Bien*

⁷⁹⁸ Le mot-valise est une espèce de vocabulaire en voie de développement. Ce mot est né de la rencontre à grande vitesse de deux mots distincts, laissant sur le lieu de l'accident la calandre d'un mot et le pare-chocs arrière d'un autre.

⁷⁹⁹ Site internet de l'Unapei, [En ligne], Disponible à l'adresse : [Les droits des élèves en situation de handicap toujours bafoués : l'Unapei relance l'opération #Jaipasecole - Unapei](#), [Consulté le 16 juillet 2022].

⁸⁰⁰ Des témoignages de famille mettent en exergue des situations complexes, [En ligne], Disponible à l'adresse : [ils n'ont pas école - témoignez - #jaipasecole - marentree.org - Unapei \(marentree.org\)](#), [Consulté le 16 juillet 2022]. Exemple de scolarisation à temps partiel : « *Aymen est autiste non verbal scolarisé 12 heures par semaine avec AVS. Il souffre de discrimination scolaire par faute de moyens et surtout parce qu'il est en situation de handicap : ça dérange ! Il est en attente d'une place en SESSAD et IME suite au refus d'une orientation UISS par la MDPH (une prise en charge en libérale). Personne ne veut de lui à l'école malgré ses capacités d'apprentissage. Sa maîtresse est épuisée et les directeurs d'école veulent décider à la place des parents. C'est un combat de toutes une vie. L'école est un droit, pas une faveur* – Aymen H. 7 ans, La Chapelle-sur-Erdre.

Exemple de scolarisation inadaptée : « *Julia est atteinte du syndrome de Rett. Suite aux notifications MDPH, nous sommes dans l'attente d'une place en IEM ou IME, ainsi qu'en SESSAD. Toutefois, les professionnels nous parlent de 3 ans d'attente minimum. Julia bénéficie de quelques heures en milieu scolaire ordinaire avec une AESH. Elle bénéficie de rendez-vous médicaux en libéral. L'emploi du temps de Julia ne correspond pas avec une reprise d'emploi pour sa maman. Des démarches, des appels... Pour se heurter aux mêmes réponses* – Julia P. 4 ans, Mésanger.

entendu, on peut sauter sur sa chaise comme un cabri en disant l'inclusion ! l'inclusion ! l'inclusion !... mais cela n'aboutit à rien et cela ne signifie rien »⁸⁰¹. Une fois de plus, on peut conclure que le champ du handicap mérite que tous les acteurs s'entendent sur la sémantique à utiliser. C'est le point de départ nécessaire pour décrire les situations des personnes handicapées.

440. L'objectif de l'observation générale du Comité à propos de l'article 19 de la Convention est d'éviter « *les interprétations hasardeuses du droit des personnes handicapées à choisir leur lieu de résidence et la personne avec qui elles souhaitent vivre* ». Il est absolument nécessaire d'opérer une rupture historique avec l'environnement offert aux personnes handicapées qui, « *de tout temps ont été privées de leur libre arbitre et de leur droit de regard, en tant que personne et en tant qu'individu, dans tous les aspects de leur existence... Les conséquences de cette situation sont l'abandon, la dépendance à l'égard de la famille, l'institutionnalisation, l'isolement et la ségrégation des personnes handicapées* »⁸⁰². L'observation rappelle que l'article 19 a une portée générale qui lui accorde une place prépondérante dans la pleine

Absence totale de scolarisation : « *Je suis éducatrice au sein d'une maison d'enfant à caractère social et notre jeune, atteint d'un TSA, est non communicant mais comprend très bien les demandes qu'on lui fait. Il a été inscrit à l'école pour l'année 2020-2021, il a pu faire une journée là-bas avant qu'ils nous le rendent en nous disant que sa prise en charge était trop compliquée et qu'ils ne pourraient plus l'accepter. Nous avons ensuite fait la demande d'une AVS (pour l'accompagnement scolaire), pour que cette personne l'accompagne à temps pleins ! Notre demande n'a pas été prise en compte ! Ils nous ont donc dit qu'avec un peu de chance, l'enfant pourra être scolarisé en 2022-2023, si une AVS est trouvée. Je trouve cela inacceptable et inadmissible ! D'autant plus que cet enfant, du haut de ces 4 ans, a un énorme potentiel ! Je sais bien qu'il n'est pas le seul, et je vous soutien tous !* – Anonyme B. 4 ans, Avignon.

Absence totale de scolarisation : « *Panthea a 7 ans, elle était en UEMA. N'ayant plus l'âge d'y rester, elle se retrouve sans solution à la rentrée car il n'existe pas assez d'UEEA pour prendre la suite, car 2 à 4 ans d'attente pour une place en IME, car 3 ans d'attente pour un SESSAD. Je tente de me battre pour gagner une année en obtenant un surmaintien en maternelle avec AESHI. Bien sur cette solution n'est pas adaptée mais au moins elle ne restera pas enfermée à la maison ! j'ai tapé à toutes les portes (ministère, ARS, MDPH, association etc) : toujours la même réponse, aucune solution, il n'y a de place nulle part. c'est un drame pour notre enfant qui réalisait de magnifiques projets et c'est un drame financier pour nous car l'un de nous va devoir arrêter de travailler pour rester avec elle* – Panthéa J. 7 ans, La Celle-Saint-Cloud.

⁸⁰¹ Citation extraite d'un entretien entre le général de GAULLE et Michel DROIT entre les deux tours de l'élection présidentielle de 1965. Interrogé au sujet de l'Europe des nations et de son organisation, le général de GAULLE lance sa célèbre petite phrase : "Bien entendu, on peut sauter sur sa chaise comme un cabri en disant l'Europe ! l'Europe ! l'Europe !... mais cela n'aboutit à rien et cela ne signifie rien".

⁸⁰² OHCHR. « OHCHR | General Comments », Observation générale n°5 (2017) sur l'autonomie et l'inclusion dans la société, paragraphe 1, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crpd/general-comments>, [Consulté le 13 juillet 2022].

application de la convention. Le fait de vivre de manière autonome suppose la jouissance de nombreux droits de l'homme⁸⁰³. Une place importante est accordée à la définition des termes de la Convention.

441. « Les expressions « autonomie de vie » ou « vivre de manière autonome » signifient que les personnes handicapées disposent de tous les moyens nécessaires pour pouvoir choisir et contrôler leur vie, et prendre toutes les décisions qui concernent leur existence »⁸⁰⁴. La personne doit exercer son libre arbitre sur l'ensemble de son environnement, sans pour autant vivre de manière solitaire. L'inclusion dans la société, quant à elle, signifie que la personne handicapée participe pleinement à la vie sociale au même titre que l'ensemble des citoyens⁸⁰⁵. Les définitions posées, le Comité insiste en 2022 sur le fait que ce cadre de vie pour les personnes handicapées exclut « toute forme d'institutionnalisation », dans la mesure où on ne doit pas se faire imposer ses conditions de vie. Le Comité souligne que le nombre de personnes vivant ensemble ne modifie en rien l'appréciation négative de ce type d'approche et de poursuivre, « les institutions peuvent offrir aux personnes handicapées une certaine liberté de choix et un certain droit de regard, mais seulement dans certains domaines de la vie, et elles ne perdent pas pour autant leur caractère ségrégatif ». Cette analyse se rapproche de celle évoquée par Madame Davandas Aguilar, rapporteure spéciale de l'ONU lors de sa visite en France en 2017 et a généré beaucoup d'interrogations, de la part des directions d'établissements médico-sociaux. Pour certains responsables, après une première réaction de rejet de cette approche un temps de travail a été initié pour comprendre finement les termes de la Convention. C'est à ce prix qu'une acculturation des acteurs est possible, par modification du projet associatif, des projets d'établissement et de la manière de faire vivre les outils de la loi nationale. D'un point de vue général, le Comité insiste également sur cette obligation de sensibilisation de la société pour qu'elle change de paradigme et qu'elle arrive « à bout des stéréotypes...qui empêchent les personnes handicapées de vivre de façon autonome »⁸⁰⁶.

⁸⁰³ *Ibid.*, paragraphe 7, « L'article 19 est porteur non seulement de droits civils et politiques, mais aussi de droits économiques, sociaux et culturels, et il illustre l'interaction, l'interdépendance et l'indivisibilité de tous les droits de l'homme ».

⁸⁰⁴ *Ibid.*, paragraphe 16.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, le terme d'inclusion « renvoie au fait d'avoir une vie sociale épanouie et de pouvoir bénéficier de tous les services offerts au public ainsi que des services d'accompagnement devant permettre aux personnes handicapées de faire partie intégrante de la communauté et de participer pleinement à tous les aspects de la vie en société ».

⁸⁰⁶ *Ibid.*, paragraphe 77, « La sensibilisation (art. 8) est indispensable pour créer une société ouverte, porteuse et inclusive, sachant qu'à l'article 19 il s'agit en fin de compte de transformer les groupes

442. Après avoir ratifié la CIDPH, la France comme la Belgique, conformément à leurs obligations, ont mis en place des mécanismes internes de contrôle de la bonne application de la Convention. Un travail est nécessaire pour traduire et appréhender correctement ces nouveaux concepts qui irriguent désormais le champ du handicap. Pour les établissements, il ne suffit plus d'appliquer des outils législatifs, mais de conjuguer la vie en collectivité à l'aune de l'inclusion telle qu'elle est présentée par la Convention. Les directions devront trouver une voie de passage entre des notions qui s'opposent parfois. Mobiliser la Convention et sa philosophie, tel est l'enjeu des directions d'établissement plongées dans un environnement sémantique mal défini.

sociaux. Il faut venir définitivement à bout des stéréotypes, du « capacitisme » (oppression fondée sur le handicap) et des conceptions erronées qui empêchent les personnes handicapées de vivre de façon autonome, et il faut promouvoir une image positive de ces personnes et de leurs contributions à la société. La sensibilisation devrait être assurée par les autorités, les fonctionnaires, les professionnels, les médias, le grand public et les personnes handicapées et les membres de leur famille. Toutes les activités s'y rapportant devraient être menées en étroite coopération avec les personnes handicapées et les organisations qui les représentent ».

Chapitre 2 : La mobilisation de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, suivi et limites de sa mise en œuvre

443. En France comme en Belgique, les pouvoirs publics ont nommé des institutions indépendantes pour garantir la mobilisation de la Convention. Dans les deux pays, autant les interventions de l'Unia en Belgique que celles du Défenseur des droits en France, pointent des carences des pouvoirs publics dans l'application de la Convention. La procédure d'examen des situations nationales permet également la mobilisation de la société civile pour apporter un témoignage sur les écarts entre une situation nationale et les exigences conventionnelles. L'éclairage des acteurs de la société civile participe de l'effectivité des droits dans la mesure il autorise la transparence des situations. Cette transparence doit également être portée au sein des établissements pour bloquer des situations handicapantes qui pourraient avancer à bas bruit.

444. Mobiliser la Convention n'a pas eu la même traduction si l'on considère la situation française ou belge. Les dates de production des rapports renseignent sur la manière dont les États se sont saisis de la Convention. Alors que la Belgique est en cours de finalisation de son deuxième rapport d'évaluation, la France vient de produire son premier rapport avec plusieurs années de retard. Le personnel politique belge a travaillé avec une même volonté de mobilisation de l'esprit de la Convention en initiant une modification constitutionnelle du Royaume dès sa signature. Après plusieurs années, accompagnée par différentes majorité politique, la Constitution a été modifiée en intégrant les notions d'inclusion et d'aménagement raisonnable.

445. Toutes ces notions ont fait l'objet de développement de la part de l'ONU dans le but que l'ensemble des acteurs les appréhendent de manière identique. Pour autant, les définitions proposées interrogent les établissements car elles bouleversent la manière dont l'accompagnement des personnes handicapées est présenté tant en Belgique qu'en France. La lecture des droits conventionnels par le Comité des droits de l'ONU ne facilite pas facilement leur effectivité dans la mesure où elle n'autorise pas la pluralité des déclinaisons. Selon le Comité, il n'y aurait qu'une voie unique pour interpréter la Convention.

446. Après l'analyse des rapports d'évaluation nationaux (**Section 1**), nous nous attacherons à évoluer l'impact et les limites de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (**Section 2**).

Section 1 : L'analyse des rapports nationaux

447. L'analyse des rapports nationaux permet de mesurer les écarts entre la situation des pays et l'application des droits des personnes handicapées tels que définis par la Convention internationale. L'analyse nous permet également de mesurer l'impact du nouveau vocabulaire du handicap. Les exemples sont nombreux qui démontrent qu'il est indispensable que les acteurs s'entendent sur le sens des mots utilisés.

448. Nous avons fait l'hypothèse que l'inclusion des personnes handicapées représentait un bon exemple d'un terme qui a pénétré rapidement l'environnement des établissements médico-sociaux sans que l'on prenne un temps pour comprendre ce qu'il représente. L'absence de « logiciel commun » participe du manque d'effectivité du droit, chacun estimant que sa traduction est la seule qui vaille. L'examen des rapports démontre que les États n'ont pas intégré totalement l'inclusion dans leur politique publique. Le terme inonde pourtant le quotidien des établissements qui doivent conjuguer leurs actions à l'aune de ce nouveau paradigme.

449. Les collectivités locales ont intégré cette dimension inclusive sans chercher une définition commune. Un département du nord de la France acceptera de financer un nouvel établissement sans se demander si la démarche est inclusive, alors qu'une autre collectivité refusera d'accompagner un investissement immobilier préférant que les personnes choisissent des solutions de logements autonomes. On comprend la difficulté pour les établissements de promouvoir l'inclusion sans en maîtriser les contours. L'analyse des rapports a mis en évidence que l'inclusion pouvait parfois être assimilée à un écran de fumée rhétorique.

450. Le Comité des droits des personnes handicapées apprécie chacun des rapports qui lui est soumis et peut s'inviter dans chaque pays, pour constater les progrès réalisés (I). Ces rapports constituent également des opportunités pour que les institutions indépendantes des pays fassent valoir leur opinion dans l'objectif de défendre les droits des personnes handicapées (II).

I. Le Comité des droits des personnes handicapées et les rapports belges et français

451. La Convention au travers de son article 33, consacrée à l'application et au suivi national, dispose à l'alinéa deux que les États doivent mettre en place des mécanismes indépendants de protection « *et de suivi de l'application de la présente Convention* ». La Belgique a décidé de confier cette mission à UNIA⁸⁰⁷, institution publique indépendante de lutte pour le respect de l'égalité des chances et l'anti discrimination. Elle a succédé au Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, créée par la loi du 15 février 1993 et reçoit aujourd'hui ses missions des parlements (fédéraux, régionaux et communautaires) dans des domaines interfédéraux. De l'autre côté de la frontière, en France, c'est le Défenseur des droits qui a été désigné par les pouvoirs publics comme mécanisme indépendant, en charge du suivi de la Convention. Sur l'ensemble du territoire, ce sont 550 délégués du Défenseur des droits qui assurent un accueil de proximité dans 800 points d'accueil.

452. L'article 35 de la Convention présente les rapports que doivent remettre les États pour exposer les progrès réalisés dans l'application de la Convention. Un premier rapport est rédigé deux ans après l'entrée en vigueur de la Convention dans le pays. Des échanges interviennent entre le Comité et l'État, afin de se mettre d'accord sur une évaluation juste de la situation qui donnera lieu à la production d'un rapport final de la part du Comité. Ce premier document est important car il servira de texte de base pour évaluer le pays par la suite. Pour éviter de refaire plusieurs fois le même travail, seuls les points perfectibles dans le premier rapport feront l'objet des rapports complémentaires. En ratifiant la Convention, les États se sont donc engagés à respecter les délais de restitution des rapports de suivi, deux ans après la ratification pour le premier rapport et ensuite tous les quatre ans pour les suivants.

453. Malgré ces engagements, seule la Belgique a remis son premier rapport dans les délais initialement prévus. Plusieurs raisons peuvent être mises en avant pour expliquer cette

⁸⁰⁷ UNIA a été officiellement reconnu comme une Institution nationale de protection des droits de l'Homme de statut B par l'Alliance mondiale des institutions nationales des droits de l'Homme (GANHRI) soutenue par les Nations Unies. Unia est également membre des réseaux européens de défense des droits de l'homme (ENNHRI) et de lutte contre les discriminations (Equinet). Unia a été désigné en 2011 comme mécanisme indépendant en charge de la mise en œuvre, de la protection et du suivi de l'application de la Convention relative aux droits des personnes handicapées adoptée en 2006 par les Nations Unies (<https://www.unia.be>).

démarche. Tout d’abord, on peut évoquer un motif valable pour chacun des États signataires et qui tient simplement au fait de respecter ses engagements internationaux. Ensuite, on peut citer une motivation institutionnelle qui pourrait expliquer que la Belgique respecte les obligations de la Convention. L’organisation fédérale du pays oblige tous les niveaux à travailler ensemble et à surveiller ce que fait le niveau fédéral pour une Région, ou le niveau régional lorsque l’on examine la situation depuis une Communauté. Enfin, le respect de la Convention peut tenir au fait que le pays a déjà pleinement intégré les principes qui en découlent. Le rôle de l’environnement, dans la production du handicap, ne serait plus une question débattue et accepter un aménagement raisonnable pour qu’une personne handicapée occupe un poste ne constituerait pas un problème. Il est difficile de sélectionner une des trois raisons pour expliquer les motifs qui ont poussé la Belgique à remettre son premier rapport dans les temps. La vérité comme souvent se situe à équidistance de ces trois pistes, empruntant à chacune d’elles ce qu’elles ont de meilleur et de plus profitable à la promotion des droits des personnes handicapées.

454. La trajectoire de la France a été légèrement différente. Au lieu de produire son rapport en 2012, la France a travaillé jusqu’en 2016 pour exposer son état d’avancement de l’application de la Convention. La crise sanitaire a étiré les agendas, accompagnant les pouvoirs publics jusqu’en août 2021 pour organiser une réunion avec les membres du Comité afin d’exposer la situation en France. Ce retard est à mettre en rapport avec les constats que l’on est amenés à faire sur le terrain. Combien de réflexions associatives sont nées de la visite de la rapporteure spéciale Madame Davandas Aguilar, combien de directions se sont interrogées sur leur modèle d’organisation, combien de directions ont décidé de suivre une formation pour bien comprendre ce que recouvraient les concepts nouveaux que l’on voyait apparaître. Différentes interventions auprès de la commission droit de l’UNAPEI⁸⁰⁸ ont permis de constater que la réponse était souvent négative pour l’ensemble de ces questions. Le professeur Charles Gardou⁸⁰⁹ l’affirme « *lorsqu’un concept paraît, il est naturellement sujet à débat. Ni sa signification ni sa valeur ne sont gravées dans le marbre ; il n’a que la portée et le pouvoir qu’on lui donne* »⁸¹⁰. De cette visite et de ces rapports, les pouvoirs publics ont mis en avant le concept de « société inclusive » qui a mobilisé l’ensemble des acteurs, chacun souhaitant

⁸⁰⁸ Interventions auprès des membres de l’UNAPEI dans un objectif d’acculturation des acteurs à la CIPDH, [En ligne], Disponible à l’adresse : <https://youtu.be/O0d6t68kynA>. [Consulté le 17 juillet 2022].

⁸⁰⁹ GARDOU C., *La société inclusive, parlons-en ! il n’y a pas de vie minuscule*, Érès, 2018.

⁸¹⁰ *Ibid.*, page 9.

prouver aux financeurs et aux autres associations qu'il était le plus inclusif. « *Cependant, la rapide et ample diffusion de ce concept, avec son cortège de dérivés, le fait suspecter de n'être qu'un écran de fumée rhétorique. Une jonglerie abstraite qui cache une réalité plus trompeuse que vertueuse* »⁸¹¹. Les retards ne peuvent pas plus être imputés au calendrier politique national car les dernières élections présidentielles remontent à 2012 et aucune réforme n'empêchait les pouvoirs publics de répondre positivement aux obligations conventionnelles.

455. A première vue, les deux pays n'ont pas suivi la même trajectoire en ce qui concerne le suivi de la Convention. Un examen des rapports alternatifs et des rapports finaux pour les deux pays, permettra de mettre en valeur les approches différentes. L'analyse nous poussera à nous écarter un peu de la seule inclusion⁸¹², pour nous concentrer sur la préhension par la Belgique et la France des articles 9 et 19 de la Convention.

456. Les pouvoirs publics belges ont confié à l'UNIA la mission de suivre l'application de la CIDPH dans le Royaume (A). En France, c'est le Défenseur des droits qui assure cette mission (B).

A. L'examen des rapports belges

457. L'examen de la situation belge indique que l'Etat a respecté ses obligations conventionnelles, en publiant ses premiers indicateurs dans les deux ans de la ratification. Même si certaines dispositions méritent encore une attention particulière, cette production en respectant les délais impartis est le signe que la thématique du handicap et le respect des droits, représente une chose significative pour la société belge. Le Comité se félicitait d'ailleurs, dans ses premières observations finales, de ces actions des autorités belges⁸¹³ en indiquant : « *Le Comité accueille avec satisfaction le rapport initial de la Belgique, qui a été élaboré conformément à ses directives concernant l'établissement des rapports, et remercie l'État partie de ses réponses écrites à la liste de points (CRPD/C/BEL/Q/1/Add.1) élaborée par le Comité* » (paragraphe 2).

⁸¹¹ *Ibid.*, page 10.

⁸¹² *Ibid.*, page 11, l'inclusion est considérée comme étant un « concept feuilleté », laissant apparaître différente couche.

⁸¹³ Le site de l'UNIA évoque le terme de « rapportage » pour désigner les documents émis par les pouvoirs publics belges.

458. Il est utile d'élargir la focale pour appréhender complètement le circuit complet de ces rapports. Tout d'abord, il est important de s'entendre sur les termes utilisés. L'État auditionné fournit un rapport d'exécution de ses obligations vis-à-vis de la Convention. L'institution indépendante désignée par l'État pour garantir la bonne application des droits conventionnels dans le pays, rédige un « rapport parallèle » adressé au Comité. La société civile peut compléter le rapport de l'État ainsi que le « rapport parallèle » de l'institution indépendante, par la rédaction de « rapports alternatifs ». L'examen du premier rapport de la Belgique permet de comprendre les différentes étapes qui jalonnent la production de l'observation finale du Comité. Le rapport initial du pays a été produit en 2011. Des « rapports alternatifs »⁸¹⁴ ont été proposés en 2014 pour fournir des éléments de réflexion sur la situation du pays. La même année, l'UNIA a proposé son rapport parallèle⁸¹⁵. A partir de ces différents rapports, le rapporteur du Comité ONU pour la Belgique dresse une liste de questions à clarifier lors de l'examen du pays⁸¹⁶. Pour préparer ses observations finales⁸¹⁷, le Rapporteur des Nations Unies organise un dialogue avec l'UNIA et les représentants de la société civile complété par une séance publique⁸¹⁸ avec l'État, permettant de poser l'ensemble des questions nécessaires à la bonne appréciation de la situation des personnes handicapées.

⁸¹⁴ Rapport alternatif de GRIP (Gelijke Rechten voor Iedere Persoon) en 2014, « Treaty bodies Download », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fICO%2fBEL%2f16591&Lang=en, [Consulté le 18 juillet 2022],

Rapport alternatif du BDF (Belgian Disability Forum) en 2014, Ligue Braille. « Le Belgian Disability Forum remet son Rapport alternatif », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.braille.be/fr/a-propos-de-nous/actualites/2014/02/le-belgian-disability-forum-remet-son-rapport-alternatif>, [Consulté le 18 juillet 2022].

⁸¹⁵ Rapport parallèle de l'UNIA présenté en 2014, Unia. « Rapport parallèle CRPD (2014) », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.unia.be/fr/publications-et-statistiques/publications/rapport-parallele-convention-des-nations-unies-relative-aux-droits-des-personnes-handicapees>, [Consulté le 18 juillet 2022].

⁸¹⁶ Liste des questions soulevées par le Rapporteur des Nations Unies, « Treaty bodies Download - Liste des questions en suspens pour la Belgique », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fBEL%2fQ%2f1&Lang=en, [Consulté le 18 juillet 2022].

⁸¹⁷ « Observation finale suite au premier Rapport de la Belgique », [En ligne], Disponible à l'adresse : <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsjjHe7ia4QapdfXcn9RXjWGUnLq7lBzf6jZqm5v8d04CHmp7F4CYraPSGkq8DobTcQt49liHrAEEi%2fVIMoOPS4CA3KPOPP7JfC97KRfT2u8Q>, [Consulté le 18 juillet 2022].

⁸¹⁸ OHCHR. « Committee on the Rights of Persons with Disabilities Considers the Initial Report of Belgium », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2014/09/committee-rights-persons-disabilities-considers-initial-report-belgium>, [Consulté le 18 juillet 2022].

459. Le rapport du Comité sur la situation des États ne crée aucune obligation juridique pour les parties. En listant les difficultés rencontrées par le truchement de ses observations, le Comité ne fait que mettre en lumière les carences de l'État, sans que celles-ci puissent faire le lit direct de condamnations judiciaires. Pour autant, les constats peuvent faire bouger la société civile et évoluer les législations nationales afin qu'elles soient de plus en plus conformes à la Convention. La multiplication des rapports et les visions croisées peuvent être aussi efficaces que des sanctions qui pourraient être données par le Comité. En effet, la mise au grand jour des faiblesses de l'État permet aux acteurs d'entendre une musique différente de la rhétorique habituelle. Cette organisation plurielle permettant une confrontation de plusieurs rapports, crée les conditions idéales d'une altérité bénéfique au développement des droits. Au niveau international comme au niveau interne, ce type d'organisation permet de garantir les droits des personnes par la transparence des informations. La circulation des informations est très souvent synonyme de respect des droits. Pour compléter ce tableau, on peut noter l'organisation d'une Conférence annuelle des États parties à la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Du 14 au 16 juin 2022, s'est tenue la quinzième Conférence⁸¹⁹ à New York sur le thème « Construire une société inclusive et participative pour les personnes handicapées dans le contexte du COVID et au-delà ». La conférence a été introduite par une allocution d'António GUTERRES, Secrétaire général des Nations Unies.

460. L'examen de la situation belge est intéressant parce la production des rapports permet de se rendre compte de l'évolution des actions dans la société. C'est d'ailleurs en suivant cette démarche que le Comité invite le pays à répondre à ses questions. Le rapport initial balaye l'ensemble des thématiques de la Convention et les rapports suivants ne s'attachent qu'à examiner les progrès, sur les seules questions encore en suspens. Pour appréhender correctement les progrès réalisés, penchons-nous sur les observations finales concernant le rapport initial de la Belgique d'octobre 2014. Le Comité regrettait que l'approche belge reflète un modèle médical du handicap et demandait un effort d'harmonisation des législations, afin que les personnes handicapées puissent participer pleinement à la vie sociale. Il s'agit pour l'État fédéral d'acter le fait qu'une situation de handicap provient de l'inadéquation de l'environnement et non du seul fait du handicap d'une personne. Partant, cette définition du

⁸¹⁹ CIDPH, article 40 alinéa 1 : « *Les États Parties se réunissent régulièrement en Conférence des États Parties pour examiner toute question concernant l'application de la présente Convention* ».

handicap induit une responsabilité des pouvoirs publics et des acteurs de la société qui doivent faire le nécessaire pour bloquer ces situations handicapantes.

461. Le Comité souligne également les progrès réalisés par la Belgique dans sa lutte contre les discriminations. Le pays a transposé la Directive européenne concernant l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁸²⁰. La loi du 10 mai 2007 a reconnu le principe d'aménagements raisonnables⁸²¹ et en propose une définition dans son article 4⁸²². L'article 14 de la Loi rappelle qu'« *un refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée* », est considéré comme constituant une discrimination.

462. Les observations du Comité concernant l'article 9 de la Convention recommandent à la Belgique de renforcer sa législation concernant l'accessibilité. Il faut souligner que cette observation n'aborde pas la question de l'aménagement raisonnable. Ce faisant, elle donne acte au pays des progrès constatés sur cette question et invite les acteurs à faire une différence entre l'accessibilité qui vaut pour le groupe et l'aménagement raisonnable qui est individuel. L'inquiétude du Comité est davantage marquée lors de l'examen de l'article 19, concernant l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société. La désinstitutionalisation reste au centre des préoccupations du Comité qui demande, à la Belgique, de mettre en place des plans permettant d'offrir des solutions individualisées. La démarche d'accueil des français en Wallonie a mérité une attention particulière du fait de « l'insuffisance de supervision » des autorités.

463. Ces premières observations du Comité fournissent un cliché de la situation du pays qui doit servir d'introduction pour la production des rapports suivants. La Belgique a respecté le calendrier pour le deuxième rapport malgré la crise sanitaire. L'évaluation a débuté en 2019 et

⁸²⁰ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Pub. L. No. JOUE L 303 du 2 décembre 2000 (s. d.). Consulté le 2 avril 2022.

⁸²¹ Loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, Moniteur belge, 30 mai 2007. « 10_mai_2007.pdf », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.unia.be/files/Documenten/Documenten/Wetgeving/10_mai_2007.pdf, [Consulté le 19 juillet 2022].

⁸²² *Ibid.*, article 4 qui définit les aménagements raisonnables comme étant des « *mesures appropriées, prises en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder, de participer et progresser dans les domaines pour lesquels cette loi est d'application, sauf si ces mesures imposent à l'égard de la personne qui doit les adopter une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique publique menée concernant les personnes handicapées* ».

devrait se clôturer en 2023. L'UNIA rappelle les principes qui servent de guide pour réaliser ce travail, en indiquant que « *la procédure de rapportage a été simplifiée pour cette deuxième évaluation : il n'y a pas de rapport initial de la Belgique. Le Comité prépare une liste de questions pour la Belgique. La réponse de la Belgique à ces questions constitue le rapport périodique de la Belgique et sert de base à l'évaluation* ». La société civile et les institutions indépendantes ont contribué à fournir une deuxième photographie de la situation des personnes handicapées en Belgique. Au regard du fédéralisme belge, les contributions proviennent des différentes Communautés⁸²³ et alimentent la réflexion générale.

464. La lecture des travaux préparatoires pour le deuxième rapport permet de mettre en lumière un point d'avancement crucial pour la Belgique. En 2021 le pays a modifié sa Constitution, en insérant un article 22 ter⁸²⁴ qui dispose que « *Chaque personne en situation de handicap a le droit à une pleine inclusion dans la société, y compris le droit à des aménagements raisonnables* ». Cet article résume les principales questions qui inondent le champ du handicap. Il est fait mention de la personne en situation de handicap, non de la personne handicapée. Ce faisant, les pouvoirs publics indiquent clairement qu'ils abandonnent la définition médicale du handicap qui résume la personne à sa déficience, pour s'orienter vers une définition sociale qui reconnaît la place de l'environnement et sa responsabilité dans la production de situations handicapantes. Juridiquement, ce changement de paradigme peut impacter la recherche de responsabilité. Dans le même esprit, la personne handicapée a droit à une pleine inclusion dans la société, facilitée dans certains cas par la mise en place

⁸²³ « Contribution Belgium Disability Forum Deuxième rapport - février 2019 », [En ligne], Disponible à l'adresse :

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fICS%2fBEL%2f33875&Lang=en, [Consulté le 20 juillet 2022],

« Contribution Gelijke Rechten voor Ieder Persoon met een handicap - février 2019 », [En ligne], Disponible à l'adresse :

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fICS%2fBEL%2f33830&Lang=en, [Consulté le 20 juillet 2022],

« Contribution Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children - février 2019 », [En ligne], Disponible à l'adresse :

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fICS%2fBEL%2f33852&Lang=en, [Consulté le 20 juillet 2022],

« Contribution UNIA Deuxième rapport mars 2019 », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fICS%2fBEL%2f33842&Lang=en, [Consulté le 20 juillet 2022].

⁸²⁴ Le projet de révision de la Constitution a été initié par trois sénateurs. Il s'agit des sénateurs Bert Anciaux (sp.a), Sabine de Bethune (CD&V) et Philippe Courard (PS).

d'aménagements raisonnables. Ces quelques mots ne doivent pas se contenter d'alimenter une rhétorique d'accès au droit⁸²⁵ qui peut faire plaisir à l'oreille mais ne change pas la situation des personnes. Un rapide examen de l'activité parlementaire belge permet d'apporter un éclairage intéressant sur la volonté préexistante de modification constitutionnelle. En 2007, le sénateur Philippe Monfils⁸²⁶ avait déposé une première proposition de révision constitutionnelle. Ce travail a été poursuivi en 2009 par le sénateur Francis Delperrée qui a déposé une deuxième proposition de révision⁸²⁷. Tous ces travaux préparatoires se sont multipliés mais ne se sont jamais concrétisés jusqu'en 2021. Ce travail long témoigne d'une volonté constante du personnel politique de modifier la constitution. On peut donc imaginer que cette modification constitutionnelle dépasse donc la simple posture politique.

B. L'examen du rapport français

465. La lecture du rapport français, relative à l'examen de l'application de la CIDPH et des droits pour les personnes handicapées, peut être approchée de plusieurs manières. Une première approche consiste à se focaliser sur le seul rapport, en omettant l'environnement dans lequel il a été rédigé. Cette attitude part du postulat que le rapport destiné à l'ONU peut être séparé de l'actualité et des actions adjacentes, déjà menées par l'État dans le champ du handicap. Cette lecture est trop simple, voire simpliste et ce n'est pas celle que nous retenons parce que nous considérons que pour être correctement appréhendés, ces rapports doivent être replacés dans le contexte du pays car ils s'inscrivent dans un continuum d'actions. Notre approche est différente, dans la mesure où il nous faut prendre en compte l'ensemble des actions du pays. La convention franco-belge encadrant l'accueil des français en Wallonie, nous fournit une bonne illustration de lecture des conventions. Si l'on examine sommairement le texte de la convention et les diverses réunions qui ont suivies, on peut conclure que l'État français a souhaité mettre en place des dispositions complémentaires afin de rapprocher les normes des deux États. Du côté français, le droit des personnes handicapées serait respecté et du côté belge, la situation serait moins favorable. Le pays des Droits de l'Homme aurait donc beaucoup à apprendre à la

⁸²⁵ La rapporteuse du projet, Claire Hugon (Ecolo-Groen), s'est notamment exprimée en ces termes : « *Il ne faut pas penser que notre travail s'arrête là. Au contraire, tout commence. Il faut maintenant mettre en œuvre des droits concrets et effectifs. Il nous appartient de nous assurer que ces engagements ne restent pas symboliques mais qu'ils trouvent une substance dans des initiatives législatives* ».

⁸²⁶ Proposition sénatoriale du 14 novembre 2017 (doc.Sénat, n°4-393/1).

⁸²⁷ Proposition sénatoriale du 10 mars 2009 (doc.Sénat, n°4-1205/1).

Belgique qui serait devenue une « terre d'exil » pour les français. L'action de l'État français s'inscrit dans une volonté plus large de réduction des dépenses publiques qui ne peut être mise en avant. Le discours des pouvoirs publics consiste à convoquer une image « d'exil » des français qui seraient contraints de quitter le territoire. Dans l'imaginaire collectif, on imagine revoir des images de la seconde guerre mondiale avec ces français sur les routes, fuyant les troupes allemandes qui se rapprochaient. L'existence d'un texte législatif ou conventionnel et l'histoire qui l'accompagne, ne suffit pas pour reconnaître l'existence d'un droit. Pour qu'il soit reconnu le droit doit imprégner toute la société et devenir une évidence, sans justification complémentaire. Pour qu'un droit soit effectif il est nécessaire, d'une part, qu'il puisse s'appuyer sur un texte mais, d'autre part, il faut que tous les acteurs aient conscience qu'il s'agit « d'une obligation ardente plutôt qu'une obligation légale »⁸²⁸. Pour que ce sentiment d'obligation infuse dans toutes les strates de la société, il faut que l'État impulse le mouvement.

466. L'analyse du rapport français permet de se forger une opinion sur le positionnement de l'État. A l'instar de l'examen de la Belgique, le travail de l'ONU avec la France a généré la production de multiples rapports. Le gouvernement français a publié un rapport initial d'évaluation en 2016⁸²⁹, soit plusieurs années après la date prévue par la Convention. Ce retard ne peut être imputé à un calendrier politique difficile, car la France de 2012 à 2017 a connu une stabilité politique, loin des élections présidentielles ou législatives. La lecture du rapport initial de la France ne fournit pas d'explication à ce retard, tout au plus il est mentionné sur la page de garde « *Rapport initial soumis par la France en application de l'article 35 de la Convention attendu en 2012* ». Pour pallier cette production tardive, de nombreux rapports ont été édités pour mettre en avant les progrès attendus pour la reconnaissance des droits des personnes handicapées. Le Défenseur des droits autorité administrative indépendante choisie pour assurer le suivi de la Convention, a publié un rapport parallèle à destination du Rapporteur spécial de l'ONU⁸³⁰. Le Défenseur des droits rappelle dès les premières pages du rapport, qu' « À titre

⁸²⁸ Bastide, Jean. « Obligation ardente plutôt qu'obligation légale ». *Après-demain* N ° 14, NF, n° 2 (2010) : 14-16, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.3917/apdem.014.0014>, [Consulté le 22 juillet 2022].

⁸²⁹ Rapport initial de la France en 2016, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2016/10/rapport_du_gouvernement_en_application_de_la_convention_internationale_de_lo_nu_sur_les_droits_des_personnes_handicapees_.pdf, [Consulté le 22 juillet 2022].

⁸³⁰ Maurine, Cima. « Rapport parallèle du Défenseur des droits dans le cadre de l'examen du rapport initial de la France sur la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », 2021, 42.

liminaire, le Défenseur des droits précise qu'en juillet 2020⁸³¹, dans le cadre de sa mission de mécanisme indépendant, il a publié un rapport d'appréciation sur la mise en œuvre de la Convention relatives aux droits des personnes handicapées, avec pour objectif de répondre aux questions suivantes : dix ans après l'entrée en vigueur de la CIDPH en France, qu'en est-il du respect par l'État de ses engagements internationaux ? Qu'en est-il de l'effectivité des droits consacrés par la Convention ?... Pour le Défenseur des droits, le bilan de la mise en œuvre de la CIDPH par la France est contrasté...la France n'a pas encore pris pleinement en considération la nouvelle approche fondée sur les droits, induite par la CIDPH, dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques ». Ces quelques lignes du Défenseur des droits posent clairement les questions et pointent, en filigrane, l'inaction des pouvoirs publics.

467. Des rapports alternatifs sont intervenus en complément des échanges entre les pouvoirs publics et le Rapporteur de l'ONU⁸³². Le Conseil Français des personnes Handicapées pour les affaires Européennes et Internationales⁸³³ (CFHE) rappelle dans son rapport, les termes de l'article 35 de la Convention qui dispose que les Etats doivent, sous un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la Convention dans le pays, retracer les progrès réalisés. Il note qu'à fin 2017, 17 pays européens et l'Union européenne ont déjà produit leur premier rapport. Et le CFHE de conclure qu'« *Il est difficile de ne pas considérer ce retard comme une double marque du faible intérêt du gouvernement et de l'administration à la fois, vis-à-vis de la promotion des droits des personnes handicapées et à l'égard des engagements*

⁸³¹ « La mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rap-cidph-num-16.07.20.pdf>, [Consulté le 22 juillet 2022].

⁸³² Rapport de la Cour de comptes, « L'accompagnement des personnes en situation de handicap vieillissantes », *Rapport public thématique*, Septembre 2023.

⁸³³ Le CFHE est membre du Comité de suivi français aux côtés du Défenseur des Droits, du CNCPH (Conseil National Consultatif des Personnes Handicapées), de la CNCDH (Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme) et le secrétariat général du CIH (Comité Interministériel Handicap). Le CFHE coordonne la rédaction du rapport de la Société Civile concernant la mise en œuvre de la Convention en France. Le rapport alternatif final réalisé par le CFHE a été présenté au Collectif Handicaps et à ses membres au début du mois de juin 2020. Le travail réalisé correspond aux attentes et aux analyses des associations représentatives, et le Collectif Handicaps a donné son accord afin que ce rapport alternatif soit envoyé au Comité des droits des personnes handicapées dans la perspective de l'évaluation de la France.

internationaux de la France »⁸³⁴. Le CFHE note qu'une même « appréciation large » du calendrier a conduit l'État à publier une ordonnance⁸³⁵, autorisant un report des délais de mise en accessibilité prévus par la loi du 11 février 2005⁸³⁶. La définition du handicap ne correspond pas à celle proposée par la Convention, dans la mesure où la responsabilité de l'environnement n'est pas pointée. Le CFHE nous invite d'ailleurs à travailler auprès de l'Académie française afin de modifier la définition du handicap qui reste encore attachée à « l'état d'infériorité », ainsi qu'à la notion « d'infirmité ».

468. La suite du rapport du CFHE aborde les différents articles de la Convention et notamment les articles 9 et 19, qui méritent une attention particulière. L'accessibilité est une composante essentielle de la liberté d'aller et venir consacrée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 juillet 1979⁸³⁷, en tant que principe constitutionnel. Le législateur français a reconnu plusieurs fois l'importance du thème de l'accessibilité au travers de trois lois, celles du 30 juin 1975, de 1991⁸³⁸ et de 2005. Chacun de ces textes présente des imperfections, mais a généré les mêmes résistances de la part de la société. Près de 50 ans après ces réformes législatives, force est de constater que l'accessibilité demeure une question brûlante pour les personnes à mobilité réduite. Comme le souligne le rapport du CFHE, malgré la loi du 11 février 2005 il est difficile de porter plainte lorsque l'on se trouve en face de bâtiments inaccessibles. « *La possibilité d'introduire une plainte par rapport à l'inaccessibilité*

⁸³⁴ Rapport alternatif CFHE et Comité d'entente, Etat des lieux préparatoire à la rédaction du rapport alternatif de la société civile, dans le cadre du suivi du rapport initial du gouvernement sur l'application de la Convention, page 4.

⁸³⁵ Ordonnance n° 2014-1090 du 26 septembre 2014 relative à la mise en accessibilité des établissements recevant du public, des transports publics, des bâtiments d'habitation et de la voirie pour les personnes handicapées, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029503268&dateTexte=&categorieLien=id>, [Consulté le 22 juillet 2022].

⁸³⁶ L'ordonnance prévoit un report (de 3, 6 ou 9 ans) de la mise en accessibilité des établissements recevant du public, des transports publics, des bâtiments d'habitation et de la voirie pour les personnes handicapées, ainsi qu'un nombre incalculable de dérogations, attestant de la défaillance de l'Etat vis-à-vis des articles 3-c, 3-f, 4.1-b, 4.1-d, 4.1-e, 4.3, 4.4, 5, 9.1-a, 9.2-a, 19, 20-a, 29-b, 30.1-c de la Convention.

⁸³⁷ Conseil constitutionnel, 12 juillet 1979, Loi relative aux ponts à péage. « Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979 | Conseil constitutionnel - Liberté d'aller et venir », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1979/79107DC.htm>, [Consulté le 22 juillet 2022].

⁸³⁸ « Loi n° 91-663 du 13 juillet 1991 portant diverses mesures destinées à favoriser l'accessibilité aux personnes handicapées des locaux d'habitation, des lieux de travail et des installations recevant du public - Légifrance », dite Loi Gillibert, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000353816/>, [Consulté le 22 juillet 2022].

d'un bâtiment ou d'un espace ne garantit nullement d'obtenir gain de cause. En effet en avril 2005 soit deux mois après le vote de la loi du 11 février 2005, une avocate en fauteuil roulant avait porté plainte pour inaccessibilité du tribunal. Le verdict fut éloquent : « Le service public de la justice est de rendre des décisions de justice, pas de rendre accessibles ses tribunaux »⁸³⁹.

469. Il est intéressant de noter que nombre d'associations ont publié un rapport alternatif pour faire valoir des situations handicapantes. Cette action de publication s'inscrit dans la poursuite des revendications. C'est le cas de la contribution de l'association Handi-social à Toulouse⁸⁴⁰ qui a choisi de réorienter ses modalités d'action, en menant « *des actions de désobéissance civile non-violente pour dénoncer les reculs et faire connaître au grand public les réalités de vie et de prise en compte des personnes handicapées* »⁸⁴¹. Les manifestations ont mené quelques militant à être condamnés à des peines de prison avec sursis. A l'appui de son rapport, l'association a mis en lumière des témoignages de personnes handicapées directement victimes du défaut d'accessibilité. HANDI-SOCIAL a ainsi accompagné une famille qui attendait depuis 14 ans un logement accessible et qui devait monter chaque jour une jeune adulte dans un fauteuil manuel pour monter au 6e étage et en plus, aller chercher chez le frère le fauteuil roulant

⁸³⁹ Affaire Avocate Marianne Bleitrach contre Ministère de la Justice, Mars 2005. Handicapée suite à une poliomyélite, et en fauteuil roulant depuis quelques années, Maître Marianne Bleitrach, avocate au barreau de Béthune, éprouve les plus grandes difficultés à exercer sa profession parce que la plupart des tribunaux du Pas-de-Calais, dont elle dépend, sont inaccessibles. De fait, elle doit parfois plaider dans le hall ou sur le trottoir. Une véritable humiliation pour cette avocate qui n'a le choix qu'entre demander d'être "portée" afin d'accéder à la salle d'audience ou refuser le dossier de clients c'est-à-dire ne plus exercer son métier !.

⁸⁴⁰ L'association Handi-social existe depuis 20 ans à Toulouse. L'association a rejoint il y a 13 ans le CIAH 31 Collectif Inter Associatif Handicaps de la Haute-Garonne (25 associations, tous types de handicaps) puis a participé à la création du Comité d'Entente Régional des associations représentatives de personnes handicapées de Midi-Pyrénées puis d'Occitanie.

⁸⁴¹ Exemples d'articles de presse illustrant les modalités d'action de l'association, [En ligne], Disponible à l'adresse :

<https://www.handi-social.fr/articles/actualites/suites-medias-operation-cac40-voleurs--blocage-economique-de-wfs-par-handi-social-et-gilets-jaunes-toulouse-4mars19-90185>

<https://www.handi-social.fr/articles/actualites/suites-marche-du-10-fevrier-pour-les-droits-et-la-dignite-des-personnes-handicapees-a-toulouse-89951>

<https://www.handi-social.fr/articles/actualites/aeroport-de-blagnac-31--on-passait-par-la-on-a-vu-de-la-lumiere-on-est-entres-blocage-pour-nos-droits--69749>

<https://www.handi-social.fr/articles/actualites/handi-social-des--gilets-jaunes--avant-lheure--toujours-actifs--67235> <https://www.handi-social.fr/articles/actualites/suites-medias-blocage-tgv-gare-sncf-matabiau-de-toulouse-le-24oct18-pour-circuler-librement-59674>

<https://www.handi-social.fr/articles/actualites/pepy-tant-que-matabiau-gare-de-la-4e-ville-de-france-sera-inaccessible-en-autonomie-aux-pmr-et-handicapees-nous-paralyserons-le-traffic-sncf--57945>, [Consulté le 22 juillet 2022].

électrique pour qu'elle puisse aller à l'école, au lycée puis à la faculté. (Rapport point 16). L'association a également bloqué les TGV en gare de Toulouse, pour sensibiliser le public sur le fait que la gare n'est pas accessible.

470. Des actions fortes ont également été menées, pour mettre en évidence les manques de l'État pour garantir une vie autonome. En 2017, l'association mettait en demeure le Premier ministre, par le biais de son avocat, de financer le reste à charge de ses frais d'aménagement d'un véhicule adapté à son handicap. Le véhicule était adapté pour la conduite en restant dans son fauteuil roulant électrique avec un joystick qui remplace volant, frein et accélérateur.

471. Ces manifestations de la société civile frappent l'opinion publique et attire la lumière sur des problématiques vécues par les personnes handicapées. La question qui est posée est celle de savoir quel est le mode d'action qu'il faut adopter pour faire valoir ses droits. On trouve des partisans dans chaque camp avec pour chacun le même souci, celui de faire avancer et respecter les droits des personnes handicapées. La plupart des associations empruntent un chemin qui est « politiquement » plus consensuel. Ce faisant, nombreuses sont les discriminations qui se transforment peu en droit effectif. La campagne menée par l'UNAPEI pour dénoncer le manque de solutions de scolarisation⁸⁴² pour les enfants handicapés, fournit un bon exemple de campagnes de sensibilisation du public qui mobilisent peu le législateur ou les pouvoirs publics. L'UNAPEI agrège les témoignages de parents qui constatent amèrement que leur enfant restera au domicile toute l'année, parce qu'aucun collège ne lui ouvre les portes d'une classe de sixième. La rhétorique prend souvent le pas sur des solutions efficaces et laisse le droit sur les étagères des bonnes intentions.

472. En définitive, l'examen de la situation française s'est déroulé au mois d'août 2021 au cours de trois auditions de la Délégation française⁸⁴³. Le 14 septembre, le Comité publiait ses

⁸⁴² Pour cette rentrée scolaire 2019, l'Unapei, soutenue par de nombreux partenaires associatifs, lance une mobilisation citoyenne inédite #jaipasecole, avec un site internet dédié www.marentree.org. Objectif : donner la parole aux parents d'enfants en situation de handicap et aux professionnels pour leur permettre de mettre en lumière la réalité du parcours scolaire de leur enfant, souvent source d'exclusion et de perte de chance.

⁸⁴³ « 539e Réunion, 25e Session Du Comité Des Droits Des Personnes Handicapées | Web TV de l'ONU- Première Partie », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://media.un.org/en/asset/k1b/k1bv5fepmw>, [Consulté le 21 juillet 2022], « 539e Réunion, 25e Session Du Comité Des Droits Des Personnes Handicapées | Web TV de l'ONU- Deuxième Partie », [En

observations finales sur la situation de la France. Il est intéressant de noter que le site internet du Ministère des solidarités, de l'autonomie et des personnes handicapées annonce cette publication sans la mettre en avant, préférant proposer des liens vers les auditions réalisées au mois d'août⁸⁴⁴. Plusieurs mois après la publication, il serait normal qu'un ministre puisse mettre en lumière l'évaluation de sa politique en faveur des droits des personnes handicapées, à l'instar d'un collégien fier de montrer à sa famille les progrès réalisés. Chacun interprétera cet oubli comme il le souhaite, sans oublier que des situations restent préoccupantes du point de vue juridique.

473. Les observations finales du Comité sont néanmoins disponibles sur le site des Nations Unies⁸⁴⁵. Un parcours rapide du document interpelle en raison du déséquilibre de ses parties. Une première partie introductive d'une dizaine de lignes nous guide vers les aspects positifs de l'évaluation sur une page entière. Dès la page deux le Comité nous accompagne vers les sommets, en abordant les « *Principaux sujets de préoccupation et recommandations* ». La page 21 dernière page du rapport est consacrée au suivi qui doit être assuré par l'Etat, afin que toutes les parties puissent être informées des actions à entreprendre. Au point 69, on peut lire que : « *Le Comité demande à l'État partie de mettre en œuvre les recommandations figurant dans les présentes observations finales. Il lui recommande de transmettre les présentes observations finales, pour examen et suite à donner, aux membres du Gouvernement et de l'Assemblée nationale, aux responsables des différents ministères, aux autorités locales et aux membres des professions concernées, tels les professionnels de l'éducation, de la santé et du droit, ainsi qu'aux médias, en utilisant pour ce faire les stratégies de communication sociale modernes* ». L'architecture du rapport du Comité nous fournit un premier éclairage sur les raisons qui ont motivées l'absence de communication et ce silence assourdissant de la part des pouvoirs

ligne], Disponible à l'adresse : <https://media.un.org/en/asset/k14/k14eaz3csx>, [Consulté le 21 juillet 2022],

« 541e Réunion, 25e Session Du Comité Des Droits Des Personnes Handicapées | Web TV de l'ONU - Troisième Partie », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://media.un.org/en/asset/k10/k10ggfoem0>, [Consulté le 21 juillet 2022].

⁸⁴⁴ « Observations finales du Comité des Droits des personnes handicapées : la France réaffirme sa pleine mobilisation pour garantir l'accès aux droits des personnes handicapées | Handicap », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://handicap.gouv.fr/observations-finales-du-comite-des-droits-des-personnes-handicapees-la-france-reaffirme-sa-pleine>, [Consulté le 21 juillet 2022].

⁸⁴⁵ « Comité des droits des personnes handicapées Observations finales concernant le rapport initial de la France ». [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/269/73/PDF/G2126973.pdf?OpenElement>, [Consulté le 21 juillet 2022].

publics, quant aux suites à donner. Qu'on le prenne à l'endroit ou à l'envers la conclusion du rapport s'impose, il est exclusivement à charge⁸⁴⁶.

474. Concernant l'article 9 de la Convention, le Comité insiste sur le retard pris par l'État. Il relève l'action de l'Etat pour abaisser les seuils d'accessibilité des constructions neuves. La loi handicap imposait à l'origine que la totalité des constructions neuves respecte les normes d'accessibilité aux personnes handicapées. La loi ELAN (évolution du logement, de l'aménagement et du numérique)⁸⁴⁷ prévoit désormais que seuls 20% des constructions neuves, devront respecter ces normes. Les autres logements doivent être « évolutifs » et permettre des travaux d'aménagement, pour les rendre accessibles. Cette approche mérite de multiples commentaires et plonge les personnes handicapées dans l'expectative. Pour qu'un logement devienne accessible il suffit d'envisager des travaux, la solution pour faire avancer les droits était donc proche de nous. « *Les personnes à mobilité réduite pourront ainsi rendre visite à leurs proches.* », se satisfait le communiqué du secrétariat d'État, ajoutant que la salle de bains et les chambres seront quant à elles « évolutives » dans 80 % des logements construits dans le

⁸⁴⁶ *Ibid.*, point 7, dès les premières lignes, le rapport dresse un constat des manques de l'Etat français, « *Le fait que l'État partie n'a pas pris de mesures pour revoir et aligner sur la Convention sa législation et ses politiques nationales, départementales et municipales relatives au handicap, ainsi que ses lois et politiques fondées sur le modèle médical ou une vision paternaliste du handicap, notamment la définition du handicap figurant dans la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, qui est axée sur la prévention du handicap et le traitement médical des incapacités, y compris des handicaps psychosociaux et de l'autisme, et le modèle de la « prise en charge médico-sociale », qui perpétue le placement systématique des personnes handicapées en institution* ». Pour appuyer son constat, le Comité rappelle qu'il a effectué une visite en France en 2017, à la suite de laquelle il a demandé « *De revoir ses lois et politiques relatives au handicap et de les harmoniser avec la Convention, notamment en transposant dans le droit interne le modèle du handicap fondé sur les droits de l'homme ; D'adopter sans tarder une législation complète sur le handicap afin de donner effet à l'ensemble des dispositions de la Convention et de garantir que les juridictions françaises appliquent directement toutes celles qui peuvent être immédiatement invoquées devant les tribunaux ; D'adopter une stratégie nationale globale afin de s'acquitter de ses obligations découlant de la Convention et de promouvoir l'établissement de dispositifs dans les territoires d'outre-mer, en étroite consultation avec les organisations de personnes handicapées, l'objectif étant de mettre en place un système coordonné de gestion de l'appui aux personnes handicapées dans l'ensemble des régions, départements et municipalités et dans les territoires d'outre-mer ; De sensibiliser les fonctionnaires de tous rangs, les professionnels du droit, les juges, les procureurs et les professionnels qui travaillent avec des personnes handicapées au modèle du handicap fondé sur les droits de l'homme, et de renforcer leurs capacités en la matière, et de faire en sorte que les organisations de personnes handicapées soient associées à la conception et à la réalisation des formations dispensées aux fonctionnaires* ».

⁸⁴⁷ Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (1), 2018-1021 § (2018).

neuf. Dans le même esprit, le Comité note le retard pris dans l'application de l'Agenda d'accessibilité programmée⁸⁴⁸. L'actualité fournit de multiples exemples de situations handicapantes, nées d'une absence de travaux significatifs de la part des bailleurs. Beaucoup souhaiteraient « *rendre visite à leurs proches* » mais sont bloqués par un ascenseur, fréquemment en panne.

475. Le Comité fait un détour vers la réglementation européenne pour rappeler à l'État français que les normes concernant l'accessibilité sont présentes par le truchement de Directives communautaires. Une Directive de 2016⁸⁴⁹ aborde la question de l'accessibilité des sites Internet, des applications mobiles ainsi que des plateformes des organismes du secteur public. En 2019, une Directive⁸⁵⁰ aborde les exigences en matière d'accessibilité applicables aux produits et services. Les entreprises qui vendent des produits et des services relevant de la directive, devront veiller à ce que ceux-ci respectent un ensemble d'exigences communes à l'UE en matière d'accessibilité, pour le 28 juin 2025 au plus tard. Au mois de juillet 2022, une procédure d'infraction a été lancée contre la France par la Commission européenne, en raison de l'absence de communication des actions prises en faveur de la transposition de la directive sur l'accessibilité. Cette action européenne vient en complément de la Convention de l'ONU sur l'accessibilité. Ce mouvement commun pourra sans doute faire évoluer les droits des personnes handicapées.

476. Les observations concernant l'article 19 de la Convention pointent également les manquements de l'État français, en ce qui concerne l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société. Ces remarques ne sont pas nouvelles dans la mesure où des difficultés avaient déjà été relevées, lors de la visite de la Rapporteuse spéciale des Nations Unies à l'issue de sa visite en France⁸⁵¹. En 2017, Madame Catalina Devandas Aguilar dénonçait les orientations des

⁸⁴⁸ « Chapitre V : Agendas d'accessibilité programmée (Articles L165-1 à L165-7) - Légifrance », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006074096/LEGISCTA000041569715/, [Consulté le 24 juillet 2022].

⁸⁴⁹ « Directive (UE) 2016/2102 du Parlement Européen et du Conseil du 26 octobre 2016 relative à l'accessibilité des sites internet et des applications mobiles des organismes du secteur public (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) - Légifrance », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033558455/>, [Consulté le 24 juillet 2022].

⁸⁵⁰ « Directive (UE) 2019/ du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relative aux exigences en matière d'accessibilité applicables aux produits et services », s. d., 46.

⁸⁵¹ En 2017, le Comité s'était rendu en France et avait noté un certain nombre de difficultés dans l'application de la Convention. « devandasrapfrance201903.pdf », [En ligne], Disponible à l'adresse :

personnes handicapées vers des établissements médico-sociaux⁸⁵², ainsi que les positions défendues par les salariés de ce secteur qui « *soutiennent que des services spécialisés distincts doivent être fournis aux personnes handicapées, notamment dans des établissements d'accueil, afin qu'elles reçoivent les meilleurs soins possibles, qu'elles soient protégées de toute violence ou discrimination et de tout préjugé et qu'elles soient en sécurité en compagnie d'autres personnes handicapées* »⁸⁵³. Le Comité adopte la même analyse en demandant à l'État français d'arrêter l'orientation vers des établissements, partant du principe qu'il n'existe pas de « bon établissement » au regard de la Convention, car tous imposent « *un certain mode d'existence qui limite les possibilités de vivre une vie agréable sur la base de l'égalité avec les autres* ». Nombre d'associations françaises ont été surprises par les observations de l'ONU car elles condamnaient les actions menées en direction des personnes handicapées, depuis la fin des années soixante. Certaines n'ont pas poussé plus loin leur réflexion, considérant que la Rapporteuse costaricaine de l'ONU ne pouvait comprendre l'organisation française. Ce faisant, les établissements qu'elles gèrent n'ont pas approché la Convention et la philosophie qu'elle développe. Lors des réunions de la commission des droits de l'UNAPEI⁸⁵⁴, on a été souvent confronté à des oppositions de principe des directions d'établissement qui faisaient suite au rapport de l'ONU. D'autres au contraire, ont considéré plus justement les arguments de l'ONU et ont débuté une réflexion plus fine sur les conditions d'exercice de leur mission. Pour ces associations le travail de la commission des droits permet de faire une pause, de prendre du recul et de poser un regard objectif sur l'organisation des établissements. Autant d'actions qui permettent de faire avancer les droits des personnes handicapées, ainsi que le positionnement des personnes en charge de les accompagner.

<http://www.creaihdf.fr/sites/www.creainpdc.fr/files/devandasrapfrance201903.pdf>, [Consulté le 25 juillet 2022].

⁸⁵² *Ibid.*, page 12 : « *Bien qu'elles diffèrent par leur taille, leur dénomination et leur organisation, ces institutions restreignent toutes la liberté des personnes handicapées, les séparent et les isolent de la collectivité, leur ôtent le choix et le pouvoir de décision en matière de lieu de vie et de mesures d'assistance, et les restreignent considérablement dans leur prise de décisions au quotidien. Des parents qui s'opposent au placement de leur enfant handicapé en institution sont victimes d'actes d'intimidation ou de menaces et, dans certains cas, perdent la garde de leur enfant lorsque celui-ci est placé en institution de force ou fait l'objet d'un placement administratif* ».

⁸⁵³ *Ibid.*, page 12, paragraphe 50.

⁸⁵⁴ L'UNAPEI a mis en place une commission des droits afin qu'elle réfléchisse à l'application de la Convention, des blocages qui peuvent exister et les voies pour les surmonter. La commission regroupe une douzaine de professionnels. Elle organise des sessions de formation. *Convention ONU relative aux personnes handicapées : où en sommes-nous de son application en France ? 2021*, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.youtube.com/watch?v=O0d6t68kynA>, [Consulté le 25 juillet 2022].

II. La Convention et la défense des droits des personnes handicapées

477. La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées est le résultat d'un long travail, débuté en 1981 au sein des Nations Unies⁸⁵⁵. Le programme d'action mondiale concernant les personnes handicapées rappelle la responsabilité des pouvoirs publics⁸⁵⁶ qui doivent « *remédier aux conditions qui mènent aux déficiences* » et d'affirmer que « *le handicap est donc fonction des rapports des personnes handicapées avec leur environnement* »⁸⁵⁷. Dix ans après, le comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes adoptait une recommandation générale⁸⁵⁸ en direction des femmes handicapées qui incitait les Etats à faire en sorte qu'elles « *aient un accès égal à l'éducation et à l'emploi, aux services de santé et à la sécurité sociale, et pour faire en sorte qu'elles puissent participer à tous les domaines de la vie sociale et culturelle* ». Depuis la ratification de la Convention, la France comme la Belgique ont enregistré nombre de rapports qui pointent les progrès qu'il leur faut réaliser pour que les droits des personnes handicapées soient reconnus. Et tous les acteurs de s'interroger sur la manière dont il faut aborder cet outil international, car le message est clair, la Convention internationale, relative aux droit des personnes handicapées ne crée pas de droits spécifiques. Les acteurs du champ médico-social ne sont pas habitués à mobiliser un texte qui ne crée pas de droits mais qui pourtant, les oblige. Le Défenseur des droits Monsieur Jacques Toubon, reprenait ces interrogations en préambule de son guide relatif à la Convention, pour alimenter son colloque en 2016 sur le thème « *La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées : quels droits nouveaux ?* »⁸⁵⁹ Le fait qu'aucune réponse ne s'impose naturellement dans ce débat, explique en grande partie que la Convention est difficilement mobilisée. Il est nécessaire de faire une pause pour comprendre les contours exacts du nouveau paradigme qui alimente le champ du handicap. Les directions doivent se remettre

⁸⁵⁵ Le Programme d'action mondial concernant les personnes handicapées a été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies à sa trente-septième session, par sa résolution 37/52 du 3 décembre 1982. Programme d'action mondial concernant les personnes handicapées (1/4) | Disabilities FR, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.un.org/development/desa/disabilities-fr/programme-daction-mondial-concernant-les-personnes-handicapees-14-2.html>, [Consulté le 26 juillet 2022].

⁸⁵⁶ *Ibid.*, page 3.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, page 4.

⁸⁵⁸ ONU, Convention pour l'élimination des discriminations envers les femmes, Recommandation générale numéro 18, dixième session, 1991.

⁸⁵⁹ « Guide - La Convention relative aux droits des personnes handicapées », s. d., 55.

en cause et suivre des formations complémentaires⁸⁶⁰. Elles doivent guider leur réflexion sur le chemin des droits humains et imprégner tous les services des établissements, dont ils ont la responsabilité. Pour être sûr que la Convention soit appliquée, il est nécessaire que les directions repensent leur rapport avec l'altérité. Les personnes handicapées doivent être considérées comme de véritables sujets de droit et plus seulement, des objets de soins et d'accompagnement. Poser cette vision et accepter de questionner à nouveau son positionnement personnel et professionnel n'est pas une évidence mais pour autant, il s'agit d'une étape préalable indispensable.

478. Conscient que « *Six ans après l'entrée en vigueur de la CIDPH en France, force est de constater qu'un grand nombre d'acteurs en charge des questions de handicap ignorent jusqu'à son existence et, a fortiori, les obligations qu'elle crée à leur égard* »⁸⁶¹, le Défenseur des droits a demandé à Monsieur Michel Blatman Conseiller honoraire près la Cour de Cassation, de rédiger un rapport sur la question de l'effet juridique des dispositions de la Convention. Il s'agit de se demander si la Convention peut être mobilisée par l'intermédiaire d'autres textes nationaux ou internationaux, reconnus par la France. En élargissant la question il nous faut nous questionner, en France comme en Belgique, sur les voies permettant aux particuliers de mobiliser la convention pour faire valoir leurs droits.

479. Des deux côtés de la frontière l'UNIA, en Belgique (**A**) et le Défenseur des droits, en France, (**B**) vont développer des actions au niveau national pour promouvoir les droits présents dans la CIDPH. Par ailleurs, il est important de noter que le protocole facultatif à la CIDPH permet à chaque particulier de faire valoir ses droits, en respectant certaines conditions (**C**).

⁸⁶⁰ Le Défenseur des droits en introduction du guide, affirme son objectif qui est « *d'informer et de sensibiliser les professionnels du droit ainsi que les acteurs institutionnels et associatifs en charge des questions de handicap, aux enjeux liés à la mise en œuvre de la CIDPH, tant du point de vue de l'accès aux droits que de l'élaboration et de la mise en œuvre des politiques publiques* », Avant-propos.

⁸⁶¹ Le guide a été publié en 2016, soit six ans après la ratification et l'entrée en vigueur de la Convention et du Protocole facultatif par la France (20 mars 2010). Pour l'Union européenne, la Convention est entrée en vigueur le 22 janvier 2011. Pour la Belgique, la Convention est entrée en vigueur le 1^{er} août 2009.

A. Les principes de la Convention relative aux droits des personnes handicapées mobilisés pour un règlement constructif par l'UNIA

480. L'UNIA⁸⁶² est une structure indépendante de l'Etat qui lutte contre le racisme et toutes les formes de discrimination. L'UNIA a été désignée en tant que mécanisme indépendant « *de promotion, de protection et de suivi de l'application de la CIDPH* » (« la Convention »)⁸⁶³. Il s'agit depuis 2016, de prendre la suite du Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations. Le Centre a été mis en place par l'ordonnance du 3 avril 2014 portant sur l'assentiment de l'Accord de coopération du 12 juin 2013, entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés⁸⁶⁴. L'article 3 de l'ordonnance rappelle que la transposition de la Directive 2000/42/CE est à l'origine de cet accord fédéral. La Directive oblige la Belgique à désigner un organisme unique pour l'ensemble des matières visées par le texte communautaire et pour l'ensemble des niveaux administratifs du pays. L'UNIA est donc compétent pour connaître des difficultés de discrimination sur tout le territoire

⁸⁶² En février 2016, le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme en une institution interfédérale de lutte contre les discriminations change de nom et devient l'UNIA. Ce changement fait suite à l'accord de coopération de 2013 qui a été signé entre le Gouvernement fédéral, les Régions et les Communautés.

⁸⁶³ CIDPH, Article 33 : « *Alinéa 1 - Les États Parties désignent, conformément à leur système de gouvernement, un ou plusieurs points de contact pour les questions relatives à l'application de la présente Convention et envisagent dûment de créer ou désigner, au sein de leur administration, un dispositif de coordination chargé de faciliter les actions liées à cette application dans différents secteurs et à différents niveaux.*

Alinéa 2 - Les États Parties, conformément à leurs systèmes administratif et juridique, maintiennent, renforcent, désignent ou créent, au niveau interne, un dispositif, y compris un ou plusieurs mécanismes indépendants, selon qu'il conviendra, de promotion, de protection et de suivi de l'application de la présente Convention. En désignant ou en créant un tel mécanisme, ils tiennent compte des principes applicables au statut et au fonctionnement des institutions nationales de protection et de promotion des droits de l'homme.

Alinéa 3 - La société civile – en particulier les personnes handicapées et les organisations qui les représentent – est associée et participe pleinement à la fonction de suivi ».

⁸⁶⁴ « Ordonnance du 27/02/2014 portant sur l'approbation de l'accord de coopération du 12 juin 2013, entre l'autorité fédérale, les régions et les communautés, visant à créer un centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations sous la forme d'une institution commune, au sens de l'article 92bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ». Ordonnance. etaamb.openjustice.be. Moniteur Belge, 27 février 2014, [En ligne], Disponible à l'adresse :

https://etaamb.openjustice.be/fr/ordonnance-du-27-fevrier-2014_n2014031191.html, [Consulté le 26 juillet 2022].

pour les questions fédérales, régionales ou communautaires afin que tous les citoyens belges soient traités de manière identique.

481. Il est intéressant de noter que l'article 2 de l'accord de coopération dispose clairement que « *le Centre sera hébergé dans un emplacement accessible, conformément aux dispositions du Règlement régional d'Urbanisme, Titre IV de la Région de Bruxelles-Capitale* ». Il ne s'agit pas bien sûr d'une révolution, mais le rappel de l'obligation d'accessibilité dans cet accord qui est le signe de la diffusion de ce principe de la Convention, dans la société belge. L'article 3 pointe le handicap, comme une forme de discrimination qui crée des situations d'exclusion que l'UNIA doit réduire dans un « *esprit de dialogue et de coopération* », avec l'ensemble des acteurs de la société civile. Il est possible que l'UNIA émette des avis et recommandations en direction des pouvoirs publics afin qu'ils améliorent la réglementation. Les problèmes doivent faire l'objet d'un suivi de la part des autorités publiques ou des personnes privées, qui s'engagent à informer l'UNIA des suites qui sont données. Toutes ces actions de suivi et de sensibilisation de la société s'inscrivent dans une volonté de résolution des conflits par la discussion, la conciliation ou la médiation. Il est important de noter que les avis rendus par l'UNIA ne sont pas contraignants, même si son expertise est largement reconnue.

482. L'UNIA peut également recevoir des signalements des citoyens belges qui doivent être accueillis au sein des points de contact locaux, répartis sur l'ensemble du territoire. Dans un esprit analogue ces signalements engagent l'UNIA à privilégier la conciliation dans un premier temps, afin que le problème trouve rapidement une solution. Dans le cas où cette étape n'aboutit pas, l'UNIA est habilitée à rester en justice dans les limites de ses missions. Dans les faits, seul un pour cent des signalements déclenche une action judiciaire au pénal ou au civil, lorsque les faits sont récurrents et que toutes les voies de négociation ont échoué. Il est important de relever que l'institution ne traite pas tous les signalements. Notamment s'ils sont anonymes ils seront mis de côté, alors même que la situation rapportée mérite un suivi⁸⁶⁵.

⁸⁶⁵ Le site Internet de l'UNIA liste les critères de recevabilité d'un signalement. Les signalements sont irrecevables lorsqu'ils sont anonymes, lorsqu'ils contiennent des **mots injurieux** et/ou des menaces ; lorsqu'ils ne correspondent pas à un fait mais à un **mécontentement général** ; lorsqu'ils concernent des faits qui datent d'**il y a plus d'un an** ou qui se déroulent en-dehors du territoire belge, [En ligne], Disponible à l'adresse :

[Quels signalements Unia ne traite pas ? | Unia](#), [Consulté le 26 juillet 2022].

483. Pour illustrer les actions judiciaires contre les discriminations auxquelles l'UNIA est associée aux côtés des citoyens, il est possible de s'arrêter un instant sur les difficultés nées des problèmes de stationnement à Bruxelles pour les personnes handicapées. En 2022⁸⁶⁶, l'UNIA a initié une action en cessation devant le tribunal civil de première instance de Bruxelles aux côtés d'une personne handicapée et du Collectif accessibilité Wallonie Bruxelles (CAWaB), pour obtenir que les cartes de parkings pour les personnes handicapées soient détectées et que le stationnement soit gratuit. En l'espèce, une personne handicapée conteste un courrier « l'invitant à payer 25 euros » en raison d'un défaut de redevance de stationnement. Son véhicule étant pourvu d'une carte européenne de stationnement pour personne handicapée qui était « clairement visible sur le pare-brise du véhicule ». Ces amendes sont en lien avec l'utilisation du système de « scan-car » qui permet une verbalisation automatique des véhicules, pour non-paiement de stationnement car la détection de la carte handicapée ne s'effectue pas. « *La scan-car, telle qu'elle fonctionne actuellement, suppose donc qu'un droit soit lié à une plaque d'immatriculation. Or, le droit de stationner dont jouit une personne handicapée n'est pas lié à un véhicule déterminé, mais à sa personne ou, plus précisément, à la carte PMR qu'elle détient* »⁸⁶⁷. L'UNIA met en avant le fait que les personnes handicapées ne peuvent pas facilement trouver un emplacement « *réservé à leur attention à proximité immédiate du lieu où elles doivent se rendre* »⁸⁶⁸.

⁸⁶⁶ Trib.1ère inst. Bxl., 2-05-2022, UNIA contre Agence du stationnement de la Région de Bruxelles-Capitale.

⁸⁶⁷ Procès-verbal de la réunion de la Commission régionale de mobilité du 19 mai 2020, p. 2-3.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, Exposé des faits, « *Les personnes en situation de handicap n'ont pas toujours un emplacement réservé à leur attention à proximité immédiate du lieu où elles doivent se rendre. Dans certaines situations, les personnes vont donc préférer se garer sur un emplacement ordinaire plus proche de leur destination car elles n'ont pas la capacité de marcher longtemps ou bien parce que le trajet permettant de rejoindre leur destination comporte des obstacles.*

Les déplacements des personnes handicapées sont plus compliqués et donc plus lents que les personnes valides, notamment en raison de l'inaccessibilité de l'environnement. En conséquence, leur durée de stationnement est généralement plus longue que les autres automobilistes. Elles devront donc payer davantage qu'une personne sans handicap pour un même déplacement en cas de non-gratuité ; Par ailleurs, les horodateurs ne sont pas systématiquement accessibles (trottoirs encombrés, travaux, bornes trop hautes, difficultés d'utilisation...).

Enfin, rappelons que contrairement aux autres automobilistes, les personnes en situation de handicap n'ont bien souvent pas l'alternative d'emprunter les transports publics pour rejoindre leur destination, car ceux-ci leur sont encore particulièrement inaccessibles ».

484. L'UNIA a contacté à plusieurs reprises la société en charge de la gestion des parkings⁸⁶⁹, afin qu'une solution soit mise en place. Ce faisant, on constate que l'UNIA essaye dans un premier temps, de trouver une solution négociée avant de porter le litige devant la justice. Le tribunal note d'ailleurs que l'UNIA a participé « à dix réunions » du « groupe de travail interne » constitué par l'Agence pour résoudre les difficultés rencontrées par les personnes handicapées suite à la mise en place du contrôle automatisé du stationnement (scan-cars) ...En somme, cette participation n'est que le reflet d'une attitude pragmatique et ouverte au dialogue » (Point 37). Devant l'absence de réponse suffisante de l'agence en charge de la gestion des parkings à Bruxelles, L'UNIA a demandé à son conseil d'administration l'autorisation d'ester en justice pour faire cesser une discrimination indirecte. Le tribunal de première instance de Bruxelles va suivre les demandes de l'UNIA et demander à l'agence de faire rapidement le nécessaire, afin que le handicap ne soit plus indirectement un motif de discrimination.

485. L'emploi est également un domaine qui génère nombre de procédures judiciaires, auxquelles l'UNIA participe. En janvier 2022 la Cour du travail de Bruxelles⁸⁷⁰ confirme la discrimination en raison du handicap, d'une personne victime d'un licenciement⁸⁷¹. En l'espèce, il s'agissait d'un homme travaillant pour une entreprise depuis 11 ans. En 2007, il informe l'entreprise qu'il devra désormais venir travailler en chaise roulante. Peu après cette annonce, l'entreprise rompt son contrat. En première instance, l'auditeur du travail reconnaît que l'individu a été victime d'un traitement défavorable à cause de son handicap, mais estime que la loi anti-discrimination ne s'applique pas car il s'agit d'un contrat d'entreprise entre deux

⁸⁶⁹ *Ibid.*, point 20, « Nous vous rappelons que déjà en novembre 2017 et à plusieurs reprises par la suite lors de réunions de la Commission régionale de mobilité —Section PMR, UNIA a alerté parking.brussels et Bruxelles Mobilité concernant la problématique de la non-détection des cartes de stationnement pour personnes handicapées par les scan-cars. Suite à ces différentes interpellations, les représentants de parking.brussels nous ont toujours assuré qu'un agent serait envoyé sur place pour vérification, cela afin d'éviter d'infliger des redevances illégales aux personnes handicapées. Force est de constater que, durant l'été 2020, le contrôle humain [sur place] initialement annoncé par vos collaborateurs a été très largement diminué, voire supprimé [33], alors que votre agence était parfaitement informée des répercussions négatives que cela engendrerait pour les personnes handicapées. Ainsi, en 2020, 7.714 redevances de stationnement infligées par erreur à des personnes détentrices d'une carte de stationnement pour personnes handicapées ont dû être annulées par votre agence ».

⁸⁷⁰ La Belgique compte 5 cours du travail sur son territoire (Gand, Anvers, Mons, Bruxelles et Liège). Si une des parties n'est pas d'accord avec une décision du tribunal du travail, elle peut aller en appel devant la cour du travail. Dans ce cas, la cour du travail examine l'affaire une deuxième fois.

⁸⁷¹ C.T.Bxl., 4-01-2022, Cour du travail de Bruxelles.

sociétés. La Cour annule cette décision et indique que l'attitude de l'entreprise est discriminatoire.

486. En avril 2021, l'UNIA est partie à la cause dans un conflit opposant une institutrice primaire et son employeur. Elle est institutrice depuis 2003, au sein des écoles dont le pouvoir organisateur est la ville. L'institutrice souffrant de sclérose en plaques avait sollicité son employeur, afin qu'il aménage son poste de travail. Entre 2011 et 2015 ses demandes sont restées vaines, l'employeur refusant d'accepter des aménagements raisonnables. Par la suite, l'intervention de l'UNIA aura permis une médiation judiciaire permettant d'améliorer l'environnement de travail de la salariée. L'employeur a effectué quelques aménagements sans toutefois reconnaître que son refus initial constituait une discrimination. Dans sa décision, la Cour indique que les recommandations proposées par le service interne de prévention et protection au travail, *« n'ont pas été respectées, et n'ont d'ailleurs pas été prises au sérieux par la direction de l'école, qui considérait qu'il s'agissait de caprices ou de privilèges »*. Par ordonnance du 10 janvier 2020, le tribunal de travail de Charleroi estime qu'il est bien question de discrimination et que l'institutrice peut prétendre à une indemnité de six mois de salaire, même si depuis lors la situation est régularisée puisqu'il existe un risque de récidive. En appel, la Cour du travail de Mons confirme l'ordonnance rendue en première instance. Sa décision s'appuie sur la Directive européenne 2000/78 du Conseil en date du 27 novembre 2000⁸⁷², portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁸⁷³. Le contenu de la directive européenne a été transposé en droit belge par différents textes, parmi lesquels on citera, au niveau des entités fédérées, le décret régional wallon du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et le décret de la Communauté française du 12 décembre 2008, ayant le même intitulé. Le refus de mettre en

⁸⁷² Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Journal officiel des Communautés européennes, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0078>, [Consulté le 28 juillet 2022].

⁸⁷³ *Ibid.*, page 10, « Cette directive impose notamment, en son article 5, de prévoir des aménagements raisonnables afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées. Cette obligation signifie, suivant ce même article, que « l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée ».

place des aménagements raisonnables alors qu'ils ne créent pas de charges disproportionnées, constitue un acte discriminatoire.

487. Au travers de ces différents exemples, on peut constater que les actions de l'UNIA commencent toujours par des tentatives de conciliation. Pour autant, ces différentes démarches si elles n'aboutissent pas peut amener l'UNIA à accompagner des actions judiciaires. Le juge ordonnera alors que la situation des droits soit rétablie et qualifiera les manquements à l'aune des discriminations qui ouvriront la voie à des réparations de préjudices. Même si la CIDPH n'est pas directement mise en avant dans le cadre des procédures, on peut noter que le thème de la discrimination sous-tend chacune des démarches. La philosophie de la Convention est donc présente derrière chaque demande.

B. Les actions du Défenseur des droits en soutien des droits conventionnels

488. En février 2021, le Défenseur des droits a lancé une plateforme de lutte contre les discriminations⁸⁷⁴. Sur la page d'accueil, il est rappelé les conditions de qualification de la discrimination⁸⁷⁵ ainsi que le maillage territorial, mis en place pour accompagner les personnes victimes. 550 Délégués du Défenseur des droits guident gratuitement les citoyens dans leurs démarches, pour faire reconnaître leurs droits. A l'instar de la Belgique, l'action du Défenseur des droits privilégie la négociation afin que la situation discriminante cesse, sans avoir à actionner une action judiciaire. Dans un but de formation au travers de quelques questions, la plateforme expose des faits susceptibles d'être appréhendés par le droit⁸⁷⁶. Cette présentation

⁸⁷⁴ La plateforme de lutte contre les discriminations est accessible à l'adresse suivante, [En ligne], Disponible à l'adresse : [Plateforme AntiDiscriminations.fr - Agir contre les discriminations \(https://www.antidiscriminations.fr\)](https://www.antidiscriminations.fr), [Consulté le 28 juillet 2022].

⁸⁷⁵ La plateforme rappelle les conditions nécessaires pour qu'une discrimination soit retenue. Il faut constater l'existence d'un traitement moins favorable envers une personne ou un groupe de personnes, en raison de critères définis par la Loi (handicap, sexe, religion, etc...) dans un domaine prévu par la Loi (Emploi, Accès au logement).

⁸⁷⁶ Le Défenseur des droits cite le cas de Matthias, élève en CM2, qui connaît des problèmes d'accessibilité en milieu scolaire. « *Matthias, élève en CM2, est atteint d'un handicap moteur et se déplace en fauteuil roulant. Dans son école, le chemin menant à la cantine ainsi que celui de l'accueil périscolaire n'était pas adapté et la mairie refusait de l'accueillir à la fois à la cantine et à l'accueil périscolaire. La mairie a justifié son refus en attestant qu'il était impossible d'assurer la sécurité de l'enfant sur les 500 mètres de trajet entre l'école et la cantine.*

Eva, la mère de Matthias, a saisi le Défenseur des droits qui a immédiatement contacté la municipalité. Il lui a indiqué qu'il incombait à la mairie de mettre en œuvre les aménagements raisonnables

s'inscrit dans la continuité des indications de la Loi du 29 mars 2011⁸⁷⁷, relative au Défenseur des droits. L'article 4 liste les missions assignées au Défenseur des droits⁸⁷⁸ et pointe notamment la lutte contre les discriminations directes ou indirectes prohibées par la loi ou par un accord international régulièrement ratifié. Victimes de ces formes de comportements ou d'actes discriminants 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, les personnes physiques ou morales peuvent saisir le Défenseur des droits.

489. Le chapitre 3 de la loi décrit en détails les pouvoirs du Défenseur des droits, en insistant sur le rôle et l'objectif des recommandations. Elles sont, dans un premier temps, adressées aux parties afin de résoudre la situation qui les oppose. Si aucune réponse significative n'intervient suite aux recommandations, le Défenseur des droits peut adresser des injonctions ou saisir le juge des référés d'une demande motivée, aux fins d'ordonner toute mesure que ce dernier juge utile. La publicité faite autour des difficultés rencontrées pousse souvent les parties à trouver des solutions. Lorsqu'aucune solution n'est trouvée, le Défenseur des droits peut intervenir devant toutes les juridictions, nationales et européennes, pour présenter son analyse du dossier à la demande d'une des parties ou du juge⁸⁷⁹. De sa propre initiative, le Défenseur des droits

permettant à Matthias d'accéder à la cantine et à l'accueil périscolaire et que son opposition à le faire constituait une discrimination.

À la suite de nombreux échanges et des recommandations du Défenseur des droits, la mairie s'est engagée à mettre en œuvre tous les aménagements nécessaires pour que Matthias puisse, comme tous ses camarades, manger à la cantine et d'accéder à l'accueil périscolaire ».

⁸⁷⁷ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (1) (s. d.), JORF n°0075 du 30 mars 2011, Consulté le 29 juillet 2022.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, article 4, « Le Défenseur des droits est chargé de défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public ;

De défendre et de promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ;

De lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité ;

De veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République ;

D'informer, de conseiller et d'orienter vers les autorités compétentes toute personne signalant une alerte dans les conditions fixées par la loi et de défendre les droits et libertés des lanceurs d'alerte ainsi que des personnes protégées dans le cadre d'une procédure d'alerte ».

⁸⁷⁹ Si, après enquête, le Défenseur des droits considère qu'il y a eu une discrimination volontaire qui relève du code pénal, il peut proposer une transaction pénale, qui peut prévoir notamment une amende, une indemnisation de la victime, ou encore une publication (dans les locaux professionnels, dans la presse, au Journal officiel...). La transaction pénale doit être enregistrée par le Procureur de la

peut apporter son analyse pour trancher une question de droit inédite, ou intervenir sur un sujet particulièrement sensible.

490. De nombreux exemples illustrent ces actions du Défenseur des droits qui se sont traduites par un règlement amiable. A titre d'exemple en mars 2020, un règlement amiable est intervenu dans un litige opposant un jeune handicapé à la SNCF⁸⁸⁰. Une personne, utilisant un fauteuil roulant électrique, s'est vu refuser l'accès à un train régional pour rentrer à son domicile. Le contrôleur mettait en avant qu'il n'était pas habilité pour prendre en charge un transport accompagné d'une personne handicapée. Devant ce refus, la personne a décidé de rentrer seul à son domicile distant d'une quinzaine de kilomètres, en roulant sur la chaussée avec son fauteuil roulant électrique. Les capacités des batteries de son fauteuil ne lui ont pas permis d'atteindre son domicile, ce qui a nécessité l'intervention d'un dépanneur. En dédommagement du préjudice subi, la SNCF a accordé 50 euros en bons voyage. Saisi du litige, le Défenseur des droits a souligné que la gare n'était pas dotée d'équipements pour les personnes à mobilité réduite (PMR) et « *a conclu qu'il y avait eu un manquement à l'obligation d'aménagement raisonnable prévue par la Convention internationale des droits des personnes handicapées (CIDPH) et sollicité l'indemnisation de M. N. pour le préjudice subi, y compris les frais de rapatriement de son fauteuil roulant électrique* ». L'intervention du Défenseur des droits a permis un remboursement des frais engagés et a été invité à participer à une réunion relative à l'accessibilité ferroviaire, avec les services du conseil régional. Par ailleurs, la SNCF s'est excusée de ce comportement qui stigmatise une personne handicapée.

491. Lorsque la situation ne trouve pas de solution négociée et que les recommandations ne sont pas suivies, le Défenseur des droits peut intervenir dans la procédure judiciaire engagée, afin de faire connaître son action préalable dans le dossier et l'analyse juridique de la situation. Cette intervention n'est pas neutre dans la procédure, dans la mesure où elle permet l'exposition des actions entreprises pour éviter le recours à la justice. D'autre part, l'exposé juridique du dossier apporte un éclairage utile à la compréhension de la situation soumise au tribunal. Par une décision du 29 septembre 2021⁸⁸¹, la Défenseure des droits décidait de présenter ses

République. Si la personne mise en cause refuse la transaction, le Défenseur des droits peut déclencher une poursuite pénale au tribunal contre cette personne, il fait dans ce cas une citation directe.

⁸⁸⁰ Règlement amiable RA-2020-012 du 3 mars 2020 relatif au défaut d'accompagnement d'une personne en situation de handicap dans un train régional.

⁸⁸¹ Défenseure des droits, Décision n° 211.257 du 29 septembre 2021.

observations devant le conseil de prud'hommes à propos d'une personne qui estime avoir subi des faits de discrimination, au sein d'une société en raison de son état de santé et de son handicap. Il est intéressant de noter les textes qui sont mis en avant par la décision de la Défenseure des droits pour justifier son intervention. Il s'agit de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁸⁸² et de la loi du 27 mai 2008 n° 2008-496, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations⁸⁸³. On constate un lien entre la Convention et le droit communautaire, transposé par la loi dans le droit national qui fournit une base juridique solide pour engager une procédure judiciaire. La Défenseure des droits rappelle que l'employeur doit répondre favorablement aux demandes du médecin du travail visant à aménager le poste de travail⁸⁸⁴ et conclut que les faits reprochés à la salariée ne sont ni sanctionnés, ni justifiés.

492. La défenseure des droits peut être invitée, par des associations, à se prononcer sur des situations qui questionnent le droit des personnes handicapées et son respect par les pouvoirs publics. En 2021 elle fût invitée par la Présidente du Comité européen des droits sociaux, en application de l'article 32A du Règlement du Comité, à présenter des observations dans le cadre de la réclamation (n° 168/2018)⁸⁸⁵. Cette réclamation collective est portée par le *Forum européen des personnes handicapées et Inclusion Europe* contre la France et met en avant, l'absence d'effectivité du droit des personnes handicapées à une vie autonome et les conséquences subséquentes sur les familles. Cette réclamation collective devant le Conseil de

⁸⁸² Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (s. d.). Consulté le 30 juillet 2022.

⁸⁸³ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (1), 2008-496 § (2008).

⁸⁸⁴ Défenseure des Droits, Décision n° 211.257 du 29 septembre 2021, point 45, « *La Défenseur des droits rappelle régulièrement, en vertu de ces dispositions, que le non-respect des préconisations du médecin du travail par l'employeur et l'absence d'aménagement du poste de travail du salarié concerné constituent des faits de discrimination à raison de l'état de santé ou du handicap du salarié concerné* ». Décision Défenseur des droits MLD-2014-114, suivie d'un jugement du CPH BESANÇON, 20 janvier 2015, n° F13/00341 ; Décision du Défenseur des droits MLD-2012-68, suivie d'un arrêt CA AGEN, 13 janvier 2015, n° 14/00819. 10 C.cass. Soc.

⁸⁸⁵ Droits sociaux. « N° 168/2018 Forum européen des personnes handicapées et Inclusion Europe c. France », [En ligne], Disponible à l'adresse :

https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/pending-complaints/-/asset_publisher/lf8ufoBY2Thr/content/no-168-2018-european-disability-forum-and-inclusion-europe-v-france, [Consulté le 30 juillet 2022].

l'Europe a pour objectif de faire condamner l'État français, pour violation des droits fondamentaux des personnes handicapées.

493. Le dossier de presse rédigé par les associations⁸⁸⁶ explique les raisons de la démarche et les attentes vis-à-vis des pouvoirs publics. La réclamation collective est justifiée par le fait que l'État français ne respecte pas les droits fondamentaux protégés par la Charte sociale européenne. Le dossier précise que « *la procédure vise à améliorer la mise en œuvre effective des droits garantis par la Charte sociale européenne. Traité international élaboré dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Charte sociale européenne garantit les droits fondamentaux sociaux et économiques des citoyens européens et impose des obligations juridiques européennes à la France* »⁸⁸⁷. Dans le cas où il est constaté que la situation de la France est en violation des engagements pris dans le domaine du droit des personnes, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe adoptera une recommandation à son attention. Par la suite, un suivi sera assuré par la France qui devra donner des informations sur les mesures qu'elle a prises pour donner suite à la décision du Comité européen des Droits sociaux. Cette démarche n'est pas nouvelle de la part du Comité, celui-ci ayant réussi à plusieurs reprises à condamner la France⁸⁸⁸. La réclamation collective pointe des difficultés concernant l'absence d'accès aux services sociaux, aux soins, au logement et aux aides indispensables à l'autonomie. Le manquement au devoir de protection envers les familles et les difficultés de conciliation entre vie privée et vie professionnelle, sont également mis en avant.

⁸⁸⁶ La réclamation collective est portée par le Forum européen des personnes handicapées, Inclusion Europe, APF France Handicap, UNAFAM, UNAPEI, FNATH, CLAPEAHA.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, page 5.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, page 5, « *Le Comité européen des droits sociaux a déjà condamné la France dans le domaine des droits des personnes autistes, du droit au logement, des châtiments corporels contre les enfants. Les décisions du Comité des droits sociaux incitent fortement la France à réviser ou accélérer ses politiques. Les décisions de 2003 et 2013 à l'encontre de la France concernant la situation des enfants et des adultes autistes ont ainsi directement débouché sur les différents plans Autisme mis en œuvre en France depuis 2005. La saisine du Comité début 2006 par ATD Quart-Monde concernant le droit au logement en France a été suivie par l'adoption, le 5 mars 2007, de la loi DALO sur le droit au logement opposable. Le 7 mars 2018, une proposition de loi relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires a été déposée, avec le soutien de la Ministre de la Solidarité et de la Santé. Cette initiative fait suite à la condamnation de la France par le Comité en 2014* ».

494. En introduction de ses observations auprès du Comité européen des droits sociaux⁸⁸⁹, la Défenseure des droits insiste sur la place occupée par le thème du handicap dans l'activité annuelle de l'institution⁸⁹⁰. Elle souhaite apporter un éclairage sur le respect par la France de Charte sociale européenne⁸⁹¹ à la lumière des constats mis en exergue dans son rapport d'application de la Convention en 2020. Sans entrer dans le détail, force est de constater que les observations dressent un tableau exhaustif des manques de la France. L'approche de la Défenseure des droits rompt avec une vision en silos des textes internationaux ratifiés. En faisant un lien entre la Charte et la Convention, le texte nous invite à considérer les droits humains quel que soit le support utilisé. La lecture proposée pour la Charte est identique à celle qui a prévalu pour la rédaction du rapport, destiné au Comité des droits de l'ONU. L'approche médicale du handicap est dénoncée, au même titre que les inégalités dans l'accès aux droits.

495. Un long passage est consacré à l'autonomie de vie et à l'inclusion dans la société, pour signifier que l'accessibilité est un préalable à l'exercice des droits et qu'il y a encore des « réticences persistantes des pouvoirs publics à appréhender l'accessibilité comme une condition préalable essentielle à la jouissance effective des droits fondamentaux par les personnes handicapées... Plus encore, une vigilance constante s'impose afin de préserver les acquis et contrer les tentatives de réduction des exigences en matière d'accessibilité, en contradiction avec les principes et les droits à l'autonomie, à l'inclusion et à une pleine participation des personnes handicapées à la société, prônés par la Charte ». Et la Défenseure des droits de noter la timide volonté des pouvoirs publics, pour contrôler le respect des agendas d'accessibilité programmée (Ad 'AP), « En 2019, dans une affaire mettant en cause le défaut d'accessibilité d'une école primaire, le Défenseur des droits a pu constater que la commune concernée, qui n'avait pas respecté ses obligations en matière de dépôt d'Ad 'AP, n'avait fait l'objet d'aucun contrôle, ni a fortiori d'aucune sanction par les services de la préfecture »⁸⁹². La situation sanitaire a généré des retards dans l'examen des réclamations. Au mois d'août 2022,

⁸⁸⁹ Défenseur des Droits, Décision n°2021-078, 26 mars 2021, Observations de la Défenseure des droits auprès du Comité européen des droits sociaux dans le cadre de la réclamation n° 168/2018 Forum européen des personnes handicapées (EDF) et Inclusion Europe c. France.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, page 2, « La défense des droits des personnes handicapées occupe une place importante dans l'activité de l'institution. En 2020, le handicap était, pour la quatrième année consécutive, le premier motif de saisine du Défenseur des droits en matière de discrimination (21,2 %, soit 1 102 réclamations). Depuis sa création, il a adopté près de 400 décisions relatives au handicap ».

⁸⁹¹ La Charte sociale européenne révisée a été ratifiée par la France en 1999. « 168007cf94.pdf », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://rm.coe.int/168007cf94>, [Consulté le 30 juillet 2022].

⁸⁹² Décision Défenseur Des Droits n° 2019-102 du 22 mai 2019.

la commission des Droits de l'UNAPEI relevait qu'aucune décision n'était prise par le Conseil de l'Europe.

C. L'examen des communications par le Comité de l'Organisation des Nations Unies, la création de « *soft law* »

496. La littérature spécialisée ne cesse de le répéter, la Convention relative aux droits des personnes handicapées est une convention « globale et intégrée » qui ne crée pas de droits supplémentaires pour les citoyens. Si elle ne crée pas de droits nouveaux, elle rappelle néanmoins qu'un certain nombre de droits sont garantis aux personnes handicapées au même titre que pour l'ensemble des citoyens. La Convention a donc prévu un mécanisme de contrôle, assuré par le Comité des droits des personnes handicapées (« le Comité ») qui veille au respect de son application. Les Nations Unies ont donc proposé deux textes séparés à la signature des États, la Convention et un protocole facultatif se rapportant à la convention relative aux droits des personnes handicapées (« le Protocole »). Bien qu'il s'agit de deux textes, il apparaît normal que les États les adoptent concomitamment, l'ensemble attestant de la volonté de reconnaître les droits des personnes handicapées et de les faire respecter. Le 30 mars 2007, les Nations Unies ouvraient la Convention et le Protocole à la signature des États. Le même jour, la France et la Belgique signaient la Convention. Pour finaliser le processus, le 2 juillet 2009 la Belgique ratifiait la Convention et le Protocole, la même procédure a été menée par la France le 19 février 2010⁸⁹³. Trente jours après leur ratification, la Convention et le Protocole entraient en vigueur dans les deux pays. Il est important de noter que par une décision du 26 novembre 2009⁸⁹⁴, l'Union Européenne a également approuvé la Convention⁸⁹⁵ devenant ainsi la première organisation interétatique, à adhérer à un traité relatif aux droits de l'homme. La Convention est entrée en vigueur dans l'Union le 22 janvier 2011.

⁸⁹³ La ratification de la Convention est évoquée dans l'article 11 de la Convention, « *Le présent Protocole est soumis à la ratification des États qui l'ont signé et ont ratifié la Convention ou y ont adhéré. Il doit être confirmé formellement par les organisations d'intégration régionale qui l'ont signé et qui ont confirmé formellement la Convention ou y ont adhéré. Il sera ouvert à l'adhésion de tout État ou de toute organisation d'intégration régionale qui a ratifié ou confirmé formellement la Convention ou qui y a adhéré mais qui n'a pas signé le Protocole* ».

⁸⁹⁴Décision n°2010/48/CE du 26 novembre 2009. « Décision du Conseil du 26 novembre 2009 concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », s. d., 27.

⁸⁹⁵ Le Protocole facultatif n'a pas été approuvé par l'Union Européenne.

497. Autour de dix-huit articles, le Protocole décrit les droits reconnus au Comité pour recevoir les communications des individus, également appelées « plaintes émanant de particuliers » ou des groupes d'individus, lorsqu'ils estiment que leurs droits sont ignorés⁸⁹⁶. Pour être recevable, une communication doit respecter certains critères et notamment, le fait que tous les recours internes au pays soient épuisés. Seuls des délais de réponse trop longs ou la forte probabilité de ne pas obtenir de réparation, permettent le dépôt d'une communication alors que toutes les voies de recours internes ne sont pas encore éteintes⁸⁹⁷. L'État dispose d'un délai de six mois pour répondre au Comité sur les mesures qu'il entend prendre pour faire cesser la situation discriminante. Pour une personne handicapée qui s'estime victime de discrimination, ces délais peuvent apparaître difficiles à accepter, d'autant plus qu'il s'agit souvent de situations qui peuvent créer des dommages importants. L'article 4 du Protocole donne la possibilité au Comité de demander à l'État de prendre des mesures conservatoires, pour éviter que survienne un « *dommage irréparable* »⁸⁹⁸. Dans l'absolu, ces demandes pourraient être comparées aux procédures de référé⁸⁹⁹ en droit français. Dans les deux cas, il

⁸⁹⁶ *Ibid.*, article 1, « Alinéa 1- Tout État Partie au présent Protocole (« État Partie ») reconnaît que le Comité des droits des personnes handicapées (« le Comité ») a compétence pour recevoir et examiner les communications présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d'une violation par cet État Partie des dispositions de la Convention. Alinéa 2 - Le Comité ne reçoit aucune communication intéressant un État Partie à la Convention qui n'est pas partie au présent Protocole ».

⁸⁹⁷ *Ibid.*, article 2, « Le Comité déclare irrecevable toute communication : a) Qui est anonyme ; b) Qui constitue un abus du droit de présenter de telles communications ou est incompatible avec les dispositions de la Convention ; c) Ayant trait à une question qu'il a déjà examinée ou qui a déjà été examinée ou est en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement ; d) Concernant laquelle tous les recours internes disponibles n'ont pas été épuisés, à moins que la procédure de recours n'excède des délais raisonnables ou qu'il soit improbable que le requérant obtienne réparation par ce moyen ; e) Qui est manifestement mal fondée ou insuffisamment motivée ; f) Qui porte sur des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur du présent Protocole à l'égard de l'État Partie intéressé, à moins que ces faits ne persistent après cette date ».

⁸⁹⁸ *Ibid.*, article 4, « Après réception d'une communication et avant de prendre une décision sur le fond, le Comité peut à tout moment soumettre à l'urgence attention de l'État Partie intéressé une demande tendant à ce qu'il prenne les mesures conservatoires nécessaires pour éviter qu'un dommage irréparable ne soit causé aux victimes de la violation présumée. Le Comité ne préjuge pas de sa décision sur la recevabilité ou le fond de la communication du simple fait qu'il exerce la faculté que lui donne le paragraphe 1 du présent article ».

⁸⁹⁹ Le référé est une procédure d'urgence qui permet de demander rapidement au juge de prononcer des mesures provisoires afin de préserver les droits du demandeur. Les décisions rendues en référé sont des « ordonnances ». Les ordonnances n'ont pas autorité de la chose jugée, elles ne traitent pas le fond du litige. C'est l'article 484 du code de procédure civile qui donne la définition de l'ordonnance de référé :

« L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires ».

s'agit de faire cesser une situation non conforme aux droits pour qu'elle ne crée pas de dommage, alors que le litige n'est pas traité au fond. Il s'agit ici du seul point de convergence de la procédure du Comité par rapport au droit national, car les demandes du Comité n'ont aucune force juridique contraignante. Seule la publicité faite autour de l'affaire, tant au niveau national qu'international, peut avoir un poids suffisant pour faire évoluer la situation. De la même manière, on constate l'importance de la communication réalisée autour des recommandations afin que les pouvoirs publics se mobilisent. Ces actions mettent la lumière sur des délais d'examen de situations que les citoyens souhaiteraient réduire.

498. Après enquête, le Comité peut émettre des recommandations afin que l'État prenne toutes les mesures appropriées et peut publier des observations⁹⁰⁰, dans le but plus général d'éclairer les États quant au sens à donner aux dispositions de la Convention. Les outils conventionnels permettent donc au citoyen de saisir le Comité, sous certaines conditions, lorsqu'il considère que les droits issus de la Convention ne sont pas respectés. L'examen du Protocole et son évocation permettent de se forger une opinion sur l'effectivité du texte. La mobilisation du Protocole n'est envisageable qu'à la condition que les voies de recours internes soient épuisées. Cette règle éloigne la Convention des citoyens dans la mesure où elle repousse son application dans le temps. Entre la constatation de la violation d'une règle de droit et l'examen d'une communication devant le Comité plusieurs mois voire plusieurs années, vont s'écouler pour le particulier. Le temps long viendra alors se rajouter à la distance physique de l'ONU, pour convaincre le justiciable que cette démarche n'est pas la plus efficiente pour faire cesser les situations discriminantes.

499. La question de l'impact juridique des observations du Comité se pose lorsque l'on décide de mener une procédure face à un État. Le citoyen français s'interroge sur cet impact lorsqu'on constate que la France a publié son rapport d'application de la Convention, sans que

⁹⁰⁰ Plusieurs observations ont été émises par le Comité depuis 2014. On peut citer par exemple : l'Observation générale n°1 concernant l'article 12 relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité (11 avril 2014). L'Observation générale n°2 concernant l'article 9 relatif à l'accessibilité (11 avril 2014). L'Observation générale n°3 concernant l'article 6 concernant les femmes handicapées (26 août 2016). L'Observation générale n°4 concernant l'article 24 concernant le Droit à une éducation inclusive (26 août 2016). L'Observation générale n°5 relatif à l'article 19 concernant le Droit à une vie autonome (31 août 2017). L'Observation générale n°6 relatif à l'article 5 concernant l'égalité et la non-discrimination. L'Observation générale n°7 relatif à l'article 4.3 et 33.3 concernant la participation des personnes handicapées, y compris des enfants handicapés, par l'intermédiaire de leurs organisations représentatives, à la mise en œuvre et au suivi de la Convention.

ce retard n'entraîne de sanction. Par ailleurs, le fait pour le Comité de reporter la publication du deuxième rapport en 2028, donne une image assez négative du travail du Comité et du poids qu'il accorde lui-même aux rapports qui lui sont rendus. Dès lors, on ne s'étonne pas des difficultés rencontrées pour que les dispositions de la Convention imprègnent la société. Par ailleurs, le Comité, en charge de vérifier sa bonne application, n'a aucun pouvoir contraignant. La jurisprudence française a fourni une analyse exhaustive de l'impact des actions du Comité en 2019, lors d'une affaire familiale qui devait arbitrer entre la vie et la mort d'un membre de la famille⁹⁰¹.

500. « L'affaire Lambert » a alimenté l'actualité pendant plusieurs années, la femme de Vincent Lambert et ses parents étant en désaccord quant à la suite à donner à l'accident de la route de Vincent. Dans les faits, Vincent Lambert était hospitalisé au centre hospitalier universitaire de Reims où, en raison de son état de tétraplégie et de complète dépendance, il était alimenté et hydraté de façon artificielle. Son état étant qualifié de végétatif chronique, s'en était suivi un affrontement entre le corps médical et ses parents quant à la poursuite des soins, son médecin ayant décidé de mettre fin à son alimentation et à son hydratation artificielle. Dans le cadre de notre développement, nous ne nous attacherons pas aux multiples développements judiciaires qui ont amenés les parties devant le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne en 2014, devant le Conseil d'État⁹⁰² la même année et devant la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁰³ l'année suivante. Face à des refus répétés de poursuivre l'alimentation de leur fils, les parents ont saisi le Comité afin qu'il demande à l'État français de prendre les mesures nécessaires, pour veiller à ce que l'alimentation et l'hydratation ne soient pas suspendues. Le 3 mai 2019, le Comité demande à l'État français de faire le nécessaire, afin que l'alimentation et l'hydratation entérales du patient soient maintenues pendant l'examen de la requête. Par une réponse datée du 7 mai 2019, le gouvernement informe le Comité de son refus de mettre en œuvre la mesure provisoire demandée, au motif qu'une nouvelle suspension de la décision d'arrêter les traitements priverait d'effectivité le droit du patient à ne pas subir d'obstination déraisonnable, consacré à l'article L. 1110-5-1 du Code de la santé publique. La reprise du protocole visant à supprimer toute aide artificielle au maintien de la vie a été contestée devant

⁹⁰¹ L'affaire Lambert s'est nouée le 29 septembre 2008 lorsque Vincent Lambert a été victime d'un accident de la route qui lui a causé un grave traumatisme crânien.

⁹⁰² CE, ord. 24 juin 2014, n° 375081. CE, ord. 24 avr. 2019, n° 428117, dans le cadre d'une procédure de référé-liberté.

⁹⁰³ CEDH, gde ch., 5 juin 2015, *Lambert c/ France*, D. 2015. 1212, n° 46043/14.

le tribunal de grande instance de Paris, puis devant la Cour d'appel⁹⁰⁴ qui a fait droit à la demande des parents⁹⁰⁵. Un arrêt de la Cour de cassation en date du 28 juin 2019⁹⁰⁶ est intervenu, mettant un terme à cette longue procédure judiciaire de plus de dix ans.

501. Pour la Cour de cassation, le fait de ne pas donner suite à la demande du Comité n'est pas constitutive d'une voie de fait⁹⁰⁷. Par ailleurs, cet arrêt a répondu à la question de la force contraignante des demandes du Comité. Dans son avis rendu en vue de l'Assemblée plénière du 24 juin 2019, Monsieur le Procureur général près la Cour de cassation, François MOLINS, relève les contradictions de la Cour d'appel de Paris qui considère que la demande de suspension du Comité est obligatoire et contraignante⁹⁰⁸. La position du Procureur est

⁹⁰⁴ CA Paris 20 mai 2019, n° 19/08858, JCP G 2019, n° 21, p. 1011, obs. F. Vialla.

⁹⁰⁵ Selon la Cour d'appel, en effet, « en ratifiant le protocole facultatif, l'Etat français a reconnu que le Comité des droits des personnes handicapées a compétence pour recevoir et examiner les communications présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de la juridiction, qui prétendent être victimes d'une violation par cet Etat Partie des dispositions de la Convention. L'Etat français est donc partie à la communication dont les consorts Lambert ont saisi le CIDPH susceptible de donner lieu à une décision sur le fond, et pour laquelle le comité a demandé à l'Etat français de suspendre sa décision de mettre un terme à l'alimentation et à l'hydratation entérales de Vincent Lambert. Indépendamment du caractère obligatoire ou contraignant de la mesure de suspension demandée par le Comité, l'Etat français s'est engagé à respecter ce pacte international. Il en résulte qu'en l'espèce, en se dispensant d'exécuter les mesures provisoires demandées par le Comité, l'Etat français a pris une décision insusceptible de se rattacher à ses prérogatives puisqu'elle porte atteinte à l'exercice d'un droit dont la privation a des conséquences irréversibles en ce qu'elle attrait au droit à la vie, consacré par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme qui constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme, et donc dans celle des libertés individuelles. En l'état de cette violation d'une liberté individuelle, le juge des référés a le pouvoir de contraindre l'Etat français à exécuter les mesures provisoires préconisées par le Comité le 3 mai 2019 ».

⁹⁰⁶ C.cass. Ass. Pl., 28 juin 2019, 19-17.330 19-17.342, Publié au bulletin, Publié au bulletin (Cour de cassation 2019).

⁹⁰⁷ Ibid. : « Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que, le droit à la vie n'entrant pas dans le champ de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, la décision, prise par l'Etat, de ne pas déférer à la demande de mesures provisoires formulée par le CDPH ne portait pas atteinte à la liberté individuelle, d'autre part, qu'en l'état notamment des décisions rendues en dernier lieu par le juge des référés du Conseil d'Etat le 24 avril 2019 et par la Cour européenne des droits de l'homme le 30 avril 2019, cette décision n'était pas manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir lui appartenant, de sorte que les conditions de la voie de fait n'étaient pas réunies, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

⁹⁰⁸ Avis de Monsieur le Procureur général François MOLINS, Assemblée Plénière du 24 juin 2019 : « Indépendamment du caractère obligatoire ou contraignant de la mesure de suspension demandée par le Comité, l'Etat français s'est engagé à respecter ce pacte international. Il en résulte qu'en l'espèce, en se dispensant d'exécuter les mesures provisoires demandées par le Comité, l'Etat français a pris une décision insusceptible de se rattacher à ses prérogatives puisqu'elle porte atteinte à l'exercice d'un droit dont la privation a des conséquences irréversibles en ce qu'elle a trait au droit à la vie, consacré par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui constitue un attribut inaliénable de

radicalement opposée, « *Contrairement à ce que la cour d'appel en a déduit, on ne saurait tirer pour autant de l'existence de cet engagement international souscrit par la France le caractère contraignant des décisions du Comité* »⁹⁰⁹. Il rappelle le rapport parlementaire fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi n°1777, autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées⁹¹⁰ qui précise dès la page 7, qu'il ne « *s'agit nullement de leur (les personnes handicapées) accorder des privilèges ou des droits supplémentaires, mais de veiller à ce qu'elles disposent réellement des mêmes droits que leurs concitoyens* ». Le rapport parlementaire rappelle que le Comité s'inscrit dans la lignée des conventions onusiennes concernant les Droits de l'homme (au nombre de 9 au total y compris la Convention relative aux droits des personnes handicapées⁹¹¹ et reconnaît que « *la convention relative aux droits des personnes handicapées est rédigée de telle sorte qu'il est probable que les juges ne considéreront qu'un petit nombre de ses stipulations comme auto-exécutives. En effet, la quasi-totalité de ses stipulations commencent par des formules comme « les Etats parties prennent les mesures appropriées pour... », « Les Etats parties veillent à... » ou « Les Etats parties reconnaissent le droit... », qui sont généralement considérées comme exprimant des obligations s'imposant uniquement aux Etats et que les particuliers ne peuvent pas invoquer* ». Monsieur le Procureur général près la Cour de cassation, François MOLINS, cite

la personne humaine et forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'Homme, et donc dans celle des libertés individuelles ».

⁹⁰⁹ *Ibid.*, page 20. Le procureur reconnaît le caractère non contraignant des décisions du Comité. Il indique « *en droit international public, l'effet contraignant des conventions ne se présume pas. Seule l'analyse de la philosophie, de la création des comités conventionnels, de la volonté exprimée de l'Etat partie et des termes de cet engagement international, permet d'en donner la teneur et l'effet. Ainsi, d'une part, le Comité des droits des personnes handicapées est un comité d'experts et n'est pas une juridiction, de sorte que ni ses recommandations, ni ses demandes de mesures provisoires ne constituent des décisions juridictionnelles ayant une valeur contraignante pour les Etats, comme le rappelait M. le Procureur général Marin s'agissant du Pacte relatif aux droits civils et politiques, dans son avis établi pour l'arrêt d'Assemblée plénière du 28 octobre 2016* ».

⁹¹⁰ Rapport fait par M. Lionel LUCA au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi n°1777, autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes, 23 septembre 2009.

⁹¹¹ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 7 mars 1966, Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990, Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006, Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006.

le professeur Ludovic Hennebel⁹¹² qui décrivait le rôle des comités onusiens qui n'ont pas vocation à sanctionner ou à contraindre.

502. Par ailleurs le règlement intérieur du Comité, révisé lors de la seizième session qui s'est déroulée du 15 août au 2 septembre 2016, apporte des précisions quant à la portée qu'il donne aux communications reçues en application du Protocole facultatif. La lecture de l'article 64⁹¹³ dispose « *L'Etat partie peut avancer des arguments pour expliquer que la demande de mesures provisoires devrait être retirée. Sur la base des explications ou déclarations fournies par l'Etat partie, le Comité ou le Rapporteur spécial chargé des communications au titre du Protocole facultatif, agissant au nom du Comité, peut retirer la demande de mesures provisoires* ». Document interne, ce règlement intérieur apporte un éclairage important sur le débat concernant le poids des décisions du Comité. Force est de constater que le Comité n'a pas le pouvoir d'imposer ses décisions et la question posée par l'affaire Vincent Lambert, est significative de cette impuissance conventionnelle. L'effort d'acculturation mené par les directions d'établissement pour que tous les acteurs appréhendent correctement la Convention, doit intégrer cette dimension d'impuissance du Comité à imposer ses décisions. Seules les visites du Comité et les communiqués de presse subséquents, peuvent avoir un impact dans la société.

⁹¹² Hennebel (L.), « Les Pactes comme instruments de socialisation des Etats Parties, Le 46 système de protection des droits de l'Homme des Nations Unies », Présent et avenir, De Frouville (O.), Editions A. Pedone, 2018, « *Il peut sembler que les comités conventionnels ne cherchent pas à "rendre justice" ... Le modèle appliqué semble emprunter davantage à une logique d'accompagnement technique des Etats, d'acculturation adoptant une approche libérale. Aussi, si les Pactes visent avant tout à socialiser les Etats parties ... cette socialisation ne semble pas s'accompagner d'un projet normativiste, qui inévitablement intégrerait la coercition comme moyen de socialisation. La philosophie des comités conventionnels est autre, elle est stratégique, les Pactes sont des outils stratégiques et actifs qui visent à amender le comportement des Etats soit grâce à une argumentation persuasive soit grâce à l'acculturation. D'ailleurs aux Nations-Unies, on recommande, on dialogue, on se félicite, on fait le vœu, on regrette, mais l'on n'ordonne pas, on ne sanctionne pas et on ne contraint pas* ».

⁹¹³ Règlement intérieur, article 64 révisé, « *À tout moment après avoir reçu une communication et avant de s'être prononcé sur le fond, le Comité peut adresser à l'Etat partie intéressé une demande pressante afin qu'il prenne les mesures provisoires que le Comité juge nécessaires pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la victime ou aux victimes de la violation présumée. Lorsque le Comité ou le Rapporteur spécial chargé des communications au titre du Protocole facultatif, agissant au nom du Comité, demande que des mesures provisoires soient prises en application du présent article, il indique que cette demande ne préjuge pas de la décision qui sera prise sur le fond de la communication. L'Etat partie peut avancer des arguments pour expliquer que la demande de mesures provisoires devrait être retirée. . Sur la base des explications ou déclarations fournies par l'Etat partie, le Comité ou le Rapporteur spécial chargé des communications au titre du Protocole facultatif, agissant au nom du Comité, peut retirer la demande de mesures provisoires* ».

Ces temps de partage d'informations font prendre conscience, à la société, des progrès qu'il faut réaliser pour que les personnes handicapées puissent disposer de tous leurs droits.

503. La CIDPH oblige les États signataires à produire des rapports d'application du texte. Des visites peuvent être organisées pour vérifier concrètement l'état d'avancement du pays et mesurer les efforts à fournir. La crise sanitaire a bouleversé le calendrier des rencontres. L'examen des dates de restitution des rapports est riche d'enseignement dans la mesure où elles renseignent sur la manière dont la Convention est appréhendée par un État. Un retard dans la production du rapport laisse à penser que les pouvoirs publics accordent une importance relative aux obligations conventionnelles.

Section 2 : L'impact et les limites de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées

504. Alors qu'il avait initié un temps de rencontre pour célébrer les dix ans de la ratification de la CIDPH par la France, le Défenseur des droits a commandé la production d'un rapport sur l'effet de la CIDPH sur le droit français. Cette action partait du constat que la Convention est mal connue et mal appréhendée par les acteurs du champ du handicap. Au niveau des établissements, il suffit de lire des projets d'établissement pour se rendre compte que le droit se résume à l'évocation, le plus souvent, des dispositions législatives. L'objectif du rapport commandé par le Défenseur des droits était de savoir quels étaient les articles de la Convention qui sont d'effet direct sur le droit français. Un besoin d'acculturation était poursuivi, afin que le plus grand nombre d'acteurs mobilisent les droits issus de la CIDPH (I).

505. En Belgique, un travail semblable a été initié dès la signature de la Convention et son Protocole facultatif. A la différence de la France, les pouvoirs publics belges se sont saisis de ce nouveau paradigme pour initier une modification constitutionnelle. Après plus de dix années de discussion parlementaire, l'accord a été trouvé pour insérer un nouvel article 22^{ter} dans la Constitution. Désormais l'inclusion a quitté la sphère rhétorique pour entrer dans la sphère juridique (II). Par opposition, les parlementaires français n'ont pas cherché à modifier la Constitution pour faire avancer les droits conventionnels dans le droit positif.

506. Respecter la CIDPH revient à mettre en avant la désinstitutionnalisation qui doit mener, à terme, à la fermeture des établissements (III). L'introduction de ce vocabulaire dans le dictionnaire commun ne facilite pas la diffusion des droits au sein des établissements, les salariés comprenant que leur outil de travail est menacé. La lecture rigide de la Convention par le Comité des droits de l'ONU ne facilite pas sa diffusion au sein des établissements. Conscient de cette lecture, les pouvoirs publics hésitent à décrire la voie qu'il faut désormais suivre dans les établissements. Le simple fait d'évoquer l'inclusion devrait suffire à indiquer le chemin sans déterminer clairement la route. Force est de constater qu'il demeure des angles morts dans l'application de ces nouvelles méthodes d'accompagnement.

I. L'interrogation sur l'effet direct ou par ricochet de la Convention relative aux droits des personnes handicapées

507. Le colloque organisé à l'UNESCO en 2016 avait pour objectif de mobiliser tous les acteurs. Il s'agissait de réfléchir avec des acteurs institutionnels, des associations et des citoyens sur la manière dont était reçue la Convention dans la société en général. Cette réflexion était d'autant plus importante que le Défenseur des droits reconnaissait la faible mobilisation de la Convention par les acteurs du champ du handicap. Pour éclairer cette question, un rapport d'étude sur l'effet direct des stipulations de la Convention relative aux droits des personnes handicapées a été demandé à Monsieur Michel Blatmam, conseiller honoraire à la Cour de cassation. La jurisprudence nationale ou communautaire a déjà répondu à de nombreuses reprises à la question de l'effet direct d'une convention internationale en droit interne. D'une manière concrète, il s'agit de savoir si un texte de droit interne peut être écarté au profit d'un traité international régulièrement ratifié⁹¹⁴. Une démarche d'interrogation est menée autour de la question de l'impact de la CIDPH sur la jurisprudence de la CJUE (A), de la CEDH (B) et en droit interne français (C).

A. L'impact de la Convention relative aux droits des personnes handicapées sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'union européenne

508. Comme le souligne la décision du Conseil de l'Union européenne⁹¹⁵, la volonté de promouvoir et de protéger les droits et la dignité des personnes handicapées n'est pas nouvelle. Le Conseil, en participant à la négociation de la Convention au nom de la Commission, date de mai 2004. Le Conseil en introduction de sa décision, soulignait que les États de l'Union devaient à l'instar de l'Union européenne, ratifier la Convention « *de manière à pouvoir ensemble remplir les obligations découlant de la convention des Nations Unies et exercer les droits qu'elle leur confère dans les situations de compétence mixte, de façon cohérente* » (§ 7). Il est également fait mention, en annexe de la décision, des actes communautaires existants

⁹¹⁴ L'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* »,

« Article 55 - Constitution du 4 octobre 1958 - Légifrance », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006527541, [Consulté le 5 août 2022].

⁹¹⁵ Décision du Conseil de l'Union européenne concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, 26 novembre 2009, 2010/48/CE JOUE.

des situations handicapantes. Par contre pour le droit de l'Union, dans l'arrêt Chacon Navas⁹²⁰, le handicap devait être entendu comme étant une « *une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle. Il doit en outre être probable que cette limitation soit de longue durée* ». Les accords internationaux conclus par l'Union font partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union à compter de leur entrée en vigueur⁹²¹, « *La notion de handicap au sens de la directive 2000/78 ne devrait donc pas être en retrait par rapport à l'étendue de la protection offerte par la convention de l'ONU... . Il se pourrait donc, dans certains cas de figure, que la définition de l'arrêt Chacón Navas, précité, soit en retrait par rapport à la définition de la convention de l'ONU et qu'il y ait lieu de l'interpréter conformément au droit international.* » (§27). La Cour de justice de l'Union européenne mobilise donc la Convention pour interpréter le droit dérivé, afin que le niveau de protection de la Convention supplante celui accordé par le droit communautaire.

510. L'arrêt du 11 avril 2013 aborde également la question de savoir si la réduction du temps de travail peut également constituer un aménagement raisonnable. L'article 5 de la directive 2000/78/CE aborde la question de l'aménagement raisonnable, au travers de la thématique de l'emploi des personnes handicapées. L'employeur doit faire le nécessaire pour faciliter l'accès et le maintien dans l'emploi des personnes handicapées. Tous les aménagements réalisés doivent participer à une égalité de traitement entre les personnes, sans créer de charges disproportionnées. La transposition de cette directive ne doit pas se limiter à édicter des mesures publiques nationales d'incitation⁹²², l'obligation d'aménagement raisonnable devient une obligation pour l'employeur. Pour appréhender correctement la directive, il est intéressant de

⁹²⁰ CJCE, 11 juillet 2006, *Sonia Chacón Navas c/ Eurest Colectividades SA*, n° Affaire C-13/05

⁹²¹ Voir, en ce sens, CJCE, 10 septembre 1996, *Commission/Allemagne*, n° C-61/94, Rec. p. I-3989, point 52; CJCE, 12 janvier 2006, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, n° C-311/04, Rec. p. I-609, point 25; CJCE, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, n° C-308/06, Rec. p. I-4057, point 42; CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, n° C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-6351, point 307, CJCE, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America e.a.*, n° C-366/10, Rec. p. I-13755, point 50.

⁹²² CJUE, 4 juillet 2013, Arrêt de la Cour, *Commission européenne contre République italienne*, n° C-312/11 : « *Il s'ensuit que, contrairement aux arguments de la République italienne exposés au point 55 du présent arrêt, il ne suffit pas, pour transposer correctement et pleinement l'article 5 de la directive 2000/78, d'édicter des mesures publiques d'incitation et d'aide, mais il incombe aux États membres d'imposer à tous les employeurs l'obligation de prendre des mesures efficaces et pratiques, en fonction des besoins dans des situations concrètes, en faveur de toutes les personnes handicapées, portant sur les différents aspects de l'emploi et du travail et permettant à ces personnes d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation leur soit dispensée* ».

se rapprocher du rapport au Parlement européen rédigé par la Commission de l'emploi et des affaires sociales⁹²³. Les Etats membres de l'Union sont invités à définir la notion de handicap, en prenant en compte la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CNUDPH). Le rapport regrette le manque de reconnaissance de la notion d'aménagement raisonnable (§23)⁹²⁴. Il note que la Cour de justice de l'Union européenne a été mobilisée afin qu'elle puisse définir le concept de handicap, « *indépendamment des objectifs de Chacón Navas* »⁹²⁵ (§24) qui énonçait qu'« *En tout état de cause, la directive 2000/78 ne comporte aucune indication laissant entendre que les travailleurs sont protégés au titre de l'interdiction de discrimination fondée sur le handicap dès qu'une maladie quelconque se manifeste* ». L'arrêt HK Danmark nous invite à reconsidérer les notions de handicap et d'aménagement raisonnable, en interprétant les normes communautaires à l'aune de la Convention.

B. L'impact de la Convention relative aux droits des personnes handicapées sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

511. Devant le juge national, tout justiciable peut mobiliser la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁹²⁶. En France, il a fallu attendre le 3 mai 1974 pour que la

⁹²³ Weber, Renate. « Concernant l'application de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ("directive sur l'égalité en matière d'emploi) (2015/2116(INI)) », s. d., 42. « Weber - concernant l'application de la directive 2000/78C.pdf », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0225_FR.pdf, [Consulté le 10 août 2022].

⁹²⁴ *Ibid.*, §23, il est regrettable que « *la législation de certains États membres exige encore la preuve d'un seuil d'invalidité de 50 % et accepte uniquement des certificats médicaux officiels* ».

⁹²⁵ CJUE, 11 juillet 2006, *Sonia Chacón Navas c/ Eures Colectividades SA*, n° Affaire C-13/05 : « *En effet, bien que la notion de « handicap » au sens de la directive 2000/78 doive être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle, une assimilation pure et simple des notions de « handicap » et de « maladie » est exclue. En utilisant la notion de « handicap » à l'article 1er de ladite directive, le législateur a délibérément choisi un terme qui diffère de celui de « maladie ». En outre, l'importance accordée par le législateur communautaire aux mesures destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap démontre qu'il a envisagé des hypothèses dans lesquelles la participation à la vie professionnelle est entravée pendant une longue période. Pour que la limitation relève de la notion de « handicap », il doit donc être probable qu'elle soit de longue durée* ».

⁹²⁶ La Convention européenne des droits de l'homme signée par les Etats membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953), est également appelée Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

ratification soit effective et l'année 1981 pour que l'Etat accepte le droit de recours individuel. La reconnaissance juridique de la CEDH n'a donc pas été tout à fait automatique pour la France. Dans sa déclaration au Sénat en 1973, Michel Jobert pointait les difficultés que pouvaient rencontrer les juridictions nationales dans l'interprétation de la CEDH. Depuis sa création, il aura donc fallu patienter plus de vingt ans pour que le citoyen français puisse mobiliser la CEDH dans une procédure nationale. La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) est chargée d'appliquer la CEDH et de l'interpréter, en tenant compte des règles et principes du droit international et de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

512. La jurisprudence de la Cour EDH fournit plusieurs exemples d'arrêt, confirmant l'impact de la CIDPH sur ses décisions. En 2016, la Cour EDH était appelée à répondre à un différend entre la Turquie et une ressortissante, cette dernière alléguait une atteinte à son droit à l'instruction (article 2 du Protocole n° 1 à la CEDH) et s'estimait victime d'un traitement discriminatoire, en raison de sa cécité (article 14 de la CEDH). En l'espèce, le conservatoire de musique turque rattaché à l'université technique d'Istanbul refusait l'inscription de Madame Ceyda Evrim Cam, malgré sa réussite au concours d'entrée au conservatoire. L'administration du conservatoire, pour justifier sa position, a été jusqu'à demander une modification du certificat médical indiquant qu'il n'y avait aucune contre-indication. La Cour EDH relève cette action de l'administration, en la qualifiant d'une manière politiquement acceptable : *« Toutefois, le fait pour l'administration de l'hôpital de n'avoir pas assumé le premier rapport et de procéder à la modification demandée, sur indication contraignante de l'administration du conservatoire (...), ne peut être considéré comme une attitude correcte »*. A l'appui de son arrêt, la Cour EDH mobilise la Charte sociale européenne⁹²⁷, son article 15⁹²⁸ et la CIDPH et

⁹²⁷ Le Conseil de l'Europe assure la protection effective des droits économiques et sociaux grâce à la Charte sociale européenne, traité qui garantit les droits économiques et sociaux et complète la Convention européenne des droits de l'homme. Le Comité européen des droits sociaux supervise la mise en œuvre de la Charte par un système de rapports et une procédure de réclamations collectives.

⁹²⁸ Charte sociale européenne, article 15 : *« En vue de garantir aux personnes handicapées, quel que soit leur âge, la nature et l'origine de leur handicap, l'exercice effectif du droit à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté, les Parties s'engagent notamment à prendre les mesures nécessaires pour fournir aux personnes handicapées une orientation, une éducation et une formation professionnelle dans le cadre du droit commun chaque fois que possible ou, si tel n'est pas le cas, par le biais d'institutions spécialisées publiques ou privées »*. *« L'article ne prévoit pas seulement la possibilité pour les Parties d'adopter des mesures positives en faveur des handicapés, mais dans une large mesure les oblige à le faire »* (§64).

« ses passages pertinents en l'espèce »⁹²⁹. La Cour EDH rappelle, par ailleurs, que la Turquie a signé la CIDPH le 30 mars 2007 et l'a ratifiée le 28 septembre 2009.

513. L'interprétation de la CEDH doit « tenir compte de toute règle et de tout principe de droit international applicables aux relations entre les parties contractantes, et la Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie intégrante. Les dispositions relatives au droit à l'éducation énoncées dans les instruments telle que la Charte sociale européenne ou la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées sont donc à prendre en considération. Enfin, la Cour souligne que l'objet et le but de la Convention, instrument de protection des êtres humains, appellent à interpréter et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives » (§53). La Convention relative aux droits des personnes handicapées est donc mobilisée par la Cour EDH par un « effet ricochet », ce qui lui permet de considérer justement la notion d'aménagement raisonnable⁹³⁰ et de mentionner que « le refus d'inscription de la requérante au conservatoire reposait sur la seule circonstance qu'elle était non-voyante » (§69).

514. Cet arrêt de la Cour EDH n'est pas isolé lorsqu'on examine la jurisprudence. En 2018, la Turquie nous a offert une occasion supplémentaire de vérifier le lien existant entre la CEDH et la CIDPH⁹³¹. Le requérant Monsieur ENVER SAHIN, allègue avoir été victime d'une ingérence discriminatoire dans son droit au respect de sa vie privée et dans son droit à l'instruction (article 8 et 14 de la CEDH). A la suite d'un grave accident qui lui a entraîné une paralysie des membres inférieurs, le requérant a mis ses études entre parenthèses pendant deux ans. Afin qu'il puisse réintégrer l'université, le requérant demande que les locaux soient

⁹²⁹ La CEDH mobilise l'article 2 de la CIDPH pour définir la discrimination fondée sur le handicap et l'aménagement raisonnable, et l'article 24 relatif à l'éducation.

⁹³⁰ CEDH 2^{ème} Section, n° 51500/08 du 23 février 2016, Affaire Cam Contre Turquie, (§65), «. À cet égard, la Cour considère que l'article 14 de la Convention doit être lu à la lumière des exigences de ces textes au regard des aménagements raisonnables – entendus comme « les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induite apportée, en fonction des besoins dans une situation donnée » – que les personnes en situation de handicap sont en droit d'attendre, aux fins de se voir assurer « la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales » (article 2 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, paragraphe 38 ci-dessus). De tels aménagements raisonnables permettent de corriger des inégalités factuelles qui, ne pouvant être justifiées, constituent une discrimination ».

⁹³¹ CEDH, 30 janvier 2018, Enver Sahin contre Turquie, n° 23065/12.

aménagés. La faculté met en avant qu'elle ne peut pas revoir l'architecture globale des bâtiments et que des travaux d'aménagement « *n'était pas envisageable à court terme* » (§8). Il est intéressant de constater que les tribunaux du pays mettent en avant le coût budgétaire que représentent les travaux d'aménagement et indiquent qu'ils pourront s'effectuer, « *en fonction des possibilités budgétaires* ».

515. L'arrêt invite à se tourner vers la jurisprudence *Cam contre Turquie* (no 51500/08, §§ 34-36, 23 février 2016) pour avoir une vision exhaustive du droit applicable. La Cour EDH cite des arrêts de 2002⁹³², 2006⁹³³ et 2010⁹³⁴ en appui de sa démonstration juridique et la CIDPH. Pour mémoire, on ne trouve pas mention de la notion de handicap dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ce qui peut expliquer le recours à la CIDPH. L'article 2 de la CIDPH est convoqué pour illustrer la notion de « *discrimination fondée sur le handicap* » et « *d'aménagement raisonnable* », l'article 9 pour l'accessibilité et l'article 24 pour l'éducation. La Cour EDH rappelle l'obligation de faire appel aux principes et aux textes de droit international pour interpréter la CEDH, ce faisant elle reconnaît l'effet par ricochet de la CIDPH. « *Dans la même perspective, il faut aussi tenir compte de toute règle et de tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes. La Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante ; les dispositions relatives au droit à l'éducation énoncées dans les instruments tels que la Charte sociale européenne ou la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées sont donc à prendre en considération* » (§60).

C. L'effet direct des stipulations de la Convention relative aux droits des personnes handicapées en droit interne français

516. Avant de s'interroger sur l'effet direct des stipulations de la CIDPH en droit français il est intéressant, à plus d'un titre, de s'arrêter sur le colloque⁹³⁵ proposé par le Défenseur des

⁹³² CEDH, 14 mai 2002, *Zehnalová et Zehnal c. République tchèque* (déc.), n° 38621/97, 2002-V.

⁹³³ CEDH 11 avril 2006, *Mółka c. Pologne* (déc.), n° 56550/00, 2006-IV.

⁹³⁴ CEDH, 14 septembre 2010, *Farcaș c. Roumanie* (déc.), n° 32596/04, §§ 68-70.

⁹³⁵ Colloque organisé par le Défenseur des droits le 13 décembre 2016 à l'UNESCO, sur le thème, la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées : quels droits nouveaux ?

droits en 2016 sur ce thème⁹³⁶. Le colloque rassemblait beaucoup d'acteurs associatifs et peu d'acteurs institutionnels, qui avaient en commun la volonté de faire avancer les droits des personnes handicapées. Les représentants des associations abordaient ce temps d'échange en pointant les retards des acteurs publics, dans la mise en œuvre effective des droits. Le report d'application de l'agenda d'accessibilité était, par exemple, mis en avant pour illustrer l'écart qui existait et peut exister encore parfois, entre le discours politique polissé et la réalité du terrain vécue par les personnes handicapées. Malgré une période 10 ans accordée aux acteurs privés et publics, les associations constataient que l'accessibilité n'était toujours pas prioritaire⁹³⁷. Les échanges ont été forts entre des citoyens en fauteuil roulant qui sont montés à la tribune pour nous rappeler le délai de dix ans, depuis la loi 2005-102 du 11 février 2005 et que de nombreux lieux restaient inaccessibles pour les personnes à mobilité réduite. De l'autre côté de la tribune les acteurs publics arguaient que les textes avançaient, les mentalités aussi, tout en reconnaissant que les droits n'étaient pas tout à fait respectés. Face à ces positions souvent antinomiques, le Défenseur des droits Monsieur Jacques Toubon, mettait en valeur l'utilité du colloque qui devait rapprocher les points de vue autour d'une idée, celle de faire avancer les droits des personnes handicapées et d'un vecteur de communication, celui de la CIDPH.

517. Pour les personnes se trouvant dans la salle, plusieurs constats s'imposaient. D'une part, on pouvait noter un vrai décalage entre les textes de loi votés et leur application concrète. D'autre part, force était de constater que la plupart des acteurs présents ignoraient l'existence de la CIDPH. Contrairement aux lois nationales du début du 21^{ème} siècle, la CIDPH n'avait pas fait l'objet d'une grande publicité de la part des associations, des organismes de formation de

⁹³⁶ Symboliquement, le colloque du Défenseur des droits s'est tenu le 13 décembre 2016, soit 10 ans après que l'Assemblée générale des Nations Unies ait adopté la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH).

⁹³⁷ Le 1^{er} janvier 2015 correspondait à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Tous les établissements publics et privés recevant du public (ERP) devaient, à cette date, être accessibles. A la même date, est entrée en vigueur l'ordonnance n° 2014-1090 relative à la mise en accessibilité des établissements recevant du public, des transports publics, des bâtiments d'habitation et de la voirie pour les personnes handicapées. Elle prévoit la mise en place d'un outil, l'agenda d'accessibilité programmée (Ad'Ap), permettant de prolonger, au-delà de 2015, le délai permettant d'effectuer les travaux de mise en accessibilité des établissements recevant du public et des installations ouvertes au public en contrepartie de la mise en place d'un dispositif de suivi de l'avancement des travaux prévus. Le calendrier peut prévoir un délai d'exécution de trois, six voire neuf ans pour effectuer les travaux de mise en accessibilité.

travail social ou des pouvoirs publics. En 2016, combien d'associations avaient inscrit la CIDPH dans leur projet associatif, combien de Conseils de la vie sociale évoquaient l'impact de la CIDPH sur le quotidien de gestion d'un établissement et combien de réunions d'équipes interrogeaient les pratiques professionnelles à l'aune de la CIDPH ? Il est difficile de répondre, avec certitude, à ces questions tant les structures sont différentes et leur développement contingent. Pour autant, sans prendre beaucoup de risques, on peut imaginer qu'un nombre limité de dirigeants avaient mis la CIDPH à l'agenda de leur établissement. Ce faisant, les familles et les personnes accueillies n'ont pas réfléchi à l'impact que pouvait avoir la Convention dans les établissements. Encore aujourd'hui, l'absence de diffusion de la Convention interroge. Même si tout le monde est d'accord pour reconnaître que les personnes handicapées ont des droits identiques à l'ensemble des citoyens, force est de constater que ce débat n'a pas été porté par les pouvoirs publics.

518. Le Défenseur des droits inscrivait donc le colloque dans ce contexte, conscient qu'il n'apporterait pas de réponse concrète à l'intervenante en fauteuil roulant, mais qu'il permettrait d'informer les acteurs et d'inciter les professionnels du droit à mobiliser la CIDPH. En introduction du colloque, le Défenseur des droits posait ouvertement le constat « *qu'un grand nombre d'acteurs en charge des questions du handicap ignorent jusqu'à l'existence de la CIDPH* » et il constatait pourtant que le handicap restait la première source de recours devant son institution. Le Défenseur des droits de poursuivre son introduction en mettant en lumière le fait que la CIDPH ne crée pas de droits nouveaux mais qu'elle affirme un égal accès des personnes handicapées à tous les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels. Le Défenseur des droits a confié la mission à Monsieur Michel Blatman Conseiller honoraire à la Cour de Cassation, de rédiger un rapport sur la question de l'effet direct de la CIDPH. Il s'agissait de savoir dans quelle mesure le citoyen pouvait mobiliser la CIDPH⁹³⁸. Au travers de 378 pages et de deux tomes, le rapport dresse une liste des articles de la CIDPH, leurs correspondances en droit français ou européen et fournit des pistes réflexives pour guider le citoyen.

⁹³⁸ L'objet de la mission confiée à M. Blatman était « *de procéder à l'étude des stipulations de la CIDPH (Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées) qui pourraient avoir un effet direct en France, si elles étaient alléguées par un citoyen* » (page 8).

519. Se poser la question de l'effet de la CIDPH sur le droit français nous oblige à examiner, dans un premier temps, la réception de la Convention en droit interne. Un détour par le droit constitutionnel est obligatoire pour répondre à la question. L'article 55⁹³⁹ de la Constitution de la V^{ème} République indique que les conventions internationales ont une valeur supra législative, lorsqu'elles respectent plusieurs conditions cumulatives. Lorsqu'il évoque la passion du droit sous la V^{ème} République⁹⁴⁰, le doyen J. CARBONNIER compare cette disposition conventionnelle à une bombe à retardement qui était capable, dès le début, de faire évoluer le corpus juridique national à bas bruit. Il compare l'article 55 à un « *texte banal à première vue* » qui soumet les Etats à « *la même morale élémentaire que le droit privé fait régner entre individus contractants* »⁹⁴¹. L'article 55 s'inscrit dans la continuité des dispositions constitutionnelles de la constitution du 27 octobre 1946 qui affirmait dans son préambule que « *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international* ». Avec cet article, la constitution de la V^{ème} République a réalisé un résumé des dispositions contenues dans le titre 4 de la constitution de la quatrième République⁹⁴².

520. Une convention internationale doit être respectée, dès lors qu'elle a été ratifiée par l'Etat. C'est l'application du principe « *Pacta sunt servanda* »⁹⁴³ qui lie les parties qui ne

⁹³⁹ Constitution du 4 octobre 1958, article 55 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

⁹⁴⁰ CARBONNIER J., *Op. cit.*, p. 33 : « *Entre l'article 34 et l'article 37, la production du droit aurait pu s'organiser assez vite et assez paisiblement sur un rythme, une routine de croisière. Mais il y avait dans la constitution des forces explosives qui ne se découvrirent qu'un peu plus tard. Nous visons le double potentiel des textes symboliques et de l'article 55* ».

⁹⁴¹ *Ibid.*, page 35.

⁹⁴² Constitution du 27 octobre 1946, article 26 : « *Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification*», Article 27 : « *Les traités relatifs à l'organisation internationale, les traités de paix, de commerce, les traités qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et au droit de propriété des Français à l'étranger, ceux qui modifient les lois internes françaises, ainsi que ceux qui comportent cession, échange, adjonction de territoire, ne sont définitifs qu'après avoir été ratifiés en vertu d'une loi. Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées* », Article 28 : « *Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ayant une autorité supérieure à celle des lois internes, leurs dispositions ne peuvent être abrogées, modifiées ou suspendues qu'à la suite d'une dénonciation régulière, notifiée par voie diplomatique. Lorsqu'il s'agit d'un des traités visés à l'article 27, la dénonciation doit être autorisée par l'Assemblée nationale, exception faite pour les traités de commerce* ».

⁹⁴³ Renzo Tosi, Dictionnaire des sentences grecques et latines, préface par [Umberto Eco](#), Milan, Jérôme Millon, trad. Rebecca Lenoir, 2010. Cette locution latine signifie littéralement que les pactes doivent être respectés. Ce principe implique également que les États parties à un traité ne peuvent se

peuvent plus déroger aux obligations issues d'un accord. La condition de réciprocité de l'article 55 provient de la philosophie applicable aux traités de commerce. Le doyen J. CARBONNIER estime que les auteurs de la Constitution « *semblaient avoir pensé aux traités de commerce, d'établissement, etc., ce type de traité où un Etat accorde à l'autre des avantages tangibles à charge de réciprocité* » et de conclure que « *la France rassurait ses co-contractants, en les assurant qu'elle ne s'affranchirait pas de ses engagements en arguant de ses lois internes* ». La CIDPH a été régulièrement signée et ratifiée par l'Etat français le 19 février 2010⁹⁴⁴. Près de trois années se sont écoulées entre la signature par la France de la Convention et sa ratification⁹⁴⁵. Lors d'une question posée au Sénat, le Ministre des affaires étrangères et européennes avait donné des explications quant au retard pris pour la ratification de la Convention. Après avoir rappelé que seuls « *5 des 27 États membres ont ratifié la convention et le protocole* »⁹⁴⁶, le Ministre Monsieur Bernard Kouchner évoquait le droit interne français et les « *légères* » modifications qu'il faudra y apporter, afin de se conformer au droit international⁹⁴⁷. Lorsqu'on relit cette réponse, on peut y découvrir une partie des raisons justifiant les retards d'appropriation de la CIDPH, dans la mesure où ce texte international ne modifierait qu'à la marge le droit interne, ce dernier suffirait à exposer les droits des personnes handicapées. Sept ans après cette réponse, le Défenseur des droits a estimé que la CIDPH

prévaloir d'obstacles posés par leur ordre juridique interne pour éviter d'exécuter leurs obligations internationales. En matière de droit international, c'est l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 qui l'énonce : « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* ». Cette règle a été également reconnue par le Conseil Constitutionnel français dans son arrêt du 9 avril 1992 (Décision n°92-308 DC) à propos de l'autorisation de ratification du traité de Maastricht, (§7), « *Considérant que le quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958, proclame que la République française « se conforme aux règles du droit public international » ; qu'au nombre de celles-ci figure la règle Pacta sunt servanda qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ; que l'article 55 de la Constitution de 1958 dispose, en outre, que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

⁹⁴⁴ La France a signé la Convention relative aux droits des personnes handicapées le 30 mars 2007 et le protocole facultatif le 23 septembre 2008.

⁹⁴⁵ Décret n° 2010-356 du 1er avril 2010 portant publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées (ensemble un protocole facultatif), signée à New York le 30 mars 2007 (1) (s. d.), [Consulté le 13 août 2022].

⁹⁴⁶ Ratification de la convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, 13^{ème} législature, Question écrite n° 07385 de M. Jacky Le Menn, Réponse du Ministère des affaires étrangères et européennes publiée dans le JO Sénat du 09/07/2009 - page 1759.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, « *Le droit français, et en particulier la loi du 11 février 2005, intègre déjà la plupart des prescriptions de la convention, mais de légères modifications devront toutefois être apportées au droit national, dans la mesure où les dispositions de la convention sont un peu plus exigeantes dans certaines matières* ».

n'avait pas suffisamment irriguée la société et qu'il était nécessaire de s'interroger sur l'effet des textes internationaux en droit interne.

521. Le tome 2 du rapport porte spécifiquement sur l'effet direct et l'analyse des stipulations de la CIDPH. Avant de s'attacher à chacun des articles de la Convention, le rapport présente une définition de la notion d'effet direct, d'effet par ricochet ou de norme d'interprétation⁹⁴⁸. Le juge national administratif ou judiciaire est garant des engagements internationaux de la France. Dans une procédure, il est possible de se prévaloir d'une convention internationale de la première instance à la cassation en respectant certaines conditions. La jurisprudence du Conseil d'État⁹⁴⁹ fournit une grille d'analyse de l'effet direct qui reste d'actualité. Dans cet arrêt il était demandé au Conseil d'Etat d'annuler un décret, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, visant à modifier les conditions de résidence sur le territoire français des personnes étrangères. L'arrêt indique que pour avoir un effet direct en droit interne, il faut que le traité ne concerne pas exclusivement les États et ne nécessite pas l'intervention d'actes complémentaires. En outre, il faut que la disposition conventionnelle soit suffisamment précise

⁹⁴⁸ « 02._rapport_de_michel_blatman.pdf », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/02._rapport_de_michel_blatman.pdf, [Consulté le 7 février 2022]. A la page 205, le rapport présente la définition de l'effet direct : « Une disposition est considérée « d'effet direct » lorsque celle-ci produit directement des effets à l'égard des particuliers. Le cas échéant, cela peut permettre au juge d'écarter la disposition du droit national qui n'est pas conforme à la Convention afin de faire application de la Convention dans le litige dont il est saisi. Pour qu'une disposition conventionnelle soit reconnue d'effet direct, elle doit satisfaire certains critères : être suffisamment précise et inconditionnelle, avoir pour objet de garantir des droits au profit des particuliers et ne pas nécessiter de mesures complémentaires de l'État pour produire des effets à l'égard des particuliers. Il est parfois possible, par analogie avec d'autres traités ou accords ratifiés par la France pour lesquels l'effet direct a été reconnu ou écarté par le juge national, d'anticiper la reconnaissance de l'effet direct d'une disposition de la CIDPH. Cette analogie est possible lorsque les dispositions issues de la CIDPH et d'une autre convention sont de même nature ».

On parle d'effet par ricochet lorsque la CIDPH permet d'interpréter les droits, « Même si le juge communautaire et le juge européen ne reconnaissent pas d'effet direct à la CIDPH, ils se doivent d'interpréter autant que possible leurs droits respectifs à la lumière de la Convention. Cette interprétation ayant vocation à s'imposer au juge national, la CIDPH peut donc être amenée à produire des effets dans l'ordre juridique interne, par un effet « ricochet », dans les domaines qui relèvent du périmètre relevant du droit communautaire ou européen ».

On parle de norme d'interprétation lorsqu' « En l'absence d'effet direct, la disposition conventionnelle a, à minima, une valeur interprétative pour le juge. Ce dernier devra interpréter les normes de droit interne à la lumière de la CIDPH afin d'atteindre, dans toute la mesure du possible, le résultat voulu par la convention ».

⁹⁴⁹ CE, Assemblée, 11/04/2012, GISTI et FAPIL n°322326, Publié au recueil Lebon, Publié au recueil Lebon.

et inconditionnelle pour être invoquée devant une juridiction nationale⁹⁵⁰. Rendu en matière de droit du logement, les solutions de cet arrêt peuvent être étendues à d'autres secteurs. Une disposition précise et inconditionnelle ayant pour objet de garantir des droits aux particuliers et qui ne nécessite pas de mesures complémentaires pour produire des effets à l'égard des citoyens, tel est le cadre conceptuel permettant de savoir si la convention a un effet direct. S'il est reconnu, l'effet direct permet d'écarter une disposition nationale contraire. Si le juge est appelé à statuer à partir de l'effet direct d'une disposition conventionnelle, on peut imaginer que sa position fera jurisprudence.

522. La CIDPH n'a pas d'effet direct pour l'ensemble de ces dispositions. Le rapport indique une liste des articles susceptibles de se voir reconnaître un effet direct par un juge national. Ce sont près d'une vingtaine d'articles qui sont mis en exergue pour illustrer le propos sur l'effet direct de la CIDPH. A titre d'exemple, on peut citer l'article 12 de la CIDPH qui aborde la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Le rapport conclut à l'effet direct de cet article en rapprochant certains articles du Code civil⁹⁵¹. Pour autant, l'effet direct ne concerne pas la totalité de l'article 12 et de ses 5 alinéas, seuls le premier alinéa est concerné. Les autres alinéas de l'article peuvent être considérés comme ayant un effet direct par ricochet, en faisant appel à d'autres textes internationaux⁹⁵² et d'autres jurisprudences. Il est rappelé que la Cour EDH évoque l'article 12 de la CIDPH et considère qu'il s'agit d'un instrument juridique international pertinent⁹⁵³. Dans cet arrêt de 2010, la Cour de Strasbourg était appelée à statuer sur la situation d'un ressortissant hongrois qui indiquait qu'il avait été

⁹⁵⁰ *Ibid.*, « les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que, sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ».

⁹⁵¹ Les dispositions de l'article 12 sont rapprochées des articles n° 415 et suivants du Code civil. « Article 415 - Code civil - Légifrance », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006427566/, [Consulté le 14 août 2022].

⁹⁵² Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), article 16, « Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique ».

⁹⁵³ CEDH, 20 mai 2010, *Alajos Kiss c. Hongrie*, n° 38832/06.

exclu d'une liste électorale « *au seul motif de son placement sous curatelle* ». La Cour EDH cite l'article 12 et l'article 29⁹⁵⁴ de la CIDPH et rappelle que, malgré une marge d'appréciation large laissée à l'Etat (§61), il lui appartient de statuer en dernier ressort⁹⁵⁵. Dans le cadre de l'examen de l'affaire, la Cour EDH examine les objectifs poursuivis par l'Etat afin de savoir s'ils sont légitimes et s'ils sont proportionnés.

523. L'article 9 de la CIDPH n'a pas d'effet direct en droit français, mais le rapport ne lui reconnaît qu'une valeur interprétative nécessitant des mesures complémentaires de la part des pouvoirs publics. Un certain nombre de dispositions législatives et réglementaires sont mis en avant pour nous guider dans l'interprétation de cet article. Il est notamment fait mention du Code de la construction et de l'habitation⁹⁵⁶ pour justifier des mesures déjà prises, quant à l'accessibilité des habitats individuels et collectifs ou du code électoral⁹⁵⁷ pour garantir la participation citoyenne. Les règles européennes peuvent également être mobilisées pour interpréter la notion d'accessibilité. Le règlement communautaire du 5 juillet 2006⁹⁵⁸ concernant les voyages aériens des personnes à mobilité réduite, interdit au transporteur de

⁹⁵⁴ CIDPH, article 29 relative à la Participation à la vie politique et à la vie publique.

⁹⁵⁵ CEDH, 20 mai 2010, *Alajos Kiss c. Hongrie*, n° 38832/06, §62 : « *Cependant, il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences de l'article 3 du Protocole no 1 ; il lui faut s'assurer que les limitations ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionné* ».

⁹⁵⁶ Code de la construction et de l'habitation, article R.111-18 : « *Les bâtiments d'habitation collectifs et leurs abords doivent être construits et aménagés de façon à être accessibles aux personnes handicapées, quel que soit leur handicap. Au sens de la présente sous-section, est considéré comme un bâtiment d'habitation collectif tout bâtiment dans lequel sont superposés, même partiellement, plus de deux logements distincts. L'obligation d'accessibilité porte notamment sur les circulations communes intérieures et extérieures, une partie des places de stationnement automobile, les logements, les ascenseurs, les locaux collectifs et leurs équipements* ».

Article R.111-18-1, « *Est considéré comme accessible aux personnes handicapées tout bâtiment d'habitation collectif ou tout aménagement lié à un bâtiment permettant à un habitant ou à un visiteur handicapé, avec la plus grande autonomie possible, de circuler, d'accéder aux locaux et équipements, d'utiliser les équipements, de se repérer et de communiquer. Les conditions d'accès des personnes handicapées doivent être les mêmes que celles des autres publics ou, à défaut, présenter une qualité d'usage équivalente* ».

⁹⁵⁷ Code électoral, article L.62-2 : « *Les bureaux et les techniques de vote doivent être accessibles aux personnes handicapées, quel que soit le type de ce handicap, notamment physique, sensoriel, mental ou psychique, dans des conditions fixées par décret* ».

⁹⁵⁸ Règlement (CE) n° 1107/2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 concernant les droits des personnes handicapées et des personnes à mobilité réduite lorsqu'elles font des voyages aériens (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), 204 OJ L § (2006), [En ligne], Disponible à l'adresse : <http://data.europa.eu/eli/reg/2006/1107/oj/fra>, [Consulté le 14 août 2022].

refuser d'accompagner une personne en raison de son handicap. Le paragraphe 1 pose directement l'objet et le champ d'application du règlement, en indiquant « *Le présent règlement établit des règles relatives à la protection et à l'assistance en faveur des personnes handicapées et des personnes à mobilité réduite qui font des voyages aériens, afin de les protéger contre la discrimination et de garantir qu'elles reçoivent une assistance* ». Le rapport annuel du haut-commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme peut être également une source d'interprétation de la CIDPH⁹⁵⁹. On peut lire qu'il est indispensable de rendre l'environnement accessible, en éliminant l'ensemble des obstacles physiques (§26). L'Etat doit informer les employeurs sur l'obligation qui leur incombe de supprimer les barrières qui empêchent les personnes handicapées d'accéder à l'emploi. Il est mis en avant la notion de conception universelle qui permet de penser l'environnement globalement, sans avoir recours à des aménagements raisonnables individuels (§28).

524. Aux côtés des articles 12 et 9 de la CIDPH, l'article 19 relatif à l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société mérite une attention particulière, en raison de son actualité quotidienne. En effet, on ne peut évoquer le handicap sans établir le lien avec l'inclusion, les politiques publiques conjuguent les deux mots en oubliant de mettre la lumière sur les deux autres articles. Depuis quelques années, les relations des directions d'établissement avec les pouvoirs publics se focalisent sur l'inclusion, en bloquant toutes les réflexions sur les actions qui permettraient l'application de la CIDPH et le développement des droits. L'analyse de l'article 19 indique qu'il n'a pas d'effet direct pour les particuliers, car il nécessite des mesures complémentaires. C'est la position adoptée par le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 4 juillet 2012⁹⁶⁰, sur une question posée par la confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes, relative à une condition d'âge dans l'octroi de la prestation de compensation du handicap. Le Conseil d'Etat, pour rejeter la requête de la confédération, évoque plusieurs textes qui ne peuvent s'appliquer en l'espèce (la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général, en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose que : « *le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 21 de cette Charte ne peut être accueilli, dès lors que le décret contesté et les dispositions législatives pour l'application desquelles il est pris ne mettent pas en œuvre le droit de l'Union* »). Une approche analogue est adoptée en ce qui

⁹⁵⁹ Rapport annuel du haut-commissariat des nations-unies aux droits de l'homme (22e session, 2012).

⁹⁶⁰ CE, 1 et 6 sous-sections réunies, 4 juillet 2012, n°341553.

concerne l'effet direct de la CIDPH, car l'article 19 nécessite l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des tiers et ne peut être utilement invoqué (§8)⁹⁶¹. Le rapport pointe tout de même la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (§26 concernant l'intégration des personnes handicapées)⁹⁶², ainsi que la Charte sociale européenne (§15 concernant l'autonomie des personnes)⁹⁶³ qui peuvent avoir un effet par ricochet, quant à l'interprétation de l'article 19 de la CIDPH.

525. Au travers de ces quelques exemples, on prend conscience du travail qu'il faut encore réaliser pour que la CIDPH descende jusque dans les établissements et vienne impacter la vie et le fonctionnement des personnes accueillies. Ce rapport commandé par le Défenseur des droits nous oblige à élargir notre champ d'analyse. Désormais, les textes européens doivent être mieux considérés et les directions qu'ils indiquent doivent être explorées. Il s'agit ici d'une

⁹⁶¹ Ibid., §8, « Considérant, en sixième lieu, que l'association requérante se prévaut du paragraphe 3 de l'article 5 de la convention relative aux droits des personnes handicapées, signée à New York le 30 mars 2007, selon lequel : « Afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les Etats Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés » ; que toutefois ces stipulations, qui requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers, ne peuvent utilement être invoquées ; qu'il en est de même des stipulations de l'article 19 de la même convention, par lesquelles les Etats signataires s'engagent à prendre « des mesures efficaces et appropriées » pour faciliter l'autonomie de vie des personnes handicapées et leur inclusion dans la société ; qu'enfin, les moyens tirés de la violation des articles 27 et 29 de la même convention ne sont pas assortis de précisions suffisantes pour en apprécier le bien-fondé ».

⁹⁶² Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, JOUE 2012/C – 326/02 du 26 octobre 2012, §26 : « L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté ».

⁹⁶³ Charte sociale européenne (révisée en 1996) Série des traités européens n°163, §15 : « En vue de garantir aux personnes handicapées, quel que soit leur âge, la nature et l'origine de leur handicap, l'exercice effectif du droit à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté, les Parties s'engagent notamment :

à prendre les mesures nécessaires pour fournir aux personnes handicapées une orientation, une éducation et une formation professionnelle dans le cadre du droit commun chaque fois que possible ou, si tel n'est pas le cas, par le biais d'institutions spécialisées publiques ou privées;

à favoriser leur accès à l'emploi par toute mesure susceptible d'encourager les employeurs à embaucher et à maintenir en activité des personnes handicapées dans le milieu ordinaire de travail et à adapter les conditions de travail aux besoins de ces personnes ou, en cas d'impossibilité en raison du handicap, par l'aménagement ou la création d'emplois protégés en fonction du degré d'incapacité. Ces mesures peuvent justifier, le cas échéant, le recours à des services spécialisés de placement et d'accompagnement ;

à favoriser leur pleine intégration et participation à la vie sociale, notamment par des mesures, y compris des aides techniques, visant à surmonter des obstacles à la communication et à la mobilité et à leur permettre d'accéder aux transports, au logement, aux activités culturelles et aux loisirs ».

première leçon qui émane du rapport, « *l'ardente obligation* »⁹⁶⁴ pour les directions d'établissement d'élargir le spectre pour se rendre compte et se convaincre que tous les droits ne sont pas enfermés dans les quelques articles de la loi 2002-2, mais qu'il faut considérer la CIDPH qui a la caractéristique de ne pas créer de droits nouveaux. La formation initiale de la plupart des directeurs d'établissement ainsi que leur quotidien, n'invitent pas à se concentrer sur une convention qui ne crée pas de droits, dont les articles n'ont pas tous un effet direct et dont personne ne fait grande publicité. Malheureusement le biotope des établissements ne permet pas toujours de prendre de la hauteur, le quotidien nous guidant davantage sur l'application d'une nouvelle procédure administrative ou d'une nouvelle circulaire interministérielle, au détriment d'un temps de réflexion sur les droits des personnes que l'on accompagne. La crise sanitaire a été un exemple paroxystique de ce qui pouvait être demandé quotidiennement aux directions d'établissement. La situation nécessitait assurément que l'on acte des dispositions nouvelles, permettant de surmonter les difficultés de cette pandémie. Pour autant, on se souvient de ces notes rappelant aux directions qu'elles devaient anticiper en achetant des sacs mortuaires ou cette autre missive nous indiquant qu'en cas de décès d'une personne dans l'établissement, il était de la responsabilité de la direction de signaler que la personne était dotée d'un équipement cardiaque de façon à ce qu'il soit retiré, avant l'inhumation. On peut imaginer que cette période n'a pas laissé beaucoup de place aux directions, pour penser les droits des personnes. Malgré ces difficultés et ces injonctions administratives, les directions ne doivent pas se laisser enfermer dans des rhétoriques sans fin, sans participer à la réflexion publique.

⁹⁶⁴ MASSÉ P., « Chapitre III. L'ardente obligation ». In *Aléas et progrès*, 153-220. Perspectives économiques et juridiques. Paris: Economica, 1984, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.cairn.info/aleas-et-progres--9782717807028-p-153.htm>, [Consulté le 14 août 2022].

II. Des droits conventionnels aux droits constitutionnels en Belgique

526. L'inclusion des personnes handicapées a fait l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle par la Belgique en 2021. Un article spécifique⁹⁶⁵ de la Constitution a été dédié au droit à l'inclusion dans la société et aux aménagements raisonnables nécessaires pour les personnes handicapées. Il s'agit d'un acte politique important eu égard à la place qu'occupe la Constitution, dans l'ordre juridique interne de la plupart des pays⁹⁶⁶. Toutes les libertés inscrites dans un texte constitutionnel acquièrent une autorité juridique importante qui autorise leur mobilisation, par les tribunaux, lorsque les personnes handicapées considèrent que leurs droits ne sont pas respectés. L'actualité fournit des exemples de l'importance de cette protection constitutionnelle qui peut être accordée à une liberté considérée comme fondamentale. Aux Etats-Unis par exemple, l'été 2022 a été l'occasion pour la Cour suprême d'annuler l'arrêt *Roe v. Wade*⁹⁶⁷, qui protégeait le droit à l'avortement. Face à cette évolution juridique, un vent a traversé l'océan atlantique et poussé les groupes parlementaires français à annoncer le dépôt d'une proposition de loi visant à modifier la Constitution, afin que de telles évolutions soient impossibles dans le pays⁹⁶⁸. Quel que soit le parti politique qui défendait cette proposition, une justification juridique était toujours mise en avant, il s'agissait de protéger le droit à l'avortement en l'abritant derrière la Constitution. Sans entrer plus avant dans le débat sur le droit à l'avortement, force est donc de constater la place significative occupée par la Constitution dans la société et dans l'ordre juridique. Le temps indiquera à l'avenir si ces réactions parlementaires françaises s'inscrivent dans la durée, où s'il s'agit uniquement d'attirer la lumière des caméras sur un débat qui reprendra la mer pour retourner aux Etats-Unis à bas

⁹⁶⁵ Constitution belge, Article 22 ter, Révision du 17 mars 2021, « *Chaque personne en situation de handicap a le droit à une pleine inclusion dans la société, y compris le droit à des aménagements raisonnables. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit* ».

⁹⁶⁶ En France, les pouvoirs publics ont adopté une démarche similaire relativement au droit à l'avortement qui a fait l'objet d'une inscription dans la Constitution. Loi constitutionnelle du 8 mars 2024 relative à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, adoptée le 4 mars 2024 par le Parlement réuni en congrès.

⁹⁶⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), voir la décision sur le site <https://www.law.cornell.edu> ou le site <https://supreme.justia.com>. Consulté le 29 août 2022. La Cour conclut que la loi texane interdisant tout avortement, sauf pour sauver la vie d'une femme enceinte, ne respecte pas le 14ème amendement de la constitution.

⁹⁶⁸ « Inscription du droit à l'avortement dans la Constitution - Inscription du droit à l'avortement dans la Constitution - Plateforme des pétitions de l'Assemblée nationale », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://petitions.assemblee-nationale.fr/initiatives/823>, [Consulté le 29 août 2022].

bruit. La modification constitutionnelle belge ne suit pas la même logique et n'obéit pas au même calendrier.

527. Le Royaume de Belgique a souhaité que la réception de la CIDPH se traduise par une modification de la Constitution **(A)**. Plusieurs discussions ont été nécessaires pour que le parlement parvienne à adopter un article 22^{ter} dans la Constitution **(B)**. Il a fallu attendre dix ans pour que la Constitution soit modifiée **(C)**. Constitutionnalisées, les dispositions de l'article 22^{ter} s'analyse à l'aune du principe de *standstill* **(D)**.

A. Un long processus pour une reconnaissance constitutionnelle

528. Pour la Belgique, modifier la Constitution en insérant un article 22^{ter} relatif aux personnes handicapées, s'inscrit dans une logique analogue à celle qui a poussé le pays à ratifier la CIDPH. Il s'agissait, ni de réagir à un mouvement international de reconnaissance des droits pour les personnes handicapées, ni d'inscrire la démarche en opposition de la CIDPH. Au contraire, la démarche constitutionnelle belge s'inscrivait dans la volonté de reconnaître aux personnes handicapées les mêmes droits que pour l'ensemble des citoyens. L'inscription dans la Constitution était également la preuve qu'il ne s'agissait pas d'une simple réaction d'humeur, mais plutôt d'une volonté qui conjugait le temps long. L'examen du calendrier constitutionnel indique qu'une première proposition d'inscription a été faite lors de la législature de 2007-2010. Le Moniteur belge faisait part, le 02 mai 2007⁹⁶⁹, d'une déclaration de révision de la Constitution, « .. *En vue d'y insérer un article nouveau permettant de garantir la jouissance des droits et libertés aux personnes handicapées* ». Un travail parlementaire a suivi permettant des échanges sur les contours de cette révision, ainsi que sur son incidence. Le rapport du sénat⁹⁷⁰ fait au nom de la commission des affaires institutionnelles le 7 janvier 2010, permet de lire une synthèse des travaux. Il rappelle la volonté de créer « *des instruments juridiquement contraignants afin d'ajuster la panoplie existante des droits de l'homme aux conditions de vie*

⁹⁶⁹ Moniteur belge, 02 mai 2007, Edition 2, page 3. « Moniteur Belge - Belgisch Staatsblad », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/summary.pl>, [Consulté le 31 août 2022].

⁹⁷⁰ Sénat de Belgique, Session de 2009-2010, 7 janvier 2010, Proposition de révision de la Constitution visant à insérer, au titre II de la Constitution, un article 22^{ter} garantissant le droit des personnes handicapées de bénéficier des mesures appropriées qui leur assurent l'autonomie et une intégration culturelle, sociale et professionnelle. « *webdriver.pdf* », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.senate.be/www/webdriver?MltabObj=pdf&MlcolObj=pdf&MlnamObj=pdfid&MltypeObj=application/pdf&MlvalObj=67111632>, [Consulté le 31 août 2022].

*spécifiques des personnes handicapées*⁹⁷¹ ». Aux côtés de la CIDPH et du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne souligne dans son article 26 que « *L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté* ». L'article 21 de la Charte rappelle la lutte de l'Union contre toute les formes de discrimination, y compris celles fondées sur le handicap. Cette mention dans la Charte est d'autant plus importante que le Traité a reconnu, à ce texte, une valeur juridique identique à celle du droit primaire de l'Union⁹⁷².

529. Les travaux parlementaires reconnaissaient que les personnes handicapées jouissent, par principe, de l'ensemble des droits humains et qu'il n'est pas nécessaire que la proposition constitutionnelle rappelle ce point⁹⁷³. Une autre position mettait en valeur l'autonomie, l'intégration sociale et professionnelle ainsi que la participation à la vie en société⁹⁷⁴. Elle insistait également sur le fait que les mesures en faveur des personnes handicapées pouvaient être prises par les autorités fédérales, communautaires ou régionales (Doc. Sénat, n°4-1205/1, pp. 2-3). Ces travaux parlementaires éclairent parfaitement les différentes positions et leur justification et peuvent aider à interpréter le texte dans sa version définitive. Une question était notamment posée concernant le caractère contraignant que devait revêtir l'article 22 ter. Le

⁹⁷¹ Le rapport cite la CIDPH relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole facultatif, que la Belgique a ratifiés le 2 juillet 2009 (loi d'assentiment du 13 mai 2009, Moniteur belge du 22 juillet 2009 — Doc. parl., Sénat, nos 4-1069/1-4 et Chambre, nos 52-1752/1-2).

Il est également fait mention de l'article 10 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) qui dispose que « *Dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». Le handicap est également mentionné à l'article 19 du TFUE qui invite le Conseil à « *combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ».

⁹⁷² Traité sur l'Union Européenne, JOUE, 26 octobre 2012, article 6.1 : « *L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités* ».

⁹⁷³ Cette position était proposée par M. Monfils, « *Proposition de révision de la Constitution visant à modifier le titre II de la Constitution afin d'y insérer un article 22^{ter} nouveau permettant de garantir la jouissance des droits et libertés aux personnes handicapées (doc. Sénat, no 4-393/1)* ».

⁹⁷⁴ Cette position était mise en avant par M. Delpérée : « *Chaque personne handicapée a le droit de bénéficier, en fonction de la nature et du degré de son handicap, des mesures qui lui assurent l'autonomie et l'intégration sociale et professionnelle ainsi que la participation à la vie en société. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit* ».

Président, M. Armand De Decker s'interrogeait sur le point de savoir s'il appartenait à la Constitution d'édicter des règles contraignantes. Le débat qui suivait, mené par deux professeurs de droit constitutionnel, concluait qu'« *Une constitution ayant un caractère exclusivement déclaratoire n'a aucun sens. Il suffit de renvoyer à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen élaborée en France en 1789. Celle-ci n'a pas pu empêcher un recours massif à la guillotine peu de temps après* ». Ce constat historique prouve, une fois de plus, les liens entre la France et la Belgique et comment l'histoire des deux pays s'entrecroise. La dissolution du Parlement n'a pas permis l'adoption de cette modification constitutionnelle en 2010. Elle a été reprise lors des législatures suivantes sans plus de succès⁹⁷⁵. Dix ans de débats complémentaires et de législatures ont été nécessaires pour faire aboutir la réforme de 2021.

530. Il paraît important de noter la sémantique utilisée dans ces premières propositions de modification, qui s'approche de celle mobilisée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, la proposition de 2016 utilise la même approche que celle de l'article 26 de la Charte⁹⁷⁶. On retrouve presque les mêmes mots dans la CIDPH au travers de l'article 19, sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société. On constate toutefois une évolution dans l'utilisation du terme intégration qui s'est ensuite transformé en inclusion. Il ne s'agit pas simplement d'une figure de style, mais d'un vrai changement de paradigme. A l'aune d'une approche intégrative, la personne handicapée fait partie de la société en prenant en compte son handicap. Au contraire, l'approche inclusive aborde la personne handicapée comme étant une personne « à part entière », sans considération spécifique du handicap. La société est alors chargée de supprimer toutes les situations handicapantes. La mise en avant de l'inclusion engage l'environnement et la société dans la protection des personnes handicapées. Les situations de handicap doivent être désormais déconnectées d'une vision médicale individuelle, pour s'orienter vers une vision sociale⁹⁷⁷.

⁹⁷⁵ Lors de la législature 2010-2014, le texte a été proposé le 22 septembre 2010 (Proposition 5-139). La proposition suivante a été déposée le 12 décembre 2016 (Proposition 6-306, législature 2014-2019).

⁹⁷⁶ Proposition 6-306 de 2016 : « *Article 22 ter- Toute personne handicapée a le droit de bénéficier des mesures appropriées qui lui assurent l'autonomie et une intégration culturelle, sociale et professionnelle. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissant la protection de ce droit* ». Article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « *Intégration des personnes handicapées, L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté* ».

⁹⁷⁷ Alors que le modèle médical se focalise sur la rééducation de la personne handicapée, le modèle social est centré sur la modification de la société afin qu'elle ne crée pas de situations de handicap.

B. La démarche parlementaire préalable à la création de l'article 22^{ter} au Sénat

531. En 2021, la Belgique a voté une réforme constitutionnelle reconnaissant aux personnes handicapées une pleine inclusion dans la société, y compris le droit à des aménagements raisonnables. Contrairement à la procédure française, une réforme constitutionnelle génère de fortes répercussions pour les parlementaires. L'article 195 de la Constitution belge retrace les différentes étapes à respecter pour mener à bien les changements. Dans une première étape, les trois branches du pouvoir législatif fédéral⁹⁷⁸ rédige en tant que pré-constituant, une déclaration de révision de la Constitution. Pour autant, il faut signaler que les trois déclarations n'ont pas besoin d'être identiques pour déclencher la procédure, chacune des branches inscrivant sa propre liste d'articles qu'elle souhaite ouvrir à la révision. La Chambre et le Sénat votent à la majorité simple, la majorité des membres doivent être présents et la majorité des suffrages exprimés doivent être des votes positifs. Seules les dispositions se retrouvant dans chacune des trois déclarations, constituant donc "l'intersection", sont ouvertes à révision. Dans une deuxième étape, la publication des déclarations de révision au *Moniteur belge* entraîne automatiquement la dissolution du Parlement et l'organisation des prochaines élections, sous un délai de quarante jours. Il est important de noter l'impact de la volonté de modification constitutionnelle, qui dépasse le volet symbolique en ce sens qu'elle induit l'organisation de nouvelles élections et subséquemment, la perte du statut de parlementaire avec un retour devant les électeurs. Enfin durant la dernière étape, les nouvelles chambres sont appelées à voter les révisions à une double majorité des deux tiers, au moins deux tiers des membres doivent être présents et deux tiers des suffrages exprimés doivent être des votes positifs.

532. La révision constitutionnelle visant à insérer un article 22^{ter} reconnaissant des droits aux personnes handicapées, a été relancée au mois d'avril 2019. Le 26 avril 2019 le Sénat a adopté une déclaration de révision, le gouvernement a suivi le 17 mai et la publication au *Moniteur belge*⁹⁷⁹ s'est faite le 23 mai 2019⁹⁸⁰. La lecture rapide du texte, adoptée en séance plénière par le sénat, fait apparaître une liste importante d'articles à insérer ou à modifier, preuve que la Constitution belge est un texte vivant qui s'adapte plus ou moins rapidement aux évolutions de

⁹⁷⁸ Le pouvoir législatif fédéral belge regroupe trois branches distinctes, la Chambre des représentants, le Sénat et le Roi (le gouvernement).

⁹⁷⁹ « *Moniteur Belge - Belgisch Staatsblad* », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/summary.pl>, [Consulté le 31 août 2022].

⁹⁸⁰ La Chambre des représentants a été la première à adopter une déclaration de révision le 4 avril 2019.

la société⁹⁸¹. Un rapport sénatorial complémentaire préalable avait été déposé par Madame Sabine de Bethune⁹⁸² en 2016, pour expliquer les raisons de cette modification constitutionnelle. Il est clairement mis en avant que le nouvel article s'inscrit dans le mouvement de protection des droits des personnes handicapées, initié par la CIDPH. Le rapport évoque les droits fondamentaux et le rôle important de la Constitution pour les protéger⁹⁸³. Il s'agit de « *trouver une voie médiane entre stabilité et variabilité* » qui permet de modifier les textes, tout en conservant les acquis constitutionnels essentiels. Le rapport explique le changement d'approche du handicap qui ne doit plus aborder sous l'angle médical mais sous l'angle social, « *fondamentalement, cette approche part du principe que les personnes handicapées, en tant que citoyens à part entière, doivent bénéficier de droits égaux et de libertés égales, de manière à être aptes à prendre les décisions importantes de leur existence et à participer en toute autonomie à notre société en tant que membres actifs* ». L'auteur pointe la responsabilité des pouvoirs publics qui doivent réformer la société de manière à faire face « *à la différence ou à la diversité, ce qui génère le handicap* ».

C. La reconnaissance constitutionnelle

533. En Belgique comme en France, la reconnaissance d'un droit et son inscription dans la Constitution est toujours un acte important. Dans les deux pays, la Constitution représente le texte qui se situe au sommet de la hiérarchie des normes et qui doit être respecté par le juge et le législateur sous le contrôle du juge constitutionnel. L'inscription d'un article 22^{ter} a été réalisée le 12 mars 2021, après plusieurs demandes au cours de plusieurs législatures. Un axe fort apparaît d'emblée, la volonté constante du législateur d'inscrire de nouveaux droits pour

⁹⁸¹ L'examen du vote de l'article 22^{ter} fournit un bon exemple du temps nécessaire pour faire passer une réforme. Plus de 10 ans se sont écoulés entre la première déclaration de révision et le vote définitif. « *webdriver.pdf* », [En ligne], Disponible à l'adresse :

<https://www.senate.be/www/webdriver?MItabObj=pdf&MIcolObj=pdf&MInamObj=pdfid&MItypeObj=application/pdf&MIvalObj=100664096>, [Consulté le 1 septembre 2022].

⁹⁸² Sénat de Belgique, Session 2016-2017, 12 décembre 2016. « 6-306.pdf », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ps-senat.be/assets/Docspdf/6-306.pdf>, [Consulté le 2 septembre 2022].

⁹⁸³ Le rapport rappelle le lien existant entre les droits fondamentaux et les droits humains. Les droits humains peuvent être divisés en plusieurs catégories. « *De manière générale, on peut dire qu'au fil des siècles, différentes catégories de droits humains ont vu le jour : d'abord, les droits civils et politiques (les droits fondamentaux dits classiques ou droits fondamentaux de la première génération), puis les droits économiques, sociaux et culturels (les droits fondamentaux de la deuxième génération) et, enfin, les droits collectifs et les droits de solidarité (les droits fondamentaux de la troisième génération)* », page 2.

les personnes handicapées dans la Constitution. Il aura fallu plus de dix ans pour faire évoluer le droit constitutionnel belge et force est de constater la constance politique, dans la mesure où le projet de révision déposé au départ n'a pas beaucoup évolué jusqu'au vote définitif. L'article 22^{ter} est donc le reflet d'une véritable volonté soutenue par la société de faire changer le droit belge. Le vote du texte a immédiatement généré des commentaires divers. Certains se félicitaient de cet aboutissement constitutionnel, en qualifiant le jour du vote « *d'historique* »⁹⁸⁴. D'autres, au contraire, considéraient que le vote du texte ne constituait qu'un point de départ et que le travail de reconnaissance des droits ne faisait que commencer⁹⁸⁵. Enfin, d'autres encore pointaient l'organisation administrative de la Belgique, pour mettre en garde les acteurs sur le fait que l'organisation fédérale du pays pouvait être un frein à l'application uniforme de la réforme⁹⁸⁶. Ces réactions sont toutefois normales au regard d'une réforme attendue depuis plusieurs années. Après avoir portés cette réforme, les acteurs de la société civile souhaitent qu'elle produise ses effets dans l'instant, chaque jour supplémentaire étant considéré comme des obstacles supplémentaires à dépasser. La rapporteuse du projet, Madame Claire Hugon, rappelle que la démarche parlementaire ne constitue qu'une étape et qu'il appartiendra au futur législateur de rendre les droits effectifs⁹⁸⁷.

D. La protection des droits constitutionnels, application du principe de *standstill*

534. La révision constitutionnelle votée, la question de son application concrète et la protection des droits se pose. Nombreuses sont en effet les tentatives des pouvoirs publics visant à réduire, momentanément ou durablement, les droits sociaux ou économiques en raison d'impératifs économiques ou de tensions politiques diverses. Les droits, lorsqu'ils ne sont pas défendus, peuvent devenir rapidement des rhétoriques. L'article 22^{ter} peut constituer un bon

⁹⁸⁴ Le député Jean-Marc Delizée (PS), ancien secrétaire d'Etat au Handicap, a qualifié ce jour d'« *historique* » car « *ce n'est pas tous les jours que l'on modifie la Constitution* ». « *Cette nouvelle disposition permet de renforcer les législations existantes en matière de protection des droits des personnes en situation de handicap* », Déclaration à l'agence de presse Belga.

⁹⁸⁵ Pour Claire Hugon, rapporteuse du projet pour le groupe Ecolo-Groen, « *le travail ne s'arrête pas là, au contraire, tout commence* » et appelle maintenant « *à des droits effectifs et concrets* ».

⁹⁸⁶ Pour Josef Schovanec, « *la Belgique n'étant plus un Etat unitaire depuis fort longtemps, ces questions-là ne sont pas abordées au niveau fédéral* », redoutant que la réforme ne soit que « *symbolique* ».

⁹⁸⁷ La rapporteuse du projet, Madame Claire Hugon, indique qu'« *Il ne faut pas penser que notre travail s'arrête là. Au contraire, tout commence. Il faut maintenant mettre en œuvre des droits concrets et effectifs. Il nous appartient de nous assurer que ces engagements ne restent pas symboliques mais qu'ils trouvent une substance dans des initiatives législatives* ».

terreau autorisant un discours politique de défense des droits, sans que ces derniers ne bougent. Le thème de l'inclusion est en effet le symbole du thème que l'on peut mettre en exergue politiquement, sans être dans l'obligation de l'accompagner de sa définition exacte et de sa délimitation. On se retrouve donc en face d'un concept juridique difficile à saisir et partant, facilement malléable. Est-on, avec la réforme constitutionnelle de l'article 22^{ter}, devant une réelle affirmation de droits spécifiques pour les personnes handicapées ou se retrouve-t-on devant une déclaration de principe ? A ces questions, les réponses ne manquent pas qui applaudissent les progrès du droit des personnes handicapées ou qui considèrent qu'il ne faut rien attendre de cette inscription constitutionnelle. Votée en 2021, après plus de dix ans d'allers-retours parlementaires, la jurisprudence n'a pas encore fait son œuvre. Toutefois, il est possible d'anticiper l'impact de cette réforme constitutionnelle en analysant les droits de l'article 22^{ter}, à l'aune du principe de *standstill*.

535. Littéralement, « *standstill* » signifie « rester tranquille ». Cette traduction renseigne peu sur la signification juridique dans l'ordre juridique belge. Ni une loi belge, ni un traité international spécifique pas plus que la Constitution, ne fournissent une définition juridique de *standstill*. Il s'agit d'un principe de droit qui découle des obligations imposées à l'Etat belge en matière de droits sociaux⁹⁸⁸. L'article 23 de la Constitution belge prévoit que tout citoyen doit mener une vie conforme à la dignité humaine. L'État doit garantir à tous les citoyens l'exercice de droits économiques, sociaux et culturels. Sans intervention de sa part, les droits restent sans effet et se confondent avec des déclarations rhétoriques. Pour atteindre cet objectif de protection juridique, l'Etat ne peut agir à l'encontre de son action passée⁹⁸⁹. Afin d'illustrer ce principe d'« *effet cliquet* », on convoque souvent l'image d'une roue crantée qui ne recule qu'à condition d'avoir relevée un taquet de blocage. La traduction juridique de cette image revient à envisager une nouvelle disposition législative, qu'au regard des progrès qui peuvent être proposés aux citoyens. Cette dynamique de non-régression du droit a été reconnue par le droit français au siècle dernier. C'est en effet le 20 janvier 1984 que le Conseil constitutionnel, à l'occasion d'un contrôle de constitutionnalité, a indiqué que le législateur ne pouvait pas abroger les

⁹⁸⁸ Au niveau international, le principe de *standstill* découle également de l'article 12 de la charte sociale européenne (signée par la Belgique le 3 mai 1996 et ratifiée le 2 mars 2004) et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopté le 19 décembre 1966.

⁹⁸⁹ HACHEZ I., Le principe de *standstill* dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, Bruylant, 2008, pp. 71-72.

dispositions législatives protectrices sans les remplacer par d'autres d'effet équivalent, voire même par des dispositions renforçant ces libertés⁹⁹⁰.

536. Pour autant, le principe de *standstill*⁹⁹¹ n'interdit pas au législateur de revenir sur un texte de loi. En effet, ce principe juridique ne gèle pas les textes déjà votés, mais exige un examen éclairé de ceux que l'on s'apprête à proposer afin de s'assurer qu'ils ne réduisent pas les droits en cours. La simple lecture financière d'une situation ne peut donc justifier l'abandon de protection d'un droit. Dès lors, le législateur qui opère un recul en matière de droits sociaux doit pouvoir justifier son choix. Dans un arrêt de 2015, la Cour Constitutionnelle⁹⁹² rappelle que « *L'article 23 de la Constitution dispose que chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. A cette fin, les différents législateurs garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels et déterminent les conditions de leur exercice. Ces droits comprennent notamment le droit à l'aide sociale. L'article 23 de la Constitution ne précise pas ce qu'impliquent ces droits dont seul le principe est exprimé, chaque législateur étant chargé de les garantir conformément à l'alinéa 2 de cet article, en tenant compte des obligations correspondantes* » (§8).

537. En marge d'un arrêt de la Cour de cassation, les juges indiquent la démarche à suivre pour savoir si le principe de *standstill* est respecté⁹⁹³. Dans un premier temps, il s'agit de se

⁹⁹⁰ « Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984 | Conseil constitutionnel », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/83165DC.htm>, Consulté le 5 septembre 2022 : « *Considérant que, si l'abrogation des dispositions de la loi ancienne contraires aux dispositions de la loi nouvelle, ainsi que le maintien en vigueur de la réglementation ancienne jusqu'à son remplacement par une réglementation nouvelle n'appellent pas d'observations du point de vue de leur conformité à la Constitution, en revanche l'abrogation totale de la loi d'orientation du 12 novembre 1968 dont certaines dispositions donnaient aux enseignants des garanties conformes aux exigences constitutionnelles qui n'ont pas été remplacées dans la présente loi par des garanties équivalentes n'est pas conforme à la Constitution ; qu'ainsi l'alinéa 1er de l'article 68, d'ailleurs superfétatoire en ce qui regarde l'abrogation des dispositions anciennes contraires à la nouvelle loi et au maintien en vigueur de la réglementation ancienne jusqu'à l'entrée en vigueur de la réglementation nouvelle, n'est pas conforme à la Constitution* », §42.

⁹⁹¹ HACHEZ I., Le *standstill*, qu'est-ce que c'est ?, in *L'effet cliquet contre les reculs sociaux*, Revue Ensemble, décembre 2016, n°92, p. 8, [En ligne], Disponible à l'adresse : <http://www.asbl-csce.be/journal/Ensemble92.pdf>, [Consulté le 5 septembre 2022].

⁹⁹² « Cour Constitutionnelle - Arrêt N° 133/2015 Du 1er... - Strada Lex », 1 octobre 2015, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.stradalex.com/fr/sl_src_publ_jur_be/document/cconst_2015-133, [Consulté le 06 septembre 2022].

⁹⁹³ Voir notamment sur ce sujet Lambinet, France, Mise en œuvre du principe de *standstill* dans le droit à l'assurance chômage : quelques observations en marge de l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 mars

demander si le niveau de protection sociale dont bénéficie le citoyen a reculé de manière significative, du fait de l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation. S'il y a un recul significatif du niveau de protection, il faut s'interroger sur le point de savoir si ce recul est justifié par des motifs appropriés et nécessaires liés à l'intérêt général. Enfin, il est nécessaire de vérifier si le recul du niveau de protection est proportionné aux motifs d'intérêt général invoqués par le législateur. Madame la professeure de droit, Isabelle Hachez⁹⁹⁴, déplore que le principe de *standstill* exige encore des actions d'acculturation auprès des juristes⁹⁹⁵. Il est rappelé que l'Etat doit protéger les droits fondamentaux reconnus par la Constitution⁹⁹⁶ et qu'il ne peut revenir sur un niveau de protection déjà accordé⁹⁹⁷. « *Toute obligation positive interdit, dès l'entrée en vigueur du droit fondamental dont elle découle, de diminuer le niveau de protection applicable à cet instant* », et « *toute amélioration ultérieure du niveau de protection a vocation à être protégée par l'obligation de standstill, jusqu'à ce que le droit fondamental accède au degré suprême d'effectivité qu'incarne l'effet direct*⁹⁹⁸ ».

538. La jurisprudence fournit différents exemples d'obligation de *standstill* en matière de droit à la sécurité sociale⁹⁹⁹. Ces exemples sont autant de sources qui permettraient de garantir les droits des personnes handicapées. La seconde partie de l'article 22^{ter} vient confirmer le fait que les pouvoirs publics sont dans l'obligation de garantir les droits des personnes handicapées,

2018, téléchargeable sur <http://www.terralaboris.be/spip.php?article2487>. Consulté le 6 septembre 2022.

⁹⁹⁴ Présidente du CIRC, Isabelle Hachez est professeure de droit à l'Université Saint-Louis où elle enseigne les sources et principes du droit, le droit constitutionnel et les droits de l'homme. Ses deux principaux axes de recherche ont respectivement trait aux sources du droit et à la justiciabilité des droits sociaux, étant entendu qu'elle s'intéresse depuis peu à l'inclusion des personnes en situation de handicap, en particulier au niveau de la Région bruxelloise.

⁹⁹⁵ HACHEZ I., « Le principe de *standstill* : actualité et perspectives », R.C.J.B., 2012/1, p. 18. « *Bien trop de juristes ignorent encore l'existence du principe de standstill, ou en tout cas nient encore sa complexité, ce qui revient presque au même. En plus de l'instauration d'une procédure d'évaluation législative digne de ce nom et du développement d'indicateurs sociaux, le vrai défi consiste aujourd'hui à sortir le standstill du cercle d'initiés qui en maîtrisent les subtilités et à convaincre ses utilisateurs que, loin de la baguette magique, le standstill est une norme dont le maniement requiert rigueur et précision* ».

⁹⁹⁶ HACHEZ I., Le principe de *standstill* dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, *Op. cit.*, pp. 216-218, n° 179-185.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 247, n° 212 et p. 473, n° 467.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 364, n° 335.

⁹⁹⁹ Exemples d'arrêts de la Cour de cassation, C.Cass., 5 mars 2018, S.16.0033.F, www.juridat.be ; Cass., 18 mai 2015, S.14.0042, www.juridat.be ; C.Cass., 15 décembre 2014, S.14.0011, www.juridat.be. Exemple d'arrêt du Conseil d'Etat C.E., 23 septembre 2011, n° 215.309. Exemple d'arrêt du Conseil Constitutionnel, C.C., 18 mai 2017, n° 61/2017.

« La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit ». L'organisation fédérale de la Belgique impose, à chaque législateur, de mettre en œuvre de manière progressive le droit constitutionnel de pleine inclusion des personnes en situation de handicap. Chaque législateur se voit ainsi rappeler avec force les obligations de la CIDPH, il est tenu d'adopter des lois qui introduisent des réformes structurelles afin d'éliminer les obstacles à la participation des personnes en situation de handicap. Chaque nouveau texte doit être examiné en tenant compte des droits figurant à l'article 22^{ter}. Lors de l'examen d'une question préjudicielle ou dans le cadre d'un recours en annulation, la Cour constitutionnelle pourra rejeter un texte. Les autres cours et tribunaux peuvent, quant à eux, décider de ne pas appliquer des règlements communaux ou des arrêtés royaux s'ils estiment qu'ils sont contraires à l'inclusion des personnes en situation de handicap.

539. Comme le souligne l'UNIA¹⁰⁰⁰, l'obligation de *standstill* s'attache à la nouvelle norme constitutionnelle de l'article 22^{ter}. On peut dès lors espérer que l'attente des parlementaires, pour réussir à modifier le droit soit couronnée de succès par la pratique. Cette consécration dans l'ordre juridique belge est une étape importante dans la reconnaissance de l'effectivité des droits des personnes handicapées.

III. Le respect des droits et le développement de la désinstitutionnalisation

540. La réflexion sur le droit des personnes handicapées dépasse les cadres nationaux et exige que l'on se tourne vers les Nations Unies et les directives et observations du Comité des droits des personnes handicapées¹⁰⁰¹. Ces textes nous éclairent quant aux voies qu'il faut explorer afin de comprendre le sens et la portée de la CIDPH. En 2022, le Comité des droits des personnes handicapées a publié un texte¹⁰⁰² relatif aux lignes directrices sur la désinstitutionnalisation. Partant, il invite chaque pays à réviser sa politique nationale en adoptant une juste définition de l'autonomie et de l'inclusion dans la société, au sens de l'article 19 de la CIDPH. Le texte

¹⁰⁰⁰ Unia se réjouit de l'ancrage constitutionnel des droits à l'inclusion et aux aménagements raisonnables qui vient rappeler avec force les obligations de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées et de la législation anti discrimination. [En ligne], Disponible à l'adresse : www.unia.be, [Consulté le 06 septembre 2022].

¹⁰⁰¹ CRPD, *Observation générale n°5 (2017) sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société*, 27 octobre 2017.

¹⁰⁰² CRDP, *Lignes directrices sur la désinstitutionnalisation, y compris en cas d'urgence*, 10 octobre 2022.

bouscule nos réflexions précédentes autour du droit des personnes en ESSMS, dans la mesure où il prône la fermeture totale des établissements, considérés comme des lieux qui génèrent « *la violence, la négligence, les abus, les mauvais traitements et la torture, y compris les contraintes chimiques, mécaniques et physiques* » (Par.2). Les directions d'établissement, en France comme en Belgique, ne reconnaîtront pas le portait de leur lieu de travail qu'elles n'assimilent pas à un « *lieu de torture* ». Néanmoins, la position du Comité ne varie pas et rappelle que la vie en établissement ne permet, ni l'autonomie des personnes handicapées, ni l'inclusion dans la société. Le Comité poursuit, en insistant sur le fait que le cadre des établissements ne permet pas un respect des droits des personnes handicapées au sens des droits de l'homme. Les acteurs sont donc invités à abandonner toutes formes de rhétorique à propos de l'inclusion.

541. « *Les États parties ont l'obligation immédiate de mettre fin à la discrimination à l'égard des personnes handicapées et des groupes de personnes handicapées et de garantir leur droit à l'autonomie de vie et à l'inclusion dans la société dans des conditions d'égalité. Pour ce faire, ils doivent donc rapporter ou réformer les politiques, les lois et les pratiques qui empêchent les personnes handicapées, par exemple, de choisir leur lieu de résidence, d'obtenir un logement abordable et accessible, de louer un logement ou d'avoir accès aux équipements et services destinés à la population générale dont ils auraient besoin pour vivre de manière autonome. L'obligation d'apporter des aménagements raisonnables énoncée au paragraphe 3 de l'article 5 ne peut pas non plus être observée de façon progressive* » (Par.46). Pour une direction d'établissement, après la lecture de cette observation du Comité des droits des personnes handicapées, elles pourront suivre J. CARBONNIER et affirmer « *que rien ne sera plus comme avant* »¹⁰⁰³, tant les paradigmes des accompagnements doivent être modifiés. Dans le cadre des formations qui seront proposées au sein des établissements, ces lignes directrices sur la désinstitutionnalisation ne manqueront pas d'interroger les acteurs sur l'avenir du travail d'accompagnement mené. Quel est le sens du travail ? Vivre en établissement, est-ce réellement respecter les droits des personnes ? Quels sont les moyens dont l'établissement dispose pour envisager l'accompagnement autrement ? Autant de questions qui s'inviteront à l'agenda des réunions et auxquelles les directions devront apporter des réponses, sans pouvoir s'appuyer sur une doctrine claire des pouvoirs publics, « *rien ne sera plus comme avant* ».

¹⁰⁰³ CARBONNIER J., *Op.cit.*, 1996, p.7.

542. L'observation générale permet d'appréhender correctement la définition de l'article 19 de la CIDPH (A). L'inscription d'un article 22^{ter} complète le dispositif et « *revêt une fonction de symbole et de signal qui a toute son importance* »¹⁰⁰⁴. Les textes internationaux viennent compléter ce travail de compréhension (B) et accompagner les conditions de mise en œuvre de l'article 19 (C).

A. La définition des termes de l'article 19 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées

543. L'observation générale numéro 5 sur l'autonomie et l'inclusion dans la société propose des définitions des termes, afin de supprimer les éventuelles zones d'ombre. Cette démarche est différente de celle proposée au niveau local, lorsque les termes d'autonomie et d'inclusion sont utilisés sans que l'on prenne un temps pour les définir justement. Combien de réunions se déroulent sous la bannière de l'inclusion, sans que les participants saisissent complètement les contours de la notion ? Ce flou renforce l'idée que les pouvoirs publics ne dévoilent pas toute leur stratégie et ne facilitent pas l'effectivité des droits au sein des établissements.

544. La notion d'autonomie de vie présuppose « *une liberté d'agir et de décider par soi-même* » (Par.16). Le Comité illustre cette définition en indiquant que de l'autonomie « *dépend le développement de l'identité et de la personnalité de chacun, c'est-à-dire l'endroit où nous vivons, les personnes avec qui nous partageons notre vie, ce que nous mangeons, si nous aimons faire la grasse matinée ou nous coucher tard, si nous préférons les activités d'intérieur ou d'extérieur, si nous dressons la table avec une nappe et des chandelles, si nous avons des animaux de compagnie ou si nous écoutons de la musique* ». Au travers de ces mots, on peut mesurer le besoin de réflexion afin d'éviter « *l'asphyxie lente des esprits* » que dénonce A. CASAGRANDE dans les établissements. L'autonomie ne signifie pas avoir « *la capacité d'accomplir seul les activités de tous les jours* », mais doit être définie comme étant « *composante essentielle de la liberté et de la souveraineté de l'individu...[la] possibilité*

¹⁰⁰⁴ Le site de l'UNIA rappelle que l'inscription dans la Constitution « *constitue une étape supplémentaire dans le long parcours de reconnaissance des droits fondamentaux des personnes en situation de handicap mais elle met surtout en lumière la place qui est aujourd'hui donnée à un public trop longtemps resté dans l'ombre. De même, le signal est donné : les droits contraignants de la CDPH ne peuvent plus être ignorés* », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.unia.be/fr/articles/le-droit-a-linclusion-des-personnes-en-situation-de-handicap-desormais-dans>, [Consulté le 13 avril 2024].

d'exercer son libre arbitre et son droit de regard ». Dans un établissement, une personne ne pourra peut-être pas se lever seule, mais elle sera suffisamment autonome pour décider de « *faire la grasse matinée* » ou décider de « *se coucher tard* ».

545. L'inclusion dans la société est une notion qui mérite également que l'on s'arrête pour réfléchir sur les contours exacts de sa définition. Le Comité nous indique que l'inclusion « *est liée au principe de la participation et de l'intégration pleines et effectives à la société* ». C'est parce qu'une personne handicapée peut « *faire partie intégrante de la communauté et [...] participer pleinement à tous les aspects de la vie en société* », que l'on pourra parler d'inclusion dans la société. On entrevoit rapidement que la notion d'accessibilité est consubstantielle de l'inclusion. Le Comité de conclure que « *L'autonomie de vie et l'inclusion dans la société supposent un cadre de vie excluant toute forme d'institutionnalisation* »¹⁰⁰⁵.

B. Les textes à l'appui de l'article 19 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées

546. Le Comité souhaite replacer l'article 19 de la CIDPH dans le cadre d'un mouvement plus global de publication de textes visant à lutter contre la stigmatisation, la ségrégation des personnes handicapées. L'article 19 doit être appréhendé au regard de nombreux textes internationaux reconnaissant les droits civils et politiques, mais aussi économiques, sociaux et culturels. La Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁰⁰⁶ (DUDH) rappelle le lien existant entre la société et le développement des droits des citoyens. L'article 29 (al.1) de la DUDH dispose que « *L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible* ». Le pacte international relatif aux droits civils et politiques dans son article 12¹⁰⁰⁷ (al.1), reconnaît le droit de circuler librement et de

¹⁰⁰⁵ Le Comité refuse toutes formes d'organisation construite autour des établissements, « *Ni les grands établissements qui comptent plus d'une centaine de résidents, ni les foyers plus modestes qui accueillent cinq à huit personnes, ni même les logements individuels, ne peuvent être considérés comme des cadres propices à l'autonomie de vie s'ils présentent des caractéristiques déterminantes des institutions ou de l'institutionnalisation* » (CRDP, Observation générale n°5 sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société, PAR.16).

¹⁰⁰⁶[En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/index.html>, [Consulté le 02 septembre 2023].

¹⁰⁰⁷[En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, [Consulté le 02 septembre 2023].

choisir librement sa résidence. Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, dans son article 11¹⁰⁰⁸ (al.1), énonce que « *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence* ». Les textes internationaux s'inscrivent tous dans un mouvement de reconnaissance des droits. Ils ont été ratifiés par la plupart des pays qui doivent en respecter la lettre.

C. Les conditions de mise en œuvre des dispositions de l'article 19 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées

547. Le Comité dresse une liste non exhaustive des actions à réaliser, afin que l'article 19 puisse s'appliquer. Il reconnaît que l'application parfaite peut être complexe et que « *les États parties peuvent rencontrer des difficultés au plan national lors de la mise en œuvre du droit à l'autonomie de vie et à l'inclusion dans la société* » (Par.97). Les Etats sont incités à « *adopter des stratégies claires et ciblées en faveur de la désinstitutionnalisation* » et à mettre en place des mécanismes de surveillance « *des procédures d'appels d'offres pour la prestation de services d'appui aux personnes handicapées vivant de façon autonome au sein de la société* ». Une place particulière est réservée au principe de conception universelle, qui doit guider chaque politique dans la mise en place des espaces physiques et des espaces virtuels. Le respect de ce principe doit garantir l'accessibilité des personnes handicapées à l'environnement. Le Comité souhaite que les États abrogent les dispositions législatives « *qui empêchent les personnes handicapées, quel que soit leur handicap ou leur déficience, de choisir où, avec qui et selon quelles modalités elles vont vivre, y compris d'exercer le droit de ne pas être internées sur la base d'un handicap, quel qu'il soit* ».

IV. Le soft law onusien et les limites de la réception de la Convention

548. A ce stade, notre recherche résonne encore des mots prononcés par le Défenseur des droits à l'UNESCO en 2016 pour célébrer l'anniversaire de la Convention. Introduisant la

¹⁰⁰⁸[En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>, [Consulté le 02 septembre 2023].

conférence, le Défenseur des droits invitait l'ensemble des acteurs à se saisir plus avant du texte conventionnel pour faire valoir l'inclusion des personnes handicapées dans la société et faire reconnaître leurs droits. Les juges, les avocats, les familles, les professionnels de l'accompagnement social et les personnes handicapées elles-mêmes devaient donc appréhender un nouveau paradigme pour comprendre que l'inclusion était désormais l'objectif unique de chaque action. Au niveau des établissements, ce message irrigue les discours des pouvoirs publics qui souhaitent que les nouvelles propositions d'accompagnement soient inclusives pour permettre aux personnes handicapées de bénéficier des prestations de droit commun à l'instar de l'ensemble des citoyens. Le message irrigue également la littérature et invite les auteurs de l'ouvrage « *les grands arrêts en matière de handicap* »¹⁰⁰⁹, à constater que « *l'inclusion s'impose comme leitmotiv des politiques publiques liées au handicap* ». Le thème de l'inclusion a donc été transporté par la Convention au centre des discours sur le handicap, malgré le fait qu'il ne soit cité que deux fois dans les articles de la Convention¹⁰¹⁰. Le concept d'inclusion demeure évanescent. A cet égard, en 2013, Charles GARDOU écrivait que « *la rapide et ample diffusion de ce concept avec son cortège de dérivés, le fait suspecter de n'être qu'un écran de fumée rhétorique* »¹⁰¹¹. Au niveau d'un établissement, les directions sont confrontées aux mêmes interrogations lorsqu'elles entament un parcours d'explications des termes en interne. Il est nécessaire de se tourner vers le Comité des droits des personnes handicapées pour appréhender justement la définition de l'inclusion (A). Cette définition de l'inclusion propose une lecture différente de la place des établissements d'hébergement ou de l'emploi protégé (B). Pour autant des angles morts subsistent (C) qui mettent en relief des alliances inattendues (D).

A. L'inclusion au travers les positions du Comité des droits des personnes handicapées

549. Dans son observation générale sur le droit à l'éducation inclusive¹⁰¹², le Comité des droits des personnes handicapées invite à différencier les situations afin de définir justement

¹⁰⁰⁹ HACHEZ I. et VRIELINK J., *Op. cit.*, p.798.

¹⁰¹⁰ Le terme « *inclusion* » est cité au travers des articles 19 et 27 de la Convention. L'article 27 aborde le travail et l'emploi et l'article 19 l'autonomie de vie.

¹⁰¹¹ Ch. GARDOU, *La société inclusive, parlons-en !*, Toulouse, Erès, 2013, p.10.

¹⁰¹² Convention relative aux droits des personnes handicapées, *Comité des droits des personnes handicapées, Observation générale n°4 (2016)*, sur le droit à l'éducation inclusive, 25 nov. 2016,

l'inclusion en milieu scolaire. Cette démarche n'est pas réservée qu'à l'éducation et peut être dupliquée sur d'autres activités. Dès l'introduction, le Comité rappelle que « *l'éducation inclusive peut offrir aux personnes handicapées à la fois un enseignement de qualité et la possibilité d'améliorer leur situation sociale, et garantir l'universalité et la non-discrimination dans le droit à l'éducation* »¹⁰¹³. Afin de guider le lecteur, le Comité souligne les différences entre l'exclusion, la ségrégation, l'intégration et l'inclusion, des termes qui peuvent être parfois mal interprétés¹⁰¹⁴. Par ce rappel de définition, le Comité insiste sur le fait que ces quatre situations sont exclusives les unes des autres et que l'inclusion doit remplacer les autres situations intégralement. Cette position est rappelée avec force au paragraphe 40 de l'observation, lorsque le Comité aborde la cohabitation de deux systèmes éducatifs en affirmant que « [...] Cela [l'inclusion] n'est pas compatible avec le maintien de deux systèmes d'enseignement, l'un ordinaire et l'autre spécial/séparé ». En complément, l'observation générale n°5 sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société¹⁰¹⁵ a permis au Comité de présenter les contours de l'article 19 de la Convention. Le Comité propose une définition de l'inclusion en insistant sur l'importance de la participation et de l'intégration pleines et effectives dans la société.

[En ligne], Disponible à l'adresse : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/263/01/PDF/G1626301.pdf?OpenElement>, [Consulté le 27/12/2023].

¹⁰¹³ *Ibid.*, Paragraphe 2.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, Paragraphe 11, « Le Comité souligne qu'il est important de savoir faire la différence entre l'exclusion, la ségrégation, l'intégration et l'inclusion. On parle d'exclusion lorsque l'accès à une quelconque forme d'éducation est empêché ou refusé, directement ou indirectement. On parle de ségrégation lorsque des enfants handicapés sont scolarisés dans des établissements spécifiques, conçus ou utilisés pour accueillir des personnes ayant un handicap particulier ou plusieurs handicaps, et qu'ils sont privés de contact avec des enfants non handicapés. On parle d'intégration lorsque des enfants handicapés sont scolarisés dans des établissements d'enseignement ordinaires, dans l'idée qu'ils pourront s'adapter aux exigences normalisées de ces établissements. On parle d'inclusion dans le cas d'un processus de réforme systémique, impliquant des changements dans les contenus pédagogiques, les méthodes d'enseignement ainsi que les approches, les structures et les stratégies éducatives, conçus pour supprimer les obstacles existants, dans l'optique de dispenser à tous les élèves de la classe d'âge concernée un enseignement axé sur l'équité et la participation, dans un environnement répondant au mieux à leurs besoins et à leurs préférences. Si elle ne va pas de pair avec des changements structurels – par exemple, dans l'organisation, les programmes d'études et les stratégies d'enseignement et d'apprentissage, la scolarisation d'enfants handicapés dans des classes ordinaires ne relève pas de l'inclusion. En outre, l'intégration ne garantit pas automatiquement le passage de la ségrégation à l'inclusion ».

¹⁰¹⁵ Convention relative aux droits des personnes handicapées, Comité des droits des personnes handicapées, Observation générale n°5 (2017), sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société, 27 oct. 2017.

550. La définition de l'inclusion proposée par le Comité permet à chacun de positionner clairement le débat pour les personnes handicapées. On pourrait se permettre de résumer la situation en se référant au dessin qui figure sur la couverture du livre « *les grands arrêts en matière de handicap* »¹⁰¹⁶. Dans les conclusions de l'ouvrage, les auteurs nous livrent des éléments de compréhension du dessin. « *Comme la couverture du présent ouvrage le suggérerait d'emblée, l'attribut apparent du handicap, en l'occurrence le fauteuil roulant, qui continue de le symboliser dans l'esprit du grand public, n'occupe plus la place centrale. L'y a remplacé une table, entourée d'une diversité de personnes en pleine conversation [...] le propriétaire du fauteuil roulant est tout simplement assis à table, qui est-il ? On ne le sait pas et cela importe peu* »¹⁰¹⁷. En suivant Napoléon Bonaparte, on pourrait affirmer qu'« un bon croquis vaut mieux qu'un long discours » et considérer que ce dessin résume parfaitement l'inclusion. Les personnes handicapées doivent participer à la vie en société sans que le handicap représente un frein à leur participation. Présentée de cette manière dans un établissement, l'inclusion sera facilement appréhendée et soutenue par tous les acteurs.

551. L'observation du Comité ne s'arrête pas à cette simple définition de l'inclusion, mais expose les conséquences de son application sur différents secteurs. Les institutions d'hébergement et l'emploi protégé sont ainsi revisités à l'aune de l'inclusion.

B. Les établissements d'hébergement et l'emploi protégé à l'aune de l'inclusion

552. Dans la continuité du travail de définition de l'inclusion, le Comité a évoqué le positionnement des institutions d'hébergement et celle des établissements ou services d'aide par le travail. L'observation n°5¹⁰¹⁸ du Comité a généré des réactions de la part des directions d'établissement en France comme en Wallonie. Le Comité rappelle que « *Les États parties ont l'obligation d'engager un processus de planification stratégique assorti de délais appropriés et de ressources adéquates afin de remplacer les institutions d'accueil par des services d'appui à l'autonomie de vie, en consultation étroite et respectueuse avec les organisations représentant les personnes handicapées* ». Ce faisant, la promotion de l'inclusion doit s'accompagner d'une stratégie visant à réviser l'offre d'hébergement collectif. Le Comité

¹⁰¹⁶ Le dessin représentant l'inclusion est proposé en annexe 3 de notre recherche.

¹⁰¹⁷ HACHEZ I. et VRIELINK J., *Op. cit.*, p.783.

¹⁰¹⁸ Comité des droits des personnes handicapées, Observation générale n°5, *Op. cit.*, §42.

n'hésite pas à évoquer un objectif de désinstitutionalisation permettant aux personnes handicapées de vivre en milieu ordinaire. Les États doivent fermer les institutions et éliminer la réglementation relative au placement en institution.

553. Selon le Comité, l'inclusion des personnes handicapées doit s'accompagner d'une fermeture des établissements, ces derniers n'étant pas compatibles avec l'esprit de la Convention. En effet, la personne handicapée doit diriger sa vie à l'instar de tous les citoyens. Se lever à une heure différente chaque jour, choisir ses repas et l'heure à laquelle ils sont pris, sélectionner les prestations d'accompagnement, tels sont les exigences en lien avec la Convention. Dans les établissements, on comprend rapidement que ces organisations « à la carte » sont peu compatibles avec une vie en collectivité. Les questionnements ne manqueront pas d'apparaître, les acteurs médico-sociaux découvrant que l'inclusion, telle que mise en avant par la Convention, doit rapidement conduire à la fermeture de leur outil de travail. Cette vision onusienne ne facilite pas l'acculturation des acteurs et constitue un frein à l'effectivité des droits. Par ailleurs, les pouvoirs publics éprouvent beaucoup de difficultés à exposer la manière dont il faut comprendre cette lecture onusienne, ce qui augmente la frilosité des acteurs quant à la conjugaison concrète de l'inclusion. Au niveau local, les différences d'interprétation entre les Agences Régionales de Santé et les Conseils départementaux contribuent également à jeter un trouble dans les établissements médico-sociaux.

554. Les débats sur l'inclusion sont d'autant plus nombreux et flous que les acteurs ne l'appréhendent pas de manière identique. Les interrogations ne portent pas uniquement sur les établissements d'hébergement, mais concernent également les établissements et services d'aide par le travail (ESAT). Dans son paragraphe 91, l'observation n°5 du Comité affirme que « *L'application de l'article 19 facilitera donc l'abandon progressif de l'emploi protégé* ». A l'instar des établissements d'hébergement, les ESAT doivent donc disparaître pour promouvoir l'inclusion des personnes handicapées, « [...] *les personnes handicapées devraient aussi devenir les employeurs, les directeurs ou les formateurs dans le secteur de la prestation de services d'appui adaptés au handicap* ». En complément de la Convention et de l'observation n°5, le Comité a publié un document relatif aux « *lignes directrices pour la*

désinstitutionalisation, y compris dans les situations d'urgence »¹⁰¹⁹, dans l'objectif d'orienter les États dans leurs efforts de « [...] *planification de la désinstitutionalisation* ». Le paragraphe 104 rappelle que les États doivent « *veiller à ce que les personnes qui quittent une institution aient accès à l'emploi dans des conditions d'égalité avec les autres* » et interdire « *les emplois protégés ou ségrégués* ».

555. On retrouve les mêmes commentaires du Comité à propos des rapports de la Belgique ou de la France. Des deux côtés de la frontière, le Comité relève l'absence d'une politique structurée de fermeture d'établissement. La lecture conventionnelle du Comité n'inonde pas automatiquement les pays signataires, dans la mesure où sa transcription exige d'importantes modification d'organisation au niveau national. On est ici face à plusieurs lectures de l'inclusion qui peut freiner l'effectivité des droits des personnes handicapées.

C. Les angles morts du « *tout inclusion* »

556. La définition de l'inclusion par le Comité n'annihile pas les angles morts d'une politique qui se voudrait univoque. Selon le Comité, l'inclusion ne peut être remise en cause et ne peut être discutée. Ce faisant, l'espace de liberté des personnes handicapées et de leur entourage n'existe plus puisque, selon la Convention, le souhait de tous est de vivre en dehors des établissements collectifs et loin des espaces de travail protégé. La vérité oblige à reconnaître que ce mode vie ne convient pas à l'ensemble des personnes handicapées. Combien de personnes quittent les établissements pour habiter un appartement individuel en ville avant d'effectuer le chemin inverse ? Combien de personnes quittent les établissements pour habiter un appartement individuel et décident que cela sera désormais leur espace de vie ? Il paraît difficile de s'en tenir qu'à une seule voie en considérant aucune autre solution. L'inclusion ne peut être synonyme d'absence de choix individuels. La position du Comité paraît exclusive et place les acteurs devant une difficulté de définition de l'inclusion et une absence de choix.

557. Par ailleurs, il serait déraisonnable de penser qu'une unique solution pourrait s'appliquer à une multitude de parcours individuels. Selon le handicap, une solution « hors » des

¹⁰¹⁹ Convention relative aux droits des personnes handicapées, Comité des droits des personnes handicapées, *Lignes directrices pour la désinstitutionalisation, y compris dans les situations d'urgence*, 10 oct. 2022.

établissements est délicate à envisager. La position du Comité sur la fermeture des établissements est, dès lors, difficile à soutenir. Dans de nombreuses situations, l'autonomie de vie n'est pas une option effective et c'est alors à la famille qu'il revient d'accompagner la personne handicapée. Quelque fois démissionnaire ou tout simplement épuisée, la famille ne peut se trouver devant un choix binaire entre la vie autonome et l'exclusion.

D. Inclusion et rationalité budgétaire, l'alliance inattendue

558. Jusqu'à présent, nous avons évoqué l'inclusion des personnes handicapées à l'aune des droits des personnes handicapées. Promouvoir l'inclusion, selon l'approche du Comité, revient à considérer que chaque citoyen doit disposer des mêmes droits. Les États doivent mettre tout en œuvre pour que l'accessibilité devienne la norme et que chaque personne handicapée puisse vivre de manière autonome. Même si le thème de l'inclusion est partagé par tous, la lecture de cet objectif par le Comité interroge nombre d'acteurs dans la mesure où l'inclusion doit amener, par exemple, la fermeture des établissements d'accueil des personnes handicapées. Les établissements sont alors pris en étau entre le droit tel qu'il est interprété par le Comité qui tend vers la fermeture de leur lieu de travail et le droit des personnes handicapées tel qu'ils le vivent au quotidien. Est-ce que l'inclusion des personnes handicapées se traduit automatiquement par la fermeture des établissements ? Cette question nécessite l'appui des pouvoirs publics qui pourraient nous guider sur la réponse à construire. Notre recherche a mis en évidence l'absence de positionnement clair des pouvoirs publics, ce qui interroge les acteurs du secteur médico-social. Les restrictions budgétaires pour le secteur médico-social peuvent être le résultat de politiques inclusives visant à privilégier le droit commun au détriment d'orientations spécifiquement destinées aux personnes handicapées. La limitation des enveloppes budgétaires pour le financement des accueils de français en Wallonie est le reflet de ce rapprochement entre deux politiques qui ne peuvent être exclusives. D'un côté, une politique de promotion des droits et, de l'autre, une politique de restrictions budgétaires. Le manque de positionnement clair des pouvoirs publics quant à la manière de conjuguer l'inclusion freine l'effectivité des droits des personnes handicapées dans les établissements.

559. En utilisant l'expression « *droits venus d'ailleurs* », J. CARBONNIER nous invite à considérer d'autres droits que les droits nationaux. Le champ du handicap a été embrassé à plusieurs reprises par des textes émanant des Nations Unies. Le 13 décembre 2006, l'Assemblée générale des Nations-Unies adoptait la Convention relative aux droits des personnes handicapées. La France comme la Belgique ont ratifié rapidement cette convention, obligeant les acteurs à prendre en compte ces « *droits venus d'ailleurs* ». Contrairement à des textes nationaux, il ne s'agissait pas simplement pour les pays d'appliquer la convention, mais de l'intégrer dans la pratique quotidienne. L'acceptation de ce nouveau paradigme est d'autant plus facile à envisager que l'organisation du pays n'est pas centrée sur un droit interne.

560. L'analyse des rapports nationaux sur l'application de la convention démontre clairement la différence d'approche entre la France et la Belgique. Alors que le premier rapport devait être publié deux ans après la ratification de la convention, la France, contrairement à la Belgique, a fait connaître ses premières conclusions avec quelques années de retard. Il est également important de souligner l'impact de cette convention dans l'ordre juridique des deux pays. En France, le texte n'a pas engendré de bouleversement juridique significatif. Une rhétorique a néanmoins vu le jour autour de la notion d'inclusion. Désormais, les établissements doivent revisiter leurs actions à l'aune de l'inclusion sans qu'ils aient fait l'objet d'un véritable temps d'acculturation. La situation est différente pour la Belgique, dans la mesure où la ratification de cette convention a déclenché une véritable réflexion parlementaire afin de modifier la constitution du Royaume. Après dix ans de discussions, un article 22^{ter} a accordé une valeur constitutionnelle à l'inclusion, à l'aménagement raisonnable et reconnu les personnes en situation de handicap.

561. La convention relative aux droits des personnes handicapées opère une synthèse des droits de l'homme en faveur des personnes handicapées. Les établissements doivent s'habituer à ce nouvel environnement de réflexion. Cette démarche n'est pas facilitée par la lecture de la convention proposée par le Comité des droits des Nations-Unies qui préconise la fermeture de tous les établissements. Dès lors, le désir d'accompagnement des acteurs se fait ressentir pour parvenir à conjuguer le besoin d'être rassuré et le devoir de garantir les droits des personnes handicapées.

562. Cette première partie de notre démarche de recherche, nous a permis de constater qu'il existe plusieurs sources qui permettent d'envisager l'effectivité des droits entendue dans une visée descendante de diffusion du droit. A côté des droits nationaux, l'Union Européenne, le Conseil de l'Europe et l'Organisation des Nations Unies alimentent également les sources de droit. Pour les directions d'établissement, il est donc nécessaire de s'écarter d'une vision impérative du droit interne pour entendre l'effectivité du droit au sens d'appropriation des normes par la sphère sociale. Les changements de paradigme induits par la Convention invitent les acteurs à réviser leur approche.

563. Notre travail a mis en lumière qu'il ne s'agit pas simplement de méthode, mais d'un bouleversement du champ du handicap qui doit être accompagné par les directions. Les métiers d'aujourd'hui ne seront pas identiques à ceux de demain. Les acteurs souhaitent qu'une voie claire soit indiquée et que les angles morts soient éclairés afin d'entamer leur mutation. La transparence doit devenir l'objectif de chaque établissement car elle est le meilleur allié du respect des droits pour les personnes handicapées.

564. Peut-on affirmer que la diffusion du droit depuis le sommet de l'État soit la meilleure solution pour garantir l'effectivité des droits ? La réponse à cette question est négative et nous invite à rechercher d'autres voies d'effectivité. A côté d'une vision descendante de l'effectivité, notre recherche vise à éclairer une autre voie, plus proche des établissements. Dans cette optique, l'effectivité se nourrit de l'expérience des acteurs et de leur questionnement, dans une visée ascendante d'appropriation du droit.

Partie 2 : L'effectivité entendue dans une visée ascendante d'appropriation du droit

565. Parler d'effectivité des droits nécessite que les institutions aient préalablement créé du droit. Le travail de création de textes par les pouvoirs publics se diffuse ensuite dans la société afin que les droits soient connus et respectés. Sous cet angle, l'effectivité du droit s'analyse en une trajectoire descendante, avec l'État central autorisant « l'envol » du texte et la société acceptant son « atterrissage ». Comme indiqué dans la première partie, cette vision de l'effectivité du droit s'entend alors de manière impérative et répressive. Le simple fait que la loi existe suffirait à rendre le droit effectif sans se soucier plus avant de son application et des sanctions liées à sa non-application. Ces phénomènes de non-application seraient simplement le reflet de la désorganisation des pouvoirs publics sans lien avec l'effectivité de la règle de droit.

566. Cette vision descendante et impérative ne suffit pas à appréhender complètement l'effectivité du droit. Au-delà de l'application stricte de la règle de droit, il est nécessaire d'envisager l'effectivité entendue dans une visée ascendante d'appropriation du droit. L'effectivité est alors lue comme étant le fait que le droit parvienne à pénétrer la sphère sociale grâce au soutien des acteurs. Cependant, il serait faux de penser qu'il est naturel pour les acteurs d'appréhender l'ensemble des droits sans que des questionnements accompagnent leur parcours. Dans le champ médico-social, en France comme en Belgique, il paraît nécessaire de former tous les acteurs de manière à ce que chacun appréhende parfaitement les contours de la responsabilité en établissements médico-social. Une mauvaise connaissance du thème de la responsabilité peut, quelques fois, freiner les actions d'accompagnement des personnes handicapées dans la mesure ou un salarié ou un bénévole ne souhaitera pas voir sa responsabilité engagée pour une action apparemment anodine. Poursuivant ce travail d'acculturation, les directions doivent expliquer plus avant les délégations mises en place au sein des établissements.

567. Suivant la même logique de transparence et de sécurité, une directive de l'Union européenne en date du 23 octobre 2019¹⁰²⁰ oblige les États membres à modifier leur législation afin de protéger les personnes lorsqu'elles signalent des violations des droits de l'Union

¹⁰²⁰ Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations des droits de l'Union, JOUE, 26 novembre 2019

européenne. Il s'agit d'organiser un environnement juridique protecteur pour les personnes qui décident de mettre en lumière « *des menaces ou des atteintes à l'intérêt public* » et des « *violations du droit de l'Union qui portent atteinte à l'intérêt public* »¹⁰²¹. La France¹⁰²² comme la Belgique¹⁰²³ ont transposé cette directive dans leur droit national. La France a élargi la protection des lanceurs d'alerte afin qu'il couvre le champ médico-social¹⁰²⁴.

568. Nous avons souhaité mettre en avant des voies différentes mais complémentaires d'effectivité du droit. En effet, parallèlement à une vision descendante d'application des textes juridiques nationaux ou internationaux, il semble important de s'intéresser aux moyens de rendre effectifs les droits des personnes handicapées selon une vision ascendante d'appropriation des textes. Il s'agit d'un niveau d'analyse plus fin, celui de l'établissement.

569. A ce niveau, la diffusion des droits des personnes handicapées doit s'accompagner d'un effort d'acculturation individuel et de protection des acteurs qui permet le développement d'une voie interne d'effectivité (**Titre 1**). La promotion des actions collectives franco-belges pour la défense des droits (**Titre 2**) permet de mettre en lumière les carences des pouvoirs publics dans l'application des droits.

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 1.

¹⁰²² Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, JORF n° 0068 du 22 mars 2022.

¹⁰²³ La directive européenne sur les lanceurs d'alerte a été adoptée en 2019. En Belgique, cette directive a été transposée en droit national par deux lois distinctes. La loi concernant le secteur privé a été adoptée le 24 novembre 2022 et publiée au Moniteur Belge le 15 décembre 2022. Pour le secteur public, une autre loi a été adoptée le 8 décembre 2022 et publiée au Moniteur Belge le 23 décembre 2022.

¹⁰²⁴ La Belgique n'a pas encore adopté de législation spécifique pour organiser la protection des lanceurs d'alerte dans le champ médico-social.

Titre 1 : L'acculturation individuelle et la protection des acteurs, une voie interne d'effectivité

570. Dans l'introduction de son ouvrage sur la passion du droit, le doyen J. CARBONNIER¹⁰²⁵ évoque un épisode de la guerre révolutionnaire de 1792. Opposés aux prussiens, les français ont gagné une bataille à Valmy alors que la situation leur était défavorable. La bataille de Valmy est la première victoire de l'armée révolutionnaire française, remportée contre une armée prussienne le 20 septembre 1792. Le doyen J. CARBONNIER cite une phrase attribuée à Johann Wolfgang von Goethe¹⁰²⁶, résumant cette bataille en pointant son caractère exceptionnel. Coup d'arrêt pour certains, véritable accélérateur pour d'autres, cet épisode de Valmy peut être regardé comme un point de rupture historique et la naissance d'une nouvelle période par le biais d'une république nouvelle. Le doyen J. CARBONNIER convoque cette référence historique pour justifier le point de départ de son ouvrage. C'est également le moment où naît la passion du droit avec le développement d'un « droit bureaucratique » et l'idée que chaque problème peut être résolu en recevant une réponse réglementaire ou législative.

571. On peut s'interroger sur les raisons qui nous poussent à nous replonger dans la campagne de la Marne à la fin du 18^{ème} siècle et de nous demander quel est le rapport qui peut être fait, entre une bataille historique et l'évolution du secteur médico-social français ou en Wallonie ? A première vue le rapport n'est pas évident, sauf à considérer, qu'un événement historique d'un côté ou qu'un texte de droit de l'autre, représentent un point de rupture fort qui permet de séparer deux périodes. La bataille de Valmy est la première mobilisation de la nation contre l'étranger après la révolution de 1789 et partant, constitue le point de départ de la première république¹⁰²⁷. Dans le champ médico-social, la Convention relative aux droits des personnes handicapées a poussé les acteurs à envisager différemment le cadre juridique des droits.

¹⁰²⁵ CARBONNIER J., *Op. cit.*, 1996, p.7.

¹⁰²⁶ SURATTEAU J.R., « Goethe et le tournant de Valmy. Une campagne de Russie tronquée : qu'étaient devenus les quatre régiments suisses ? » *Annales historiques de la Révolution française* 309, n° 1 (1997): 477-79,

[En ligne], Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.3406/ahrf.1997.2144>. [Consulté le 10 octobre 2022]. La déclaration attribuée à Goethe, qualifie cette journée de bataille par cette phrase : « *De ce jour et de ce lieu date une ère nouvelle de l'histoire du monde et vous pourrez dire : j'y étais* ».

¹⁰²⁷ La Première République est née le 21 septembre 1792. Elle succède à la monarchie constitutionnelle qui disparaît le 10 août 1792 avec la prise du palais des Tuileries.

572. Pour que la Convention inonde toutes les sphères de l'établissement, un travail d'accompagnement et d'acculturation préalable est nécessaire. Les directions doivent être convaincues du changement de paradigme, avant de réfléchir sur les voies possibles pour modifier l'institution. La réflexion se heurte rapidement à une question lancinante qui se fait jour dès que l'on souhaite initier des changements de cette nature dans les établissements, « *qui est responsable ?* » Cette question exige bien sûr une réponse de la part de la direction d'établissement, afin que l'institution ne se bloque. Partant, les institutions représentatives se feront l'écho des interrogations des personnels afin de recueillir, d'une manière officielle, le positionnement de la direction. Les familles et les personnes accueillies, par le truchement des questions soulevées lors des CVS, demanderont également que la direction puisse éclairer les décisions prises.

573. Les éléments de réponse apportés n'empêcheront pas que la même question revienne à l'ordre du jour d'une future réunion. Les acteurs des établissements éprouvent très souvent le besoin d'être rassurés. Les mouvements du champ du handicap peuvent expliquer ce besoin constant. Il est donc nécessaire dans le cadre de notre approche, d'exposer les règles qui gouvernent le droit de la responsabilité et la promotion d'un nouveau paradigme (**Chapitre 1**). Poursuivant ce travail, il est indispensable de décrire justement les règles qui gouvernent les délégations de pouvoirs en établissements afin de clarifier les responsabilités (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le droit de la responsabilité et la promotion d'un nouveau paradigme

574. Face au nouveau paradigme posé par la Convention internationale relative aux personnes handicapées, une direction d'établissement peut très vite se trouver déstabilisée. Car il ne s'agit pas simplement d'expliquer les exigences de ce texte, comme s'il s'agissait d'un texte de droit interne qu'il faudrait tout simplement appliquer. La Convention interpelle chaque direction dans la mesure où elle questionne le sens et les contours de l'accompagnement en établissement. La découverte de la Convention oblige la direction à exposer la lecture faite de ce texte par le Comité des droits de l'ONU et sa volonté affichée de fermeture de tous les établissements. On comprend la nécessité d'explication et celle de rassurer les acteurs et de replacer le débat autour d'une question centrale, celle des droits des personnes accompagnées en établissement.

575. D'emblée la question de la responsabilité ne tardera pas à se poser, les acteurs souhaitant connaître les conditions de mise en cause de leur responsabilité. Cette question est souvent occultée dans les établissements mais recouvre tout son sens lorsqu'on envisage que l'accompagnement des personnes handicapées réponde à des modèles différents et personnalisés. L'individualisation de l'accompagnement et le respect des souhaits individuels font entrer les acteurs dans des sphères nouvelles dans lesquelles la responsabilité occupe une place importante.

576. Afin que tous promeuvent l'effectivité des droits, il est indispensable que la direction de l'établissement fournisse un éclairage suffisant sur ces questions de responsabilité. La transparence est un élément qui participe de l'effectivité des droits. L'étude des règles de responsabilité des établissements français (**Section 1**), celles concernant la protection des lanceurs d'alerte en France et en Wallonie (**Section 2**) et la réforme du droit de la responsabilité en Belgique (**Section 3**), permet de dessiner une approche clarifiée de l'accompagnement des personnes handicapées en établissement.

Section 1 : Les établissements français face aux responsabilités

577. Dans le cadre de notre recherche, nous avons fait le choix de ne mettre en exergue que les domaines de la responsabilité civile extracontractuelle (I) et de la responsabilité pénale (II). Ces deux voies de responsabilité peuvent être considérées, comme étant la source de la plupart des questionnements des acteurs dans les établissements. Les responsabilités contractuelles et administratives ne seront donc pas abordées dans les développements qui suivent.

I. La responsabilité civile extracontractuelle

578. Avant d'évoquer plus avant le thème de la responsabilité en établissement médico-social, il est important de faire un pas de côté pour observer les attentes et les réponses de la société face à des situations fréquentes. Ce mouvement est d'autant plus actuel, qu'une tendance globale vise à rapprocher les droits des personnes handicapées de ceux applicables à l'ensemble des citoyens. Partant, l'organisation d'une sortie en bateau par temps calme, la visite d'un parc animalier ou encore un temps de baignade constituent des actions banales qui peuvent jaloner une journée avec des enfants ou des adultes. Pour autant, si elles sont anodines pour nombre d'entre nous, ces différentes sorties n'annihilent pas les questions de responsabilité en établissement. Qui sera responsable si un enfant se blesse lors de baignade ? Qui sera responsable des dommages constatés sur un bateau lors de son arrivée au port ? On pourrait multiplier les questions de responsabilité inhérentes aux activités humaines et celles-ci seront rapidement mises à l'agenda des questions qui se posent en établissement lorsque le dommage survient.

579. La réflexion menée sur l'évolution de l'environnement des personnes handicapées nous mène tout naturellement à nous interroger sur les contours de la responsabilité civile en établissement. D'emblée, plusieurs interrogations se font jour. Alors que l'environnement médico-social nous invite à considérer l'inclusion des personnes handicapées et la vie ordinaire dans la cité, il semble surprenant de constater que le thème de la responsabilité ne soit pas porté en débat. Au cours des réunions avec les partenaires publics, les directions d'établissement doivent démontrer qu'elles mènent des actions inclusives sans qu'elles soient interrogées sur les mécanismes d'assurances subséquents. Les familles accompagnent ce mouvement en apportant leur soutien à des projets d'aménagements de locaux plus ouverts vers l'extérieur, conjugués à des projets d'accompagnement individuel renouvelés. La responsabilité des

établissements sera évoquée par les familles lors des premiers problèmes rencontrés par leur enfant. La question de la responsabilité sera par contre au centre des préoccupations des salariés de l'établissement. Aucune direction ne peut évacuer cette préoccupation sans avoir fourni des explications claires relatives aux règles en vigueur. Les réponses apportées doivent être claires, car elles font souvent l'objet d'une inscription dans un compte-rendu du comité social économique. Les réponses apportées doivent également être justes, car il est nécessaire de rassurer toutes les parties prenantes si l'on souhaite qu'elles deviennent les porte-paroles du changement de paradigme dans les établissements. Ces explications seront demandées plusieurs fois et les directions seront amenées à poursuivre plus avant un travail d'acculturation.

580. Ce besoin constant d'explication ne se justifie pas par une simple incompréhension des acteurs qui ne parviendraient pas à appréhender correctement le droit applicable. Inconsciemment, on peut rechercher plus loin les raisons qui poussent à être rassurés. Le droit de la responsabilité civile issu du Code civil de 1804 n'est pas resté figé, ignorant l'évolution de la société. La jurisprudence a été motrice de changements importants. La codification de cette œuvre prétorienne s'effectue plus lentement en France qu'en Belgique. Annoncée pour la France en 2017, la réforme du droit de la responsabilité se fait encore attendre. A l'instar du travail mené à propos de la CIDPH, la Belgique a finalisé sa réforme de la responsabilité qui sera effective au début de l'année 2023.

581. A côté du droit des contrats, le Code civil nous invite à considérer un champ de responsabilité civile plus vaste. L'article 1240¹⁰²⁸ du Code civil (*ancien article 1382*) dispose que les actions qui créent un dommage, obligent l'auteur à le réparer. Le Code civil distingue trois sources de responsabilité, le fait des choses (**A**), l'action des préposés (**B**) et le fait d'autrui (**C**).

¹⁰²⁸ Code civil, Article 1240 : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032041571/2022-03-13, [Consulté le 19 octobre 2022].

A. La responsabilité du fait des choses

582. Une échelle qui bascule et qui blesse une personne, un pot de fleurs qui tombe d'une fenêtre et endommage un véhicule et un réfrigérateur qui dysfonctionne et crée un problème sanitaire, autant de problèmes qui peuvent jalonner le quotidien des directions d'établissement. A chaque fois, la question de la responsabilité en établissement se pose. Répondre à la question de l'échelle qui bascule, nous amène à nous interroger sur son utilisation par le personnel d'entretien de l'établissement et sur la responsabilité des préposés du fait des matériels utilisés pour effectuer leurs missions. Un pot de fleurs qui tombe à cause du vent doit-il entraîner la responsabilité de la direction ? Enfin, les problèmes liés à la restauration interrogent les relations entre l'établissement et le prestataire. La liste est longue des problèmes qui naissent dans un établissement et qui exigent que les directions soient rapidement en capacité de déterminer les responsables des dommages. Un constat s'impose rapidement, la réponse juridique a évolué au fil du temps. D'un principe de responsabilité pour faute, la jurisprudence a développé un principe général de responsabilité du fait des choses.

583. A partir du Code civil (1), la jurisprudence a suivi les évolutions de la société au cours du 19^{ème} siècle (2) et du 20^{ème} pour poser un principe général de responsabilité (3).

1. Le Code civil de 1804 et la prédominance de l'adage « *actori incumbit probatio* »

584. Les rédacteurs du Code civil n'avaient pas envisagé un principe général de responsabilité du fait des choses. L'article 1242 évoque dans son premier alinéa qu'« *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ». Pour les rédacteurs du Code civil, les dommages étaient, avant tout, le fruit d'une action humaine du propriétaire de la chose ou de son utilisateur. La mention de la responsabilité « *des choses que l'on a sous sa garde* » devait être interprétée comme l'annonce de cas particuliers, énoncés aux articles 1243 et 1244. L'article 1243 dispose que « *Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé* ». L'article 1244, quant à lui, traite des dommages causés par les bâtiments et indique

que « *Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction* ».

585. En dehors de ces deux situations explicites, le Code civil n'envisageait aucune autre forme de responsabilité du fait des choses. Il est évident que cette orientation juridique correspondait à une société très peu mécanisée. Cela n'empêchait pas la production de dommages liés aux choses. Pour se voir attribuer une compensation du dommage, la victime devait prouver la faute du propriétaire ou de l'utilisateur. On peut accompagner le Professeur Louis Josserand¹⁰²⁹ au travers de son ouvrage édité en 1897 par la Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence¹⁰³⁰ pour retracer l'évolution du droit de la responsabilité du fait des choses. Il est rappelé que les rédacteurs du Code civil n'envisageaient la responsabilité du fait des choses qu'à partir du moment où elle épousait plus largement la théorie de la faute Aquilienne. Cette conception a prévalu jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle et n'a pas permis de garantir une réparation du préjudice subi par les victimes.

586. Le développement de l'industrie a interrogé le droit de la responsabilité du fait des choses, le dommage changeant de caractère pour devenir « *anonyme* »¹⁰³¹. Le Professeur Louis Josserand de poursuivre en indiquant que cette prédominance de la faute, désarme les victimes qui seront « *vaincues d'avance. Leurs adversaires se réfugieront victorieusement derrière l'article 1382 qui, avec son allure très offensive, se prêtera bien plus volontiers au rôle de bouclier* ». A l'aune de cette approche, l'appel de responsabilité ne sera effective que si l'activité devient illicite et que la victime apporte la preuve de la faute¹⁰³². On comprend dès lors que la victime était dans une position délicate qui lui permettait difficilement d'obtenir réparation du dommage.

¹⁰²⁹ Etienne Louis Josserand est professeur de droit et doyen honoraire de la faculté de droit de Lyon.

¹⁰³⁰ De la responsabilité du fait des choses inanimées, *Louis Josserand*, Paris 1897, Editeur Arthur Rousseau.

¹⁰³¹ *Ibid.*, page 7.

¹⁰³² Charles Demolombe, Engagements, p.572 : « *Un fait licite ne saurait engendrer la responsabilité civile édictée par les articles 1382 et suivants, puisqu'il ne constitue ni une faute, ni une imprudence, ni une négligence. C'est là tout simplement l'exercice d'un droit. Et Gaius disait fort justement : Nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur. Il en est ainsi, bien entendu, lors même que le fait licite, commis dans l'exercice d'un droit, causerait un dommage à autrui. Autrement il est clair que le droit lui-même n'existerait pas si celui auquel i appartient pouvait, en l'exerçant, encourir une responsabilité civile* »

587. A la fin du 19^{ème} siècle, la doctrine faisait évoluer son approche de la responsabilité du fait des choses en acceptant qu'une personne répare les préjudices d'une machine dont elle tire des revenus¹⁰³³.

2. Les interventions de la Cour de cassation

588. Dès la fin du 19^{ème} siècle, la Cour de cassation était appelée à se prononcer sur les contours de la responsabilité du fait des choses. Elle adopta le principe de l'indemnité de la victime d'un accident en affirmant :

« Attendu que l'arrêt attaqué constate souverainement que l'explosion de la machine du remorqueur à vapeur Marie, qui a causé la mort de Teffaine, est due à un vice de construction : qu'aux termes de l'article 1384 du Code civil, cette constatation, qui exclut le cas fortuit et la force majeure, établit, vis-à-vis de la victime de l'accident, la responsabilité du propriétaire du remorqueur sans qu'il puisse s'y soustraire en prouvant soit la faute du constructeur de la machine, soit le caractère occulte du vice incriminé¹⁰³⁴ ».

589. Par un arrêt en date du 13 février 1930¹⁰³⁵, la Cour de cassation, statuant toutes chambres réunies, va reconnaître une « *présomption de responsabilité établie* » par l'article 1384 al.1. En l'espèce, il s'agissait de statuer sur une demande d'indemnités à la suite d'un accident de la route subi par une adolescente. La Cour de cassation va formuler deux affirmations qui constituent le droit positif de la responsabilité du fait des choses¹⁰³⁶. Le principe général de

¹⁰³³ Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, 1894, page 659 et s., « *La responsabilité du chef d'industrie ne dériverait pas de son contrat, ni même de son délit, mais de l'obligation que la loi lui impose, parce qu'il a la direction de l'exploitation et qu'il a les bonnes comme les mauvaises chances, de prendre sur lui les risques de l'industrie* ».

¹⁰³⁴ C.cass., 16 juin 1896, S.97,1,17. *Le Droit* du 5 juillet 1896.

¹⁰³⁵ C.cass., Chambres réunies, du 13 février 1930, Jand'heur, Publié au bulletin, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006952821/>, [Consulté le 22 novembre 2022].

¹⁰³⁶ La Cour considère que : « *la présomption de responsabilité établie par cet article à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable ; qu'il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue* ».

Elle considère par ailleurs que « *la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme ; qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même* ».

responsabilité du fait des choses est mis en exergue, en considérant que l'article 1384 al.1 devait guider la Cour dans la motivation de sa décision. La faute est abandonnée comme fondement de la responsabilité du fait des choses, nous obligeant à considérer une responsabilité de plein droit. L'arrêt de la Cour de cassation fournit également des indications, quant à la nature des choses. La responsabilité ne dépend pas de la dangerosité des choses ou du fait qu'elles soient ou non actionnées par la main de l'homme.

3. La responsabilité du préposé gardien de la chose

590. Après ces différentes évolutions de la jurisprudence, la définition de la notion de garde de la chose est désormais bien établie. On est responsable des dommages liés aux choses dont on a l'usage, la direction et le contrôle. Pour autant, on comprend qu'il peut être délicat de déterminer avec certitude si le préposé d'un établissement se trouve dans la situation d'un gardien. La jurisprudence a répondu à la question en indiquant que l'on ne peut cumuler le fait d'être préposé et gardien d'une chose. L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 1998¹⁰³⁷ confirme cette position en indiquant : « *Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a considéré que M. Jean-Claude X... était à la fois préposé de M. Z... et gardien de la fourgonnette, alors que ces deux qualités sont incompatibles, a violé le texte susvisé* ». Cette solution jurisprudentielle s'explique par le fait que le préposé n'exerce pas un pouvoir autonome de contrôle et de direction de la chose, s'il agit dans le cadre de ses fonctions.

591. Dans la majorité des situations, les directions peuvent exposer ces règles afin de rassurer les équipes des établissements. Les dommages causés par des matériels confiés au salarié seront couverts par l'assurance de la structure. La jurisprudence présume que le propriétaire est gardien des choses mises à disposition dans le cadre de l'activité. Il s'agit d'une responsabilité objective dont le propriétaire ne peut s'exonérer en démontrant qu'il n'a pas commis de faute.

B. La responsabilité des commettants du fait des préposés

592. L'alinéa 5 de l'article 1242 du Code civil dispose que « *les maîtres et les commettants* » sont responsables « *du dommage causé par leur domestique et préposés dans les fonctions* ».

¹⁰³⁷ C.cass., Chambre civile 2, du 1 avril 1998, 96-17.903, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007372390/>, [Consulté le 23 novembre 2021].

auxquelles ils les ont employés ». Cet alinéa reprend mot pour mot ce que l'on pouvait lire sous l'ancien article 1384. Avant d'aller plus avant dans l'analyse de cet article, nous pouvons suivre les traces d'Adam Mickiewicz¹⁰³⁸ qui conseillait de prendre du recul par la pensée afin de préparer le futur. Cette démarche devrait être la règle dans chaque établissement médico-social qui est quotidiennement soumis à une exigence de rapidité. Il est intéressant de compléter le mot d'Adam Mickiewicz par celui de Talleyrand¹⁰³⁹ qui invitait tout le monde à prendre de la distance par rapport à l'urgence des situations rencontrées. C'est au prix de ce temps de pause que les directions pourront envisager une action d'acculturation des équipes. L'article 1242 du Code civil invite tout particulièrement à cet exercice pour plusieurs raisons.

593. En premier lieu, il est intéressant de constater que le temps n'a pas eu de prise sur cette disposition du Code civil. « *Ce siècle avait deux ans*¹⁰⁴⁰ » écrivait le poète et le juriste, quant à lui, de constater que plus de deux siècles séparent l'article 1384 de sa nouvelle codification sans que le contenu ne soit modifié. A première vue, cet immobilisme donne l'impression que nous sommes en présence d'un domaine qui n'est pas impacté par le temps. La responsabilité des commettants aurait été parfaitement appréhendée dès 1804, « *dès que ce siècle avait quatre ans* ». La réalité est bien sûr différente et le commettant du début du 19^{ème} siècle n'est pas identique à celui du 21^{ème} siècle, pas plus que les préposés et les domestiques.

594. Ensuite, il est important de prendre du recul et de se rappeler quelles sont les raisons qui nous amènent à nous interroger sur ce domaine de responsabilité civile. Il s'agit, dans le cadre d'un établissement médico-social, d'expliquer les contours et les conséquences juridiques du principe de responsabilité civile en direction de collaborateurs qui n'ont pas suivis de formation juridique. Avant d'expliquer le fonctionnement dans le détail de l'article 1242 alinéa 5 du Code civil, il est nécessaire de définir les termes juridiques. En effet, une direction ne peut envisager d'aborder les règles juridiques avec les salariés en utilisant les termes de commettant, de maître et de domestique, sous peine d'avoir des réclamations officielles des instances représentatives

¹⁰³⁸ Adam Mickiewicz (1798.1855) est un célèbre poète polonais du 18^{ème} siècle qui a écrit, « *En se préparant à l'avenir, il faut reculer par la pensée vers le passé ; mais autant seulement que l'homme qui se prépare à sauter un fossé recule pour mieux prendre son élan* ». Partant, l'auteur nous invite à prendre du recul par la pensée avant de se tourner vers des actions futures.

¹⁰³⁹ Charles-Maurice de Talleyrand-Périgord (1754-1838), Diplomate et homme d'Etat français, « *Quand il est urgent, c'est déjà trop tard* ». Il est utile de rappeler cette phrase pour inviter les équipes à prendre de la distance et de la hauteur par rapport au flux permanent d'informations dans les établissements.

¹⁰⁴⁰ Victor Hugo, Les feuilles d'automne, Ce siècle avait deux ans, 1830.

du personnel. Le dialogue social, nécessaire pour que le fonctionnement de l'établissement change ne peut débiter par une incompréhension sémantique qui serait mal interprétée. Le dictionnaire de Vocabulaire juridique¹⁰⁴¹ fournit une définition du commettant, comme étant « celui qui charge une personne (nommée préposé) d'une mission dans l'exécution de laquelle cette dernière lui est subordonnée (soit en vertu d'un contrat, soit du fait des circonstances) ». Le dictionnaire rappelle également que le commettant est responsable des dommages causés par le préposé dans l'exercice de ses fonctions selon l'article 1242 du Code civil.

595. Fort de cette définition, on comprend que cet article du Code civil couvre les dommages nés de l'exécution d'un contrat de travail. Sans entrer à ce stade dans le détail et dans les cas particuliers, le directeur d'établissement dispose avec l'article 1242 du Code civil d'une ligne directrice qui pourra être dessinée dans l'établissement afin de construire les fondations de nouvelles formes d'action. Engager des changements d'actions à l'aune de la CIDPH induit des questionnements de la part des collaborateurs. Parmi les nombreuses interrogations soulevées auprès des directions, celles relatives à la responsabilité occupent souvent une place centrale. Il est important que les directions puissent rassurer, en affirmant que leur responsabilité civile couvre les principaux dommages de la vie d'un établissement. Par ailleurs, il est conseillé de consacrer du temps à expliquer le contrat d'assurances souscrit par l'établissement qui décrit les domaines couverts, ainsi que les volumes financiers garantis. Cette démarche explicative participera également à rassurer les salariés, les familles et les personnes accueillies et à favoriser l'effectivité des droits.

596. Pour être tout à fait transparent dans cette approche de la responsabilité des commettants et des préposés, il est toutefois nécessaire que les directions indiquent qu'il demeure des cas de responsabilité personnelle des salariés. Il serait faux de croire que les salariés bénéficient d'une impunité totale, du fait de l'existence de leur lien contractuel avec l'entreprise. C'est notamment le cas des salariés qui peuvent être condamnés pénalement pour avoir intentionnellement commis une infraction, ayant portée préjudice à un tiers. Le fait d'avoir agi sur ordre de l'employeur dans le cadre de ses missions, n'exonère pas non plus le salarié de sa responsabilité civile. Un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation en date du 27 novembre 2019¹⁰⁴² confirme cette approche, en reconnaissant la responsabilité d'un comptable condamné pour

¹⁰⁴¹ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.*, p. 196.

¹⁰⁴² C.cass. civ.1re Chambre, 27 nov. 2019, n° 18-21.191, F-D : JurisData n° 2019-021435.

faux en écriture et usage de faux en écriture et appelé en responsabilité civile du fait du dommage créé. En l'espèce, il s'agissait d'une affaire mettant en cause deux huissiers de justice (depuis le 1^{er} juillet 2022, les huissiers de justice sont appelés commissaire de justice) et un employé de l'étude en tant que comptable. La Chambre nationale des commissaires de justice les a assignés, tous les trois en responsabilité, pour avoir détournés de l'argent. Le comptable, ayant le statut de salarié de l'étude, contestait le fait d'avoir été condamné *in solidum* à payer plus d'un million d'euros à la Chambre nationale. Il contestait la décision de la Cour d'appel qui avait décidé que « *le préposé, condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile envers celui-ci, quelles que soient les limites de sa mission* ». La Cour de cassation a suivi le raisonnement de la Cour d'appel, en rappelant que le comptable avait été condamné pénalement pour avoir commis une faute intentionnelle ayant porté préjudice à un tiers, « *fût-ce sur l'ordre du commettant* ». Cette jurisprudence récente rappelle les limites de l'immunité du salarié dans le cadre du contrat de travail et correspond, par ailleurs, à la position du projet de réforme de 2017 sur le droit des obligations qui prévoit dans son article 1249 alinéa 4 que « *le préposé n'engage sa responsabilité personnelle qu'en cas de faute intentionnelle ou lorsque, sans autorisation, il a agi à des fins étrangères à ses attributions* ». Il est important de rappeler que l'immunité du préposé du fait de son contrat de travail n'est pas totale.

597. La responsabilité du commettant du fait des actes commis par un préposé, exige un lien de préposition (1) et que le fait générateur soit commis dans l'exercice des fonctions (2). La jurisprudence a défini plus avant les contours de la responsabilité du commettant (3). L'examen du droit pénal nous indique par ailleurs que l'immunité du préposé ne peut être totale (4).

1. Fondement de la responsabilité des commettants : le lien de préposition

598. Indiquer qu'il existe un lien de préposition entre le commettant et le préposé revient à reconnaître une autorité du commettant qui lui permet de donner des ordres et des instructions dans le cadre de la relation de travail. La définition de la relation du commettant et du préposé s'inscrit dans une perspective de jurisprudence ancienne. En 1937¹⁰⁴³ déjà, la Cour de cassation affirmait que la Cour d'appel de Besançon avait violé le texte de l'article 1384 du Code civil en rejetant la responsabilité d'une société ayant assurée le transport de personnes. En l'espèce,

¹⁰⁴³ C.cass. civ., 4 mai 1937, Bull.civ, N.95 P.204.

un accident de la route avait occasionné des décès et la Cour d'appel n'avait retenu que la seule responsabilité du conducteur du véhicule, en justifiant sa décision par cet attendu :

« Attendu que par arrêt du 25 février 1931, confirmant par adoption de motifs un jugement du 21 février 1930, la Cour d'appel de Besançon a déclaré Z... entièrement responsable de l'accident et l'a condamné à réparer le préjudice causé à la dame X..., mais a mis la société Zuber-Rieder hors de cause, motif pris, d'une part, de ce que la victime étant transportée à titre gratuit, la société ne se trouvait pas avoir assumé les obligations d'un contrat de transport et d'autre part, de ce que Z... n'étant pas son préposé au moment de l'accident, elle n'avait pas à supporter la responsabilité de ses fautes ». La Cour de cassation rappelle que le lien de préposition demeure malgré le fait que le transport soit gratuit et que le directeur ne soit pas présent physiquement.

599. Dans le cadre d'un établissement médico-social, le lien de préposition ne fait aucun doute lorsqu'on se retrouve face à un contrat de travail. La direction peut donner des ordres ou des instructions à un salarié placé sous son autorité et préposé à certaines fonctions. Il existe donc une assez grande proximité entre les termes de commettant et préposé, utilisés en droit civil et ceux d'employeur et de salarié mobilisés par le droit du travail. Cependant, le lien de préposition englobe des situations qui dépassent le cadre du contrat de travail. Dans les établissements il est fréquent que des familles participent à des activités, à l'intérieur comme à l'extérieur, avec des personnes handicapées. Les questions afférentes à la responsabilité ne sont pas directement portées à l'agenda des familles, préalablement à leur participation à des activités avec leur proche. Pour autant, les directions doivent s'en saisir pour rassurer toutes les parties prenantes et anticiper les difficultés qui pourraient naître d'une sortie. Car en effet la définition du lien de préposition, en dehors du domaine contractuel, n'est pas évidente.

600. Les établissements sont de plus en plus invités à développer leur réseau de bénévoles, afin de pallier le manque de personnel. Pour nombre d'associations parentales, ces participations sont naturelles et constituent un agréable moment de partage avec leur proche ainsi qu'avec les équipes. Afin que ces actions bénévoles soient correctement couvertes, il est nécessaire que les directions étudient correctement les contrats d'assurance de l'établissement. La jurisprudence quant à elle, n'hésite pas à reconnaître un lien de préposition entre un établissement et une personne bénévole. Partant, elle considère que le bénévole se place sous l'autorité des organisateurs et qu'il est de fait, intervenu en qualité de préposé occasionnel.

C'est la position de la Cour d'appel de Grenoble dans un arrêt rendu le 11 juin 2019¹⁰⁴⁴. En l'espèce, la Cour d'appel devait rendre un arrêt à propos d'un litige jugé en première instance par le Tribunal de Grande Instance de Gap. Il s'agissait d'un accident de ski de fond lors d'une manifestation organisée par la commune d'Anceille (05), en partenariat avec le conseil régional et l'association Hautes Alpes Ski de Fond. La victime a chuté alors qu'elle se tenait à un accompagnateur bénévole et a demandé une indemnisation à l'assureur de la personne bénévole. En première instance, le Tribunal n'a pas donné suite aux demandes de la victime au motif qu'il existait un lien de préposition entre le bénévole et l'association. La Cour d'appel confirme cette interprétation au motif qu'un lien de préposition peut résulter d'une autorité de fait, que le bénévole s'est conformé aux instructions des organisateurs sans commettre de fautes. Et la Cour d'appel de conclure, « *Dès lors, en prêtant son concours en tant que bénévole à cette manifestation payante, M. Z s'est placé sous l'autorité des organisateurs, dont il a reçu des instructions sur le programme à respecter et sur le parcours à suivre pour accompagner le groupe de skieurs, si bien qu'en agissant au nom et pour le compte des organisateurs ainsi qu'à leur profit, il est intervenu en qualité de préposé occasionnel* ».

601. Cette jurisprudence met en évidence la validité juridique d'un lien de subordination occasionnel qui permet d'appeler directement la responsabilité d'un établissement, du fait des dommages causés par des bénévoles. Dans un arrêt du 30 janvier 2019¹⁰⁴⁵, la chambre sociale de la Cour de cassation s'inscrit dans la même dynamique de reconnaissance du lien de subordination occasionnel en reconnaissant la responsabilité d'une association qui « *engage sa responsabilité à raison d'actes à caractère discriminatoire ou constitutifs de harcèlement moral commis par ses préposés, et ce y compris par des bénévoles* ». Le fait de disposer d'un pouvoir de surveillance, de direction et de contrôle¹⁰⁴⁶ induit un lien de préposition permanent ou occasionnel.

¹⁰⁴⁴ CA Grenoble, chambre civile 02, 11 juin 2019 n° 14/03023.

¹⁰⁴⁵ C.cass. soc., 30 janvier 2019, n°17-28.905.

¹⁰⁴⁶ C.cass.civ., 2^e Chambre, 7 déc. 1983 : JCP 1984, IV, n° 55. Selon la Cour de cassation, le préposé est « *celui qui agit pour le compte d'une autre personne, celui qui remplit une fonction pour le compte de cette dernière, laquelle possède à son égard un pouvoir de surveillance, de direction et de contrôle* ».

2. L'acte du préposé : Fait générateur commis dans l'exercice de ses fonctions

602. Avant d'étudier les conditions nécessaires afin qu'un acte d'un salarié engage la responsabilité du commettant, il est nécessaire de rappeler quelles sont les conditions générales du mécanisme de la responsabilité civile. La mise en œuvre de la responsabilité civile nécessite l'existence d'un dommage matériel, moral ou corporel, d'un fait générateur de ce dommage et d'un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage. Le fait générateur peut être le fait personnel, le fait des choses ou le fait d'autrui (Article 1242 alinéa 1). La responsabilité des commettants s'inscrit dans le cadre de la responsabilité du fait d'autrui. C'est ce schéma juridique qu'il faut mettre en avant dans le cadre des établissements médico-sociaux, afin de rassurer les salariés sur les conséquences de leurs actes dommageables. La mise en œuvre d'un nouveau projet d'établissement se rapprochant des orientations de la CIDPH ne pourra être effective, qu'après avoir exposé l'environnement juridique qui couvre les salariés d'un établissement. Ces questionnements autour du thème de la responsabilité reviendront systématiquement lors des réunions et les directions devront sans cesse, prendre un temps d'explication.

603. D'apparence simple à appréhender, l'alinéa 5 de l'article 1242 du Code civil exige de l'attention afin de bien cerner la portée juridique de chaque mot. Les commettants sont responsables de leurs préposés « *dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* » et non « *à l'occasion des fonctions auxquelles ils les ont employés* », la simplicité de cette formule a ouvert la voie à de multiples interprétations jurisprudentielles. La proximité des règles civiles avec celles en vigueur en droit du travail n'a pas facilité l'interprétation et la compréhension de ces quelques mots. Faut-il travailler plus avant le contrat de travail, afin qu'il éclaire finement les fonctions du salarié ? Dans le cadre d'une activité bénévole, doit-on prévoir avant tout début d'activité la signature d'un contrat de bénévolat ? Doit-on fournir une fiche de fonction détaillée pour chacun et cela suffira-t-il à écarter toutes les questions juridiques ? La liste des questions ne manquera pas de s'étoffer lorsqu'on abordera les situations concrètes et même si elles ne sont pas posées officiellement, les directions doivent se questionner. La situation du dommage causé par un préposé, alors qu'il agit hors de ses fonctions, est fréquente. Il ne faut pas lire sous les termes « *hors de ses fonctions* », des situations exceptionnelles. Depuis presque cent ans, la jurisprudence s'est penchée sur une définition de ces termes, en cherchant une position commune des chambres civiles et criminelles pour déterminer l'abus de fonction d'un salarié.

La chambre criminelle adoptait une position libérale en reconnaissant la responsabilité du commettant pour les délits du préposé commis hors fonction, dès lors que les fonctions avaient facilité la réalisation du délit. De son côté la chambre civile adoptait une position plus restrictive, écartant la responsabilité du commettant lorsque le délit avait trouvé sa source en abusant de ses fonctions, ce qui induit que l'acte est étranger à la fonction.

604. Dès 1931¹⁰⁴⁷, la chambre criminelle de la Cour de cassation admet que le commettant soit responsable des actes de son préposé, même si ces derniers sortent du cadre normal de son travail. Pour la Cour, il suffit que les actes dommageables aient été facilités par la fonction. Quarante ans plus tard dans un arrêt en date du 10 juin 1977¹⁰⁴⁸, la Cour en assemblée plénière dispose que « *le commettant n'est pas responsable du dommage causé par le préposé qui utilise sans autorisation, à des fins personnelles, le véhicule à lui confier dans l'exercice de ses fonctions* ». En l'espèce, la Cour devait statuer sur un accident de voiture ayant causé un mort et quatre blessés. Le salarié avait utilisé son véhicule de service, alors qu'il lui était interdit de le mobiliser à des fins personnelles. L'arrêt confirme la position de la Cour d'appel de Bourges, en raison de l'utilisation sans autorisation et à des fins personnelles du véhicule. Le fait que le véhicule soit lié aux fonctions du salarié, n'entraîne pas la responsabilité du commettant. Dans le même sens, on peut souligner un arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 1983¹⁰⁴⁹ qui indique que la responsabilité du commettant n'est pas engagée lorsque l'acte du préposé est étranger à ses attributions et qu'il est réalisé sans autorisation. Dès lors, on peut considérer que le salarié s'est placé hors de ses fonctions. Dans cette affaire, un salarié avait détourné du fuel destiné à un client puis l'avait déversé dans une carrière en provoquant une pollution de plusieurs communes. La Cour de cassation reconnaît la position de la Cour d'appel qui déclare que c'est « *à bon droit que la responsabilité* » de l'employeur n'est pas engagée.

605. Afin de mettre un terme à la question de la responsabilité du commettant, la Cour de cassation s'est encore réunie en 1985 et 1988. Dans un arrêt en date du 15 novembre 1985¹⁰⁵⁰ elle décidait qu'il fallait le cumul de deux conditions, afin d'exonérer le commettant de sa responsabilité. Le dommage devait être causé par un préposé, agissant sans autorisation du

¹⁰⁴⁷ C.cass.crim., 20 juillet 1931 : DH 1931, p.493.

¹⁰⁴⁸ C.cass. Ass.Pl., du 10 juin 1977, 75-93.163, *Publié au bulletin*, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006999167>, [Consulté le 8 novembre 2022].

¹⁰⁴⁹ C.cass. Ass. Pl., du 17 juin 1983, n° 82-91.632, Grands arrêts n°141.

¹⁰⁵⁰ C.cass. Ass. Pl., du 15 novembre 1985, n° 84-12.601.

commettant et à des fins étrangères à ses attributions et de conclure que : « *l'article 1384, alinéa 5, du Code civil ne s'appliquent pas au commettant en cas de dommages causés par le préposé qui, agissant sans autorisation à des fins étrangères à ses attributions, s'est placé hors des fonctions auxquelles il était employé* ». Enfin, un arrêt en date du 19 mai 1988¹⁰⁵¹ est venu mettre un premier terme à ce débat jurisprudentiel débuté cinquante ans auparavant, en indiquant que le commettant ne s'exonère de sa responsabilité qu'à trois conditions cumulatives. Tout d'abord, il faut que le préposé ait agi hors des fonctions auxquelles il est employé. Ensuite, il est nécessaire que le préposé ait agi sans autorisation. Enfin, il faut que le préposé ait agi à des fins étrangères à ses attributions. Ces trois conditions cumulées permettent une reconnaissance de l'abus de fonction du préposé et exonère civilement le commettant. En détournant des sommes versées sur des contrats de capitalisation, un inspecteur d'assurance avait agi dans l'exercice de ses fonctions et partant, engageait la responsabilité de la compagnie d'assurance, « *Mais attendu que le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions. Et attendu que l'arrêt relève que M. Y., en faisant souscrire à Mme X., des contrats de capitalisation, était dans l'exercice de ses fonctions...Que de ces énonciations, d'où il résulte que M. Y..., en détournant des fonds qui lui avaient été remis dans l'exercice de ses fonctions, ne s'était pas placé hors de celles-ci...* ».

606. Depuis 1988, la jurisprudence était clairement établie quant aux conditions d'exonération de responsabilité du commettant. Cette stabilité prétorienne doit être mise en avant dans le cadre des établissements médico-sociaux, afin de rassurer les salariés quant à l'engagement de leur responsabilité civile personnelle. L'arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion de 2009¹⁰⁵² fournit un exemple d'illustration de la jurisprudence de 1988. Un centre de rééducation est appelé en responsabilité du fait des actes d'un salarié. En l'espèce, le salarié a été reconnu coupable de viols et agressions sexuelles par personne ayant autorité sur plusieurs mineurs dans l'enceinte d'un établissement et dans le cadre des cours qu'il dispensait. Malgré la gravité des faits, la Cour d'appel indique que « *le préposé ayant trouvé dans son emploi l'occasion et les moyens de sa faute, l'établissement engage pleinement sa responsabilité civile* ». Par ailleurs, il est rappelé que la gravité de la faute ayant causé le dommage n'a aucune incidence sur l'obligation de garantie qui incombe à la compagnie d'assurance. Même si l'arrêt

¹⁰⁵¹ C.cass. Ass. Pl., du 19 mai 1988, n° 87-82.654.

¹⁰⁵² CA Saint-Denis de la Réunion, CT0062, 25 septembre 2009, n°08/00304

de 1988 permettait d'indiquer de manière plus claire les conditions d'appel de responsabilité des commettants, il n'a pas permis d'arrêter un mouvement de recherche d'immunité plus globale des préposés. Le début du 21^{ème} siècle a connu une évolution notable.

3. La définition jurisprudentielle de la responsabilité des commettants

607. Par un arrêt du 25 février 2000¹⁰⁵³, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a poursuivi un travail d'explication des conditions d'appel de la responsabilité civile des commettants. Suite à cette décision, il faut désormais considérer que le préposé n'engage pas sa responsabilité civile lorsqu'il agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été confiée par son commettant. La Cour de cassation détermine de nouvelles limites d'immunité du préposé à l'égard de la victime. En l'espèce, dans cet arrêt, il s'agissait de déterminer les responsabilités lors d'un accident d'épandage d'herbicides sur des rizières voisines de l'entreprise. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait retenu la responsabilité du pilote d'hélicoptère qui aurait dû suspendre le processus d'épandage au regard des conditions météorologiques. Ce faisant, elle confirmait la position de la juridiction de première instance. Le pilote s'est pourvu en cassation estimant que sa responsabilité ne pouvait être engagée sur la base de l'article 1240 du Code civil¹⁰⁵⁴. La question posée à la Cour était donc de savoir si un préposé pouvait être appelé en responsabilité sans qu'il excède les limites de sa mission. Cette question simple permet d'éviter les interrogations cumulatives permettant de définir l'abus de fonction.

608. Le 25 février 2000, la Cour délimite de nouvelles règles de responsabilité civile des commettants. Elle énonce que « *le préposé qui agit dans le cadre de la mission qui lui est impartie par l'employeur et qui n'en a pas outrepassé les limites ne commet pas de faute personnelle susceptible d'engager sa responsabilité dans la réalisation d'un dommage* ». L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel au motif que le pilote

¹⁰⁵³ C.cass. Ass. Pl., du 25 février 2000, 97-17.378 97-20.152, Costedoat, Publié au bulletin, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007043704/>, [Consulté le 9 novembre 2022].

¹⁰⁵⁴ Code civil, Article 1240, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032041571/2022-03-13, [Consulté le 19 octobre 2022] : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

n'avait pas excédé les limites de sa mission et que ce sont les employeurs qui « *avaient décidé des produits à utiliser et qui les avaient achetés et qu'il leur appartenait en conséquence de donner des ordres à M. Y., et de lui interdire son travail en raison des conditions météorologiques* ». Cet arrêt reconnaît une forme d'immunité au profit du préposé, ce dernier ne pouvant plus être appelé sur la base de l'article 1240.

609. Il est important d'exposer cette solution jurisprudentielle dans le cadre d'un établissement, afin d'appuyer l'idée selon laquelle les dommages causés lors des accompagnements de personnes handicapées n'engagent que la responsabilité civile de l'employeur. Cette solution vaut autant pour les salariés que pour les bénévoles de l'établissement. Partant, l'immunité civile du préposé ne signifie pas immunité de tous les acteurs, l'employeur demeure responsable des dommages. Le développement de nouvelles actions et de nouveaux accompagnements de personnes handicapées à l'aune de la CIDPH peut donc se mettre en place dans l'établissement, en étant libéré du poids de la question de la responsabilité civile.

4. La faute pénale, une limite à l'immunité civile du préposé

610. L'immunité évoquée plus haut n'a pas résisté devant la constatation d'une faute pénale. Dans l'arrêt Cousin¹⁰⁵⁵, un salarié avait obtenu frauduleusement des subventions en vue de financer de faux contrats de qualification. La Cour d'appel de Paris condamne le salarié pour faux, usage de faux et escroqueries, et reconnaît sa responsabilité civile. Ce faisant, cet arrêt rompt avec la jurisprudence Costedoat en oubliant la notion de limites de mission au profit de la responsabilité pénale qui entraîne la responsabilité civile du salarié. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation indique « *que le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci ; que dès lors, en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ». Une question se pose alors de savoir si la condamnation pénale du salarié était obligatoire et préalable pour engager sa responsabilité civile. La Cour de cassation a répondu par la négative à cette question

¹⁰⁵⁵ C.cass. Ass. Pl., 14 décembre 2001, 00-82.066, Cousin, Publié au bulletin, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007045753/>, [Consulté le 11 novembre 2022].

par un arrêt du 7 avril 2004¹⁰⁵⁶, en reconnaissant que la simple commission d'une infraction suffit. Par ailleurs, il faut signaler que l'infraction peut être intentionnelle ou non intentionnelle. Commise dans l'exercice des fonctions, la faute au sens de l'article 121-3 du code pénal¹⁰⁵⁷ peut engager la responsabilité civile du préposé titulaire d'une délégation de pouvoirs¹⁰⁵⁸. L'arrêt de la Cour de cassation indique que : « *dès lors, le préposé, titulaire d'une délégation de pouvoir, auteur d'une faute qualifiée aux sens de l'article 121-3 du code pénal, engage sa responsabilité civile à l'égard du tiers victime de l'infraction, celle-ci fût-elle commise dans l'exercice de ses fonctions* ».

611. Après avoir évoqué ces évolutions jurisprudentielles, on peut désormais en tirer une synthèse. A la suite de l'arrêt Costedoat, le préposé dispose d'une assez grande immunité civile s'il agit dans le cadre de ses fonctions. Pour autant, cette immunité n'est pas totale et la commission d'une faute par le préposé au sens de l'article 121-3 du code pénal suffit à engager sa responsabilité civile. Dans le cadre de l'exposé des règles de responsabilité dans les établissements, les directions doivent indiquer ces deux faces d'une même pièce. Le préposé est protégé par les mécanismes de responsabilité civile de l'employeur dans la mesure où ses actes ne sont pas pénalement répréhensibles. L'arrêt de 2004 pointe également la délégation de pouvoirs comme étant un élément important de répartition de responsabilité. A ce stade, sans aller plus avant sur l'environnement juridique de cette notion, il est important de souligner que la signature d'une délégation ne doit pas être vue comme un acte banal sans incidence sur sa responsabilité. Au contraire, nous détaillerons ce point plus loin, on peut considérer que la

¹⁰⁵⁶ C.cass. crim., 7 avril 2004, n°03-86.203.

¹⁰⁵⁷ Code pénal, Article 121-3 : « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.*

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. Il n'y a point de contravention en cas de force majeure ».

¹⁰⁵⁸ C.cass. crim., 28 mars 2006, n°05-82.975.

délégation de pouvoirs représente un véritable changement de paradigme dans l'exécution du contrat de travail, tant du point de vue du salarié que du point de vue de l'employeur.

C. La responsabilité du fait d'autrui

612. Dans son manuel de droit des obligations, le doyen J. CARBONNIER proposait d'interroger le lecteur sur les fondements de la responsabilité en écrivant : « *Le mal s'étant produit, une voix interroge les hommes : qui l'a fait ? Qu'as-tu fait ? Un homme doit répondre dans sa conscience, c'est la responsabilité morale ; devant le droit, c'est la responsabilité juridique*¹⁰⁵⁹ ». Une personne est donc responsable « d'un mal » que la loi oblige à réparer à partir du moment où on a répondu à la question de l'auteur du fait dommageable. La professeure A. VIGNON-BARRAULT nous invite à considérer que « *l'idée même d'une responsabilité pour autrui ne va pas de soi. Être responsable d'un fait dommageable que l'on n'a pas causé peut apparaître comme une anomalie au regard des principes d'autonomie et de responsabilité individuelle chers aux articles 1240 et 1241 du Code civil* »¹⁰⁶⁰. Le Code civil organise le droit de la responsabilité autour du principe d'un acte personnel dommageable dont on doit répondre¹⁰⁶¹. L'article 1241 poursuit en indiquant que la responsabilité peut résulter également d'une imprudence ou d'une négligence¹⁰⁶². Le Conseil constitutionnel établit un lien entre le principe de liberté et celui de la responsabilité. Les articles 2¹⁰⁶³ et 4¹⁰⁶⁴ de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen posent le principe de la liberté individuelle. Dans sa décision du 22 octobre 1982¹⁰⁶⁵, le Conseil constitutionnel rappelle ce besoin d'équilibre entre les

¹⁰⁵⁹ CARBONNIER J., *Droit civil*, tome 2, *Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, p.2253.

¹⁰⁶⁰ VIGNON-BARRAULT A., « Le fait d'autrui : analyse prospective d'une métamorphose annoncée », *Archives de philosophie du droit*, vol. 63, no. 1, 2021, pp. 345-367.

¹⁰⁶¹ Code civil, Article 1240, « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

¹⁰⁶² Code civil, Article 1241, « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ».

¹⁰⁶³ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Article 2, « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ».

¹⁰⁶⁴ *Ibid*, Article 4 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* ».

¹⁰⁶⁵ Déc. n° 82-144 DC du 22 oct. 1982, loi relative au développement des institutions représentatives du personnel : D. 1983, p. 189, note F. Luchaire ; Gaz. Pal. 1983.I, p. 60, obs. F. Chabas ; L. Hamon, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Dr. soc. 1983, p. 155 et s. ; BS Lefebvre 5/83, p. 159 et s., chron. J. Déprez.

notions de responsabilité et de liberté. En l'espèce, il était saisi d'un texte qui accordait aux salariés grévistes une impunité en raison des dommages causés lors d'un conflit collectif. L'article 8 du texte précisait qu'« aucune action ne peut être intentée à l'encontre de salariés, de représentants du personnel élus ou désignés ou d'organisations syndicales de salariés, en réparation des dommages causés par un conflit collectif du travail ou à l'occasion de celui-ci, hormis les actions en réparation du dommage causé par une infraction pénale et du dommage causé par des faits manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice du droit de grève ou du droit syndical ». Le Conseil constitutionnel reprend la formulation du Code civil, en y ajoutant le fait qu'on ne peut nuire à autrui, « nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Par cette formule, le Conseil constitutionnel reconnaît le principe d'une responsabilité individuelle pour faute en le juxtaposant à celui de liberté.

613. A propos d'une question posée concernant la loi de financement de la sécurité sociale pour 1999¹⁰⁶⁶, le Conseil Constitutionnel a indiqué que la responsabilité devait n'être qu'individuelle et qu'une loi prévoyant un système de responsabilité collective, entre en conflit avec le principe d'égalité. En l'espèce, l'article 26 de la loi posait le principe d'une responsabilité des médecins lorsque les dépenses de santé dépassaient les montants initialement budgétés. Cette responsabilité était collective, sans qu'elle s'applique en prenant en compte chaque comportement individuel, ce qui a été rejeté par le Conseil constitutionnel.

614. Le fait d'être responsable des actes dont on est l'auteur n'appelle donc pas de remarques particulières. Par contre, les rédacteurs du code ont envisagé que l'on soit également responsable également des dommages causés par « le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ». La question se pose alors de connaître la définition exacte des personnes dont on doit répondre, et si cette notion est synonyme de responsabilité objective. Pour les établissements médico-sociaux, la réponse donnée à cette interrogation est importante pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il est important pour les directions, de connaître finement le périmètre de leur responsabilité afin que l'organisation du travail, dans les établissements, puissent répondre aux exigences de sécurité. Ensuite, une maîtrise du périmètre permet d'examiner plus justement les contrats d'assurance qui couvrent l'activité. Il

¹⁰⁶⁶ Déc. n° 98-404 DC du 18 déc. 1998, loi de financement de la sécurité sociale pour 1999 : D. 2000, somm. p. 63, obs. F. Mélin-Soucramanien.

est fréquent de constater que l'analyse des contrats mobilise peu de temps, de sorte que les contours de la couverture assurantielle sont souvent mal maîtrisés par les acteurs. Enfin, il est important pour les directions d'appréhender complètement les limites de leur délégation avant de rédiger correctement leur propre subdélégation et de les expliquer à leurs collaborateurs.

615. La jurisprudence a longtemps apporté des réponses à toutes ces questions en considérant que la responsabilité du fait des personnes devait être limitée. L'article 1242 du Code civil énonce distinctement trois situations engageant la responsabilité du fait d'autrui. Les alinéas quatre à six de cet article traite de la responsabilité des parents, des maîtres et des instituteurs. A la lumière de ce texte, la jurisprudence a considéré que l'article 1242 devait être interprété strictement en ne considérant aucune autre situation de responsabilité du fait d'autrui que celles envisagées par les rédacteurs du Code civil. Depuis la fin du 20^{ème} siècle, ces limites ne tiennent plus et la jurisprudence a considéré qu'un établissement d'aide et de soutien par le travail était responsable des dommages créés par une personne handicapée. Il nous faut, à ce stade, nous interroger sur l'impact de ces évolutions jurisprudentielles sur les difficultés de diffusion des principes de la CIDPH auprès des établissements. En effet, nombre de directions se posent la question de leur responsabilité lorsque les pouvoirs publics les appellent à mettre en place des structures d'accueil ouvertes ou des coopérations élargies avec d'autres établissements. Autant de pistes qui s'inscrivent dans la philosophie de la CIDPH et dans les recommandations du Comité des droits des Nations Unies et qui permettent un plus grand respect des droits en omettant de clarifier les responsabilités. Les réflexions nées de l'examen de la situation de la France par le Comité des droits de l'ONU ne s'orientent pas autour de la responsabilité des établissements. En souhaitant mettre un terme aux accueils des personnes handicapées en établissement, le Comité des droits a annihilé les questions autour de la responsabilité. En France, les pouvoirs publics n'ont pas inscrit la question de la responsabilité à l'agenda des rencontres. Pourtant, cette problématique nous semble importante si l'on souhaite poursuivre et amplifier un travail d'acculturation des acteurs.

616. La justice administrative a été la première à faire évoluer sa position, en reconnaissant de manière élargie la responsabilité du fait d'autrui (1). Par la suite, la Cour de cassation a suivi la même voie en déclinant les conditions d'appel de responsabilité (2). Une analyse de la jurisprudence permet d'éclairer la notion de responsabilité sans faute des établissements médicaux-sociaux (3), voire un système autorisant une responsabilité double (4).

1. L'évolution du juge administratif et la responsabilité en raison d'un risque spécial

617. Dès la fin du 19^{ème} siècle, le juge¹⁰⁶⁷ affirmait que la responsabilité de l'État devait concilier l'action de l'État avec les droits des personnes privées¹⁰⁶⁸. Pour autant, le Tribunal des conflits affirmait que les règles applicables à l'administration ne peuvent obéir aux règles du Code civil¹⁰⁶⁹, et que la responsabilité « *n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés* ». En 1895, le Conseil d'Etat¹⁰⁷⁰ reconnaissait la responsabilité sans faute de l'État. En l'espèce, il s'agissait pour la Haute juridiction administrative de statuer sur le cas d'un ouvrier de l'arsenal de Tarbes qui avait été blessé à la main par un éclat de métal projeté sous le choc d'un marteau-pilon. Après avoir relevé que le salarié n'avait commis aucune faute à l'origine du dommage, le Conseil d'État affirmait que « *le ministre de la guerre n'est pas fondé à soutenir que l'Etat n'a encouru aucune responsabilité* ». Ce faisant, cet arrêt reconnaissait l'existence d'une responsabilité sans faute de l'administration¹⁰⁷¹. Il aura fallu attendre la moitié du 20^{ème} siècle pour que le juge administratif admette, pour la première fois, la responsabilité du fait d'autrui en mobilisant la notion de « risque spécial » que l'administration fait peser sur les administrés. La jurisprudence administrative s'est nourrie de situations qui amenaient les pouvoirs publics à s'occuper de jeunes délinquants¹⁰⁷² ou de personnes avec des pathologies complexes¹⁰⁷³, accueillies dans les hôpitaux publics. Les tribunaux ont considéré que les méthodes utilisées ainsi que les conditions d'accueil pouvaient constituer des risques pour la population.

¹⁰⁶⁷ Tribunal des conflits, 8 février 1873, Blanco.

¹⁰⁶⁸ Le Tribunal des conflits devait répondre à la question de savoir « *quelle est, des deux autorités administrative et judiciaire, celle qui a compétence générale pour connaître des actions en dommages-intérêts contre l'Etat* ».

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, « *Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier* ».

¹⁰⁷⁰ CE, 21 juin 1895, Cames.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*,

¹⁰⁷² CE, 2 décembre 1981, Theys, 25861, publié au recueil Lebon.

¹⁰⁷³ CE, 13 juillet 1967, Département de la Moselle. Dans cet arrêt, le Conseil a retenu la responsabilité de l'Etat du fait des dommages créés par des malades mentaux accueillis à l'hôpital.

618. Dans l'arrêt *Thouzellier*¹⁰⁷⁴ de 1956, une personne a été victime d'un cambriolage effectué par des jeunes hébergés dans un centre de rééducation. Le Conseil d'État était donc appelé à répondre à la question de la responsabilité du centre du fait des dommages créés par les jeunes. L'arrêt rendu est sans ambiguïté et reconnaît la responsabilité de l'État en raison des nouvelles méthodes d'accompagnement mises en œuvre à la suite de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, modifiée par la loi du 24 mai 1951. Désireux d'instaurer un système d'internat surveillé à la place de l'incarcération, le législateur a créé un « risque spécial » pour les voisins du centre, justifiant leur demande de réparation du préjudice subi. Cette jurisprudence a ouvert la voie au développement des appels de responsabilité de l'État en raison des placements familiaux de personnes souffrant de troubles.

619. En 1987¹⁰⁷⁵, le Conseil d'État admettait la responsabilité sans faute d'un hôpital du fait d'un incendie d'un bâtiment agricole causé par un malade mental. En l'espèce, ce malade bénéficiait d'un placement familial surveillé visant à promouvoir une réadaptation progressive à la vie en collectivité. Éloignées des méthodes habituelles d'internement, les juges considèrent que cet accompagnement est générateur d'un « risque spécial » pour les tiers. L'hôpital a donc été jugé responsable des dommages créés par ce malade à un tiers, et a été condamné à rembourser les dégâts liés à l'incendie des bâtiments. Au travers ces jurisprudences, on constate que la question de la responsabilité de l'État du fait d'autrui reçoit une réponse claire qui peut se résumer autour de ces trois affirmations. Tout d'abord, la victime n'a pas à prouver la faute de l'administration pour demander réparation du préjudice. La simple démonstration qu'il existe un lien de causalité entre le dommage et une activité de l'administration suffit. Ensuite, en dehors de la faute de la victime ou de la force majeure, l'État ne peut s'exonérer de sa responsabilité. Enfin, la responsabilité sans faute de l'État est d'ordre public.

620. Il faut noter également que ces jurisprudences trouvent leur source au travers d'action d'aide à la réinsertion sous différentes formes (Action en direction de détenus, de malades accueillis en hôpital). Elles partent du postulat que ces champs d'action doivent évoluer, en mobilisant des méthodes nouvelles qui peuvent générer un risque nouveau. C'est en raison de ce risque que l'État engage sa responsabilité sans faute. Il nous est possible, à ce stade, d'établir un parallèle avec la situation devant laquelle sont placées l'ensemble des établissements

¹⁰⁷⁴ CE, 3 février 1956, *Thouzellier*, D. 1956, 596 note Auby.

¹⁰⁷⁵ CE, 13 mai 1987, 5 et 3 sous sections réunies –, n° 49199.

médico-sociaux actuellement. En effet, avec l'arrivée tardive de la CIDPH dans le débat, la question de la mise en avant de nouvelles méthodes d'accompagnement se pose. La multiplication des Appels à Manifestation d'Intérêt¹⁰⁷⁶ promeuvent ces méthodes nouvelles, en dehors des établissements, afin que les personnes handicapées puissent vivre une vie normale en collectivité. Les établissements médico-sociaux répondent à ces sollicitations publiques qui imposent de s'interroger sur des postures nouvelles, souvent partagées avec d'autres structures. Si la démarche est innovante et tend vers une autonomie des personnes, elle soulève néanmoins des questions qui restent en suspens, personne ne désirant les mettre à l'agenda. Parmi les points silencieux, on retrouve celui de la responsabilité dans ce nouveau cadre d'action. Aucune des réunions organisées par les Agences régionales de santé ou par les Conseils départementaux ne fournit des pistes claires de réflexion sur ce thème. Pourtant, la responsabilité est dans la tête de chaque acteur lorsqu'on évoque ces possibilités d'actions nouvelles. Au regard des constatations effectuées, le flou entretenu dans les établissements autour de ces questions de responsabilité est une source de blocage de la diffusion de la CIDPH et de sa philosophie. On peut dès lors s'interroger sur les raisons qui poussent les pouvoirs publics à demeurer silencieux sur le thème de la responsabilité, alors qu'ils sont prolixes lorsqu'il faut diffuser de nouveaux appel à manifestation d'intérêt. La finalisation de la réforme du Code civil apportera peut-être des réponses à toutes ces questions.

2. Le juge judiciaire vers un changement jurisprudentiel : l'arrêt Blieck

621. L'arrêt *Thouzellier* a marqué un changement dans l'approche de la responsabilité des établissements médico-sociaux dépendant du secteur public. Les dommages créés par des personnes accueillies dans cette catégorie d'établissement sont donc couverts en raison d'un « risque spécial » qui peut être invoqué sans faute. La situation n'était pas traitée de la même façon lorsqu'un établissement médico-social privé était appelé en responsabilité du fait des

¹⁰⁷⁶ « L'Appel à Manifestation d'Intérêt (AMI) est une procédure ad hoc non prévue par le Code de la commande publique, permettant à une personne publique de solliciter l'initiative privée pour favoriser l'émergence de projets dans lesquels elle trouve certes un intérêt, sans pour autant que le besoin soit parfaitement exprimé. Il peut s'agir de la recherche d'initiatives pour valoriser un bien immobilier, un terrain, un projet culturel... L'AMI est encore utilisé en phase de sourcing de solutions innovantes par certaines administrations. Le but de l'AMI est d'identifier les opérateurs économiques susceptibles de proposer une solution répondant à un besoin et d'entamer avec eux un dialogue technique ou simplement sourcer les solutions disponibles ». Code : Commande Publique, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.code-commande-publique.com/appel-a-manifestation-dinteret-ami/>, [Consulté le 6 décembre 2022].

dommages créés par une personne qu'elle accueillait. Ces différences de jurisprudence étaient source d'iniquité pour les victimes, la réparation des préjudices subis dépendant de la nature juridique, privée ou publique, de l'établissement. Comme le souligne le Professeur Patrice Jourdain¹⁰⁷⁷, la justice administrative est « *non tributaire des textes de notre Code civil* », ce qui ne permet pas un alignement automatique des positions jurisprudentielles entre le Conseil d'État et la Cour de cassation. La chambre civile de la Cour de cassation¹⁰⁷⁸, à plusieurs reprises, avait rejeté l'idée d'un développement de la responsabilité d'autrui sur la base de l'article 1384 alinéa 1 (1242 nouv. Code civil). Quelques décisions, au fond, avaient pourtant incité à considérer l'article 1384 alinéa 1 comme étant l'expression d'un principe général de responsabilité. C'est notamment le cas des décisions rendues dans les années soixante, par les tribunaux pour enfant de Poitiers, de Chambéry ou encore de Dijon¹⁰⁷⁹. Le Tribunal pour enfant de Dijon, par exemple, invitait à rapprocher le principe de la responsabilité d'autrui de celui énoncé concernant la garde des choses¹⁰⁸⁰.

622. C'est par le truchement d'un arrêt de 1991¹⁰⁸¹ que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation va consacrer un revirement de jurisprudence. Les juges vont abandonner le caractère limitatif de responsabilité du fait d'autrui, en reconnaissant la responsabilité d'un Centre d'aide par le travail (CAT)¹⁰⁸² du fait des dommages créés par un ouvrier de l'établissement. Ce faisant, la Cour de cassation reconnaît que l'activité d'accompagnement exercée par les

¹⁰⁷⁷ RTD Civ. 1991, page 541, *La reconnaissance d'une responsabilité du fait d'autrui en dehors des cas particuliers énoncés dans l'article 1384*, P. Jourdain, Professeur à l'université de Paris Val-de-Marne

¹⁰⁷⁸ C.cass.civ. 2^e, 15 févr. 1956, D. 1956.410; C.cass.civ. 2^e, 24 nov. 1976, D. 1977.595.

¹⁰⁷⁹ T. enfants Dijon, 27 févr. 1965 : D. 1965, jurispr. p. 439 ; RTD civ. 1965, p. 651, n° 6 ; T. enfants Poitiers, 22 mars 1966 : RD sanit. soc. 1966, p. 262 ; T. enfants Chambéry, 1er juin 1977 : Gaz. Pal. 1977, 2, somm. p. 340.

¹⁰⁸⁰ T. enfants Dijon, 27 févr. 1965 : « (...) Attendu que l'on ne voit pas pourquoi, après avoir posé un principe, dans l'alinéa 1er de l'article 1384, le législateur aurait énuméré les personnes responsables du fait d'autrui et n'aurait mentionné qu'à titre indicatif les choses dont la garde est génératrice de responsabilité. Attendu, en conséquence, qu'il y a lieu de dire que l'article 1384, alinéa 1er, en stipulant « on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre », a édicté un principe général, de même qu'est général le principe de responsabilité découlant de la garde des choses (...) ».

¹⁰⁸¹ C.Cass, Ass. Pl., *Blieck*, 29 mars 1991, 89-15.231, Publié au bulletin, [En ligne], Disponible à l'adresse :

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007026394?page=1&pageSize=10&query=89-15231&searchField=ALL&searchType=ALL&sortValue=DATE_DESC&tab_selection=juri&typePagination=DEFAULT, [Consulté le 19 octobre 2022].

¹⁰⁸² Les établissements et services d'aide par le travail (ESAT) ont succédé aux centres d'aide par le travail (CAT).

établissements médico-sociaux privés peuvent générer des risques pour la population, et que ces risques doivent être couverts. Le rapprochement est d'autant plus visible que le Conseil d'État avait été appelé à se positionner en 1987¹⁰⁸³, sur une affaire quasi identique à celle de l'affaire Blieck. En l'espèce, un malade mental avait été placé par un hôpital public auprès d'une famille, afin de favoriser son évolution dans un milieu ordinaire. Bénéficiant de ce nouvel espace de liberté, la personne malade avait mis le feu à un immeuble, entraînant la responsabilité de l'établissement public en raison du « risque spécial » né des nouvelles méthodes d'accompagnement.

623. Une personne handicapée accueillie au sein d'un établissement médico-social, met le feu à un bien appartenant à un tiers, telle est la situation qui était soumise à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 29 mars 1991. La Cour d'appel de Limoges avait déjà reconnu la responsabilité du Centre d'aide par le travail dans son arrêt du 23 mars 1989. Pour la Cour d'appel, l'Association des centres éducatifs du Limousin en charge du CAT devait réparer le préjudice des propriétaires de la forêt qui avait brûlée. La Cour d'appel autorise donc l'appel de responsabilité sur la base de l'alinéa 1 de l'article 1384 du Code civil (1242 nouv. Code civil) du fait des personnes dont le CAT a la charge. Devant la Cour de cassation, l'association soutenait que la responsabilité du fait d'autrui ne pouvait être appelée qu'à partir des cas prévus par le Code civil, et que celui-ci ne prévoyait pas de cas explicites autorisant sa mise en cause.

624. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a confirmé la position de la Cour d'appel en indiquant que *« le centre géré par l'association était destiné à recevoir des personnes handicapées mentales encadrées dans un milieu protégé, et que X. était soumis à un régime comportant une totale liberté de circulation dans la journée. Qu'en l'état de ces constatations, d'où il résulte que l'association avait accepté la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie de cet handicapé, la cour d'appel a décidé, à bon droit, qu'elle devait répondre de celui-ci au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, et qu'elle était tenue de réparer les dommages qu'il avait causés ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé »*. Pour la première fois, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation édicte des critères permettant de considérer que l'on est responsable de dommages causés par un tiers¹⁰⁸⁴. Au contraire du droit

¹⁰⁸³ CE, 5 et 3 sous sections réunies –*Dame Piollet* ; 13 mai 1987, n° 49199.

¹⁰⁸⁴ A propos de l'arrêt Blieck, *Ass. plén. 29 mars 1991, Association des centres éducatifs du Limousin c/ Blieck*, JCP 1991.II.21673, concl. de M. D.-H. Dontenville et note de M. Ghestin, le Professeur Jacques GHESTIN indiquait qu'« Il faudra qu'il s'agisse en tout cas de personnes physiques ou morales tenues

administratif, il n'est pas fait mention d'un « risque spécial » du fait de l'activité de l'établissement médico-social. C'est l'organisation et le contrôle du mode de vie, à titre permanent, qui justifient une reconnaissance de responsabilité de l'établissement. Cette approche facilite également le remboursement des préjudices, les établissements étant dans l'obligation de s'assurer. Les termes choisis par la Cour de cassation permettent de lever les doutes quant aux contours du contrôle de l'établissement à titre permanent. L'arrêt reconnaît que la personne travaillant dans le CAT bénéficiait d'« *une totale liberté de circulation dans la journée* », mais que cette constatation n'empêche pas la validité de l'organisation et du contrôle de l'établissement. En 1991, cet oxymore était déjà synonyme de questionnements de la part des établissements. On pourrait imaginer qu'être responsable d'une personne qui est « totalement libre de ses mouvements », à l'instar de n'importe quel citoyen, revient presque à reconnaître une responsabilité de plein droit. La réponse n'est pas aussi évidente qu'elle n'y paraît au travers de l'arrêt Blieck. Si la responsabilité d'un établissement peut être reconnu du fait des personnes dont il contrôle et organise le mode de vie, on ne peut en déduire un principe général du fait d'autrui qui couvrirait toutes les situations. L'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 25 février 1998¹⁰⁸⁵ illustre les suites de l'arrêt Blieck, et une position jurisprudentielle qui est contingente. En l'espèce, il s'agissait de déterminer les responsabilités dues à l'incendie d'un immeuble par un majeur handicapé placé sous l'administration légale de son père et accompagné au sein d'un institut médico-pédagogique (IME) géré par une association. Suivant l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 23 mai 1995, la Cour de cassation ne reconnaissait pas la responsabilité de l'IME au titre de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil. Après être descendu du car qui le menait chez lui, le majeur « *ne se trouvait plus sous l'autorité de l'association, laquelle n'avait plus, à partir de ce moment, la surveillance et l'organisation des conditions de vie* ». Cet arrêt indique que le revirement jurisprudentiel de 1991 ne rayonne pas automatiquement sur l'ensemble des établissements médico-sociaux de la même manière. Il est, dès lors, difficile de diffuser une règle clairement établie auprès des directions d'établissement.

d'une obligation juridique, légale ou contractuelle, ayant pour objet la prise en charge de l'organisation et du contrôle à titre permanent du mode de vie d'une autre personne potentiellement dangereuse, telle qu'un handicapé mental, un délinquant ou un mineur en régime d'éducation surveillée ou de rééducation. D'une façon générale, il devrait s'agir d'une personne agissant à titre professionnel et dont l'activité doit être normalement couverte par une assurance ».

¹⁰⁸⁵ C.cass.civ., 25 février 1998, n° 95- 20419.

3. Vers une responsabilité sans faute des établissements médico-sociaux

625. A ce stade du développement, nous devons nous poser la question de la faute dans la reconnaissance de responsabilité des établissements. Un établissement est-il responsable de plein droit des dommages créés par les personnes qu'il accepte d'accompagner ? Par un arrêt de 1997¹⁰⁸⁶, la chambre criminelle de la Cour de cassation a répondu positivement à propos de délits commis par des personnes accueillies par un foyer. A la suite d'un vol avec violence, les victimes demandaient réparation de leurs préjudices au foyer d'accueil qui détenait la garde des mineurs et qui avait pour mission de contrôler et d'organiser, à titre permanent, le mode de vie des jeunes. La chambre criminelle de la Cour de cassation reconnaît la responsabilité de plein droit du foyer, et affirme qu'il n'est pas possible de s'en exonérer en prouvant qu'aucune faute n'a été commise. De manière classique, il sera possible d'invoquer la force majeure (caractères imprévisible, irrésistible et extérieur de l'événement) ou la faute de la victime, pour envisager une exonération totale ou partielle de sa responsabilité pour l'établissement.

626. En résumé, un établissement médico-social est responsable des dommages créés par un tiers à partir du moment où il dispose d'un pouvoir d'organisation, de contrôle permanent sur le mode de vie de ce tiers. Ce pouvoir est issu d'une décision judiciaire ou administrative qui doit revêtir une certaine permanence¹⁰⁸⁷. Si l'on considère le champ d'accompagnement des personnes adultes handicapées, les établissements accueillent des personnes à la suite de décisions administratives prises par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH). Afin de faciliter la gestion des dispositifs d'entrée dans les établissements médico-sociaux, les pouvoirs publics ont modifié les différentes catégories d'établissement. C'est le décret du 9 mai 2017¹⁰⁸⁸ qui a proposé une nouvelle nomenclature des structures et facilité l'accueil de personnes qui ne correspondent pas à l'autorisation administrative initiale. A la suite de la démarche « Une réponse accompagnée pour tous »¹⁰⁸⁹,

¹⁰⁸⁶ C.cass. crim., *Foyer Notre-Dame des Flots*, 26 mars 1997, n° 35-83.958.

¹⁰⁸⁷ C.Cass. civ., 6 juin 2002, n°00-12.014.

¹⁰⁸⁸ Décret n° 2017-982 du 9 mai 2017 relatif à la nomenclature des établissements et services sociaux et médico-sociaux accompagnant des personnes handicapées ou malades chroniques, 2017-982, 9 mai 2017.

¹⁰⁸⁹ « Une réponse accompagnée pour tous », en ligne <https://handicap.gouv.fr/une-reponse-accompagnee-pour-tous> (consulté le 14 décembre 2022). « La démarche, Une réponse accompagnée pour tous, vise à apporter des solutions d'accompagnement aux enfants et adultes en situation de handicap, afin d'éviter toute rupture dans leurs parcours. Elle s'appuie sur le rapport de Denis Piveteau Zéro sans solution publié en 2014 et sur la mission confiée à Marie-Sophie Desaulle au cours

les pouvoirs publics souhaitent lever les barrières entre les établissements du fait de leur autorisation d'accueil de certains publics. L'objectif est de sortir de l'organisation médico-sociale segmentée et de permettre une plus grande fluidité pour les personnes accueillies qui peuvent désormais changer d'établissement sans intervention nouvelle de la CDAPH. Les deux tableaux suivants montrent des exemples de simplification des nomenclatures d'établissement. Il est important de noter que l'accueil, dans un établissement, demeure malgré tout soumis à une décision administrative préalable.

Nomenclature Finess¹⁰⁹⁰ actuelle	Nouvelles autorisations
1. Déficience Intellectuelle (sans autre indication - SAI) 2. Déficiences Intellectuelles (SAI) avec Troubles Associés 3. Retard Mental Profond ou Sévère 4. Retard Mental Profond et Sévère avec Troubles Associés 5. Retard Mental Moyen 6. Retard Mental Moyen avec Troubles Associés 7. Retard Mental Léger 8. Retard Mental Léger avec Troubles Associés	Déficience intellectuelle
1. Déficience du Psychisme (Sans Autre Indication) 2. Déficience Grave du Psychisme 3. Troubles Psychopathologiques (Sans Autre Indication) 4. Troubles Psychopathologiques Légers Troubles Psychopathologiques Graves	Handicap psychique

627. Pour les directions d'établissement, il est donc important de décrire justement les conditions de vie des personnes accueillies. Une attention particulière doit être portée au contrat de séjour qui devra différencier les temps d'accompagnement journalier. Cette attention est

de cette même année. Depuis sa généralisation au 1er janvier 2018, la démarche est pilotée par le Secrétariat général du Comité interministériel du handicap (CIH) ».

¹⁰⁹⁰ Le Fichier National des Établissements Sanitaires et Sociaux (FINESS) est un répertoire national géré par le Ministère des Affaires sociales et de la Santé.

Ce fichier constitue la référence en matière d'inventaire des structures et équipements des domaines sanitaire, médico-social, social et de formation aux professions de ces secteurs. Il est mis en œuvre et maintenu par la Direction de la Recherche, des Etudes, de l'Évaluation et des Statistiques. (DREES).

d'autant plus importante que l'on constate un développement des actions « hors les murs » qui alternent des temps d'accompagnement et des temps favorisant l'autonomie. Le contrat permettra de définir plus nettement les périodes pendant lesquelles l'établissement a l'organisation et le contrôle sur l'environnement de vie de la personne handicapée. Partant, il sera plus facile de déterminer les responsabilités civiles.

4. Vers un double modèle de la responsabilité du fait d'autrui

628. Par un arrêt du 22 mai 1995¹⁰⁹¹, la chambre civile de la Cour de cassation a ouvert une nouvelle voie d'appel de responsabilité du fait d'autrui en considérant, qu'en plus du contrôle à titre permanent sur le mode de vie des personnes, la direction des activités pouvait suffire. Cette jurisprudence est née du milieu sportif et des interrogations sur la délimitation des responsabilités de chacun. En l'espèce, une bagarre au cours d'un match de rugby avait entraîné le décès d'un participant. Sur la base de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, la Cour d'appel¹⁰⁹² avait considéré qu'il existait un lien de préposition entre le club et les joueurs lui permettant d'exercer un pouvoir de direction, de surveillance et de contrôle. En cassation, la Cour retient la responsabilité du club, en invoquant l'article 1384 alinéa 1 du Code civil¹⁰⁹³. Ce n'est plus la situation de commettant et de préposé qui est mise en avant pour engager la responsabilité du club, mais la responsabilité du fait d'autrui en raison d'un pouvoir de direction des activités. Cet arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation ouvre la voie à un second modèle de responsabilité fondé sur l'article 1242 du Code civil. Dans le premier cas, la responsabilité est reconnue parce qu'on contrôle et qu'on organise de manière permanente la vie de quelqu'un. Dans le second, une personne dirige l'activité d'un tiers, ce qui autorise qu'elle soit appelée en responsabilité pour réparer les dommages de ce tiers. Les deux jurisprudences de 1991 et 1995 permettent de mettre en exergue deux voies de mobilisation de la responsabilité du fait d'autrui, autour desquelles il est possible de synthétiser la jurisprudence.

¹⁰⁹¹ C.cass.civ., 22 Mai 1995 - n° 92-21.871

¹⁰⁹² CA, Aix en Provence, 22 octobre 1992.

¹⁰⁹³ *Ibid.*, la Cour de cassation indique « *que les associations sportives, ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions sportives auxquelles ils participent, sont responsables, au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, des dommages qu'ils causent à cette occasion* ».

629. Ainsi, des foyers d'accueil pour jeunes délinquants ont été reconnus responsables des dommages créés par les personnes placées par décisions de justice¹⁰⁹⁴, ou par décisions administrative des services départementaux d'aide sociale à l'enfance¹⁰⁹⁵. La même décision a été rendue à propos d'une fondation gérant une maison d'accueil à caractère social ou d'une clinique psychiatrique du fait des dommages créés par des personnes accueillies¹⁰⁹⁶ ou soignées¹⁰⁹⁷.

630. Ont également été jugées responsables en raison de la direction exercée sur les activités, une association de scouts pour les dommages causés par les enfants¹⁰⁹⁸, ou une association de majorettes¹⁰⁹⁹ en raison de dommages créés par l'une d'entre elles.

¹⁰⁹⁴ (CA Poitiers, 25 juill. 1991 : cité par F. Alt-Maes, La responsabilité du mineur de 7 à 13 ans : , n° 42. Dr. enfance et fam. 1995, p. 20 CA Rouen, 25 sept. 1991, Cts X c/ Association d'action éducative de : D. 1993, jurispr. p. 5, note C. Pigache. – Saint-Joseph : ; Rouen Cass. crim., 10 oct. 1996, Association Le foyer Bull. crim. n° 357 JCP G 1997, II, 22833, note F. Chabas ; D. 1997, jurispr., p. 309, note M. Huyette ; RTD sanit. soc. 1997, p. 881, obs. J.-M. Lhuillier. – : Cass. crim., 26 mars 1997 Bull. crim. ; , obs. H. Groutel ; , rapp. F. Desportes ; D. 1997, jurispr. p. 496, note P. Jourdain ; n° 124 Resp. civ. et assur. 1997, comm. 292 JCP G 1997, II, 22868, note P. Murat ; , note M. Huyette ; D. 1998, somm. p. 201, obs. D. Mazeaud. Dr. famille 1997, comm. 98 JCP G 1998, II, 10015 CA Pau, 1re ch., 2 déc. : Cah. Jurispr. Aquitaine 2000, n° 5506 ; . 1999, CRAMA Centre Atlantique c/ Fossat JCP G 2000, IV, n° 2571 Cass. 2e civ., 20 janv. 2000, n° 98-17.005 : ; ; D. 2000, jurispr. p. 571, note M. Huyette ; Dr. & patr. 2000, p. 109, obs. F. Chabas ; JurisData n° 2000-000075 Bull. civ. II, n° 15 JCP G 2000, I, 241, , obs. G. Viney ; , n° 7, obs. P. Jourdain ; , obs. P. Vaillier. n° 14 RTD civ. 2000, p. 588 Resp. civ. et assur. 2000, comm. 111 Cass. 2e civ., 6 juin 2002, : ; ; Resp. civ. et assur. 2002, comm. 283, repère 10, n° 00-18.286, 00-19.694, 00-19.922 JurisData n° 2002-014563 et 2002-014568 Bull. civ. II, n° 120 H. Groutel ; D. 2002, p. 2750, note M. Huyette ; , n° 5, obs. P. Jourdain ; , note A. Gouttenoire et N. Roget. RTD civ. 2002, p. 825 JCP G 2003, II, 10068, note N. Rexand-Pourias ; , note F. Chabas. LPA n° 136, 9 juill. 2003, p. 21 RJPF n° 11, nov. 2002, p. 20 Cass. 2e civ., 7 mai 2003, n° 01-15.607, 01: ; ; D. 2003, jurispr. p. 2256, note M. Huyette ; , obs. G. Viney ; 15.923 JurisData n° 2003-018962 Bull. civ. II, n° 129 JCP G 2004, I, 101, n° 19 Resp. civ. – : ; D. 2004, p. 1342, obs. P. Jourdain. et assur. 2003, comm. 222 Cass. 2e civ., 22 mai 2003 Bull. civ. II, n° 157 CA Lyon, 1re ch. civ., 19 avr. 2004, , ou bénéficiaires d'un régime de semi-liberté) n° 02/04051, Garcia Bechim c/ Association départementale savoyarde :JurisData n° 2004-247568 (Cass. : ; ; , obs. 2e civ., 9 déc. 1999, n° 97-22.268 JurisData n° 1999-004348 Bull. civ. II, n° 189 Resp. civ. et assur. 2000, comm. 76 RTD civ. 2000, p. 338 P. Jourdain ; , obs. G. Viney ; LPA 23 mars 2000, note M.-C. Meyzeaud-Garaud ; , n° 3, obs. JCP G 2000, I, 241, n° 12 RTD civ. 2000, p. 338.

¹⁰⁹⁵ Cour de cassation. Chambre criminelle., 15 juin 2000, n° 99-85.240, Ass. JurisData n° 2000-003131 Bull. crim. n° 233 JCP G 2000, I, 280, n° 15 obs. G. Viney ; Resp.civ. et assurance.2000.comm.352; D. 2001, jurispr. p. 653, note M. Huyette. CA Versailles, 1re ch. A, 8 juin 2001 ; p. 2461.

¹⁰⁹⁶ CA Versailles, ch. spéc. des mineurs, 5 oct. 1995, S : JurisData n°1995-046743.

¹⁰⁹⁷ CA. Orléans, 25 juin 1996, Cie d'Assurances Zurich c / Krezel : JurisData n° 1996-044670, JCP G 1997, I, 4070, n°24 obs. G. Viney.

¹⁰⁹⁸ CA. Paris, 14e ch. B, 9 juin 2000, n° 2000/02202.

¹⁰⁹⁹ C. cass. civ., 2e Chambre., 12 déc. 2002, n° 00-13.553, Sté Axa.

II. La responsabilité pénale

631. Aborder la question de responsabilité en établissement médico-social nous oblige à élargir le champ d'exploration pour dépasser le strict cadre civil. En effet, les règles posées par le droit civil ne permettent pas de couvrir toutes les situations. Si nombre d'entre elles peuvent se solder par une réparation financière entre les parties, au contraire, certaines dépassent le cadre individuel pour concerner directement la société. Il ne s'agit plus d'attendre une réponse civile, mais de rechercher une réponse pénale en miroir à un acte délictueux, reconnu comme tel par la société. Il est important, pour les directions d'établissement, de sensibiliser les équipes autour de ces différentes facettes de la responsabilité qui obéissent à des règles et des logiques différentes. Les développements concernant la responsabilité civile accordent une place importante à la responsabilité du fait d'autrui, et laisse penser que tous les actes dommageables seront automatiquement couverts par l'employeur en raison de l'article 1242 du Code civil. A côté du volet civil, il est important que les équipes intègrent le fait qu'elles peuvent être appelées en responsabilité en raison d'une infraction. Les établissements médico-sociaux peuvent effectivement être le terrain d'infractions pénales qui obéissent à des règles propres. Etymologiquement, commettre une infraction signifie enfreindre la loi, c'est-à-dire aller à l'encontre d'un texte voté par la représentation nationale et ayant, pour objectif, de réprimer un trouble à l'ordre social. L'actualité des EHPAD en 2022 a mis en lumière des actes de maltraitance individuels, collectifs ou institutionnels dans certains établissements, qui doivent être appréhendés par le droit pénal. Quelques mois après la mise en lumière de ces infractions, les inspections se multiplient, les contrôles s'étendent, et les dépôts de plaintes des familles rappellent que les actions des établissements étaient contraires au respect des droits individuels. Il est par ailleurs important de constater que ces dérives constatées dans l'accompagnement des personnes âgées ont, et auront sûrement, des conséquences croissantes dans l'organisation des contrôles futurs des établissements. Les actes de maltraitance, qu'ils soient individuels ou institutionnels, doivent interroger les directions d'établissement quant aux processus mis en place pour faire connaître et traiter ces infractions.

632. Avant de cerner les contours de la responsabilité pénale des personnes morales et des personnes physiques, il est important de s'attarder sur les règles qui gouvernent le droit pénal (A) et leur impact dans les établissements (B). Les règles de responsabilité civile du fait d'autrui ne peuvent être transposées sur le plan pénal (C).

A. Les principes qui gouvernent le droit pénal

633. Il est important de s'attarder sur les principes qui guident le droit pénal afin de bien comprendre les différences avec le volet civil. Une direction d'établissement peut être appelée à réparer un préjudice civil, sans que ce préjudice constitue une infraction pénale. Parler de responsabilité nécessite donc de savoir exactement quel domaine est en cause : s'agit-il d'une responsabilité civile ou pénale ? De quelle manière peuvent intervenir les mécanismes d'assurance professionnelle pour faire face à ces risques ? Quelle est la responsabilité des directions ? Toutes ces questions doivent être abordées afin que l'ensemble des acteurs disposent du même niveau d'informations, et pour que les discussions portent véritablement sur des thèmes compris de tous. Contrairement au droit civil, l'infraction pénale, pour être constatée, doit être justifiée par un texte de loi¹¹⁰⁰. En l'absence de texte, le droit pénal ne peut appréhender les faits alors qu'ils peuvent questionner le public. Nombreuses sont les situations qui génèrent frustrations et incompréhensions parce que l'auteur des faits n'est pas poursuivi ou, plus rarement, parce que l'auteur des faits est poursuivi.

634. En 1789, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pose le principe de la légalité des infractions pénales au travers de l'article 5 qui dispose que « *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ». L'article 11 alinéa 2 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme¹¹⁰¹ affirme également le principe en indiquant que « *Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis* ». Le principe de légalité des infractions se trouve également au niveau international, au travers du Pacte international aux droits civils et

¹¹⁰⁰ L'adage « *Nullum crimen, nulla poena, sine lege* » signifie que l'on ne peut être poursuivi qu'à la condition que la loi prévoit l'infraction. Ce principe a été notamment développé par le pénaliste italien Cesare Beccaria au 18^{ème} siècle.

¹¹⁰¹ La Déclaration universelle des droits de l'homme, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/index.html> ,[Consulté le 27 décembre 2022].

politiques¹¹⁰². C'est donc le pouvoir législatif qui va définir le domaine des crimes, des délits, et le pouvoir réglementaire qui doit éclairer le champ des contraventions.

635. A la différence du volet civil qui autorise l'appel de responsabilité en direction d'une autre personne que celle qui a causé le dommage, le droit pénal dispose que « *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* »¹¹⁰³. Selon la jurisprudence, on ne peut donc être poursuivi qu'à partir du moment où on est l'auteur, le coauteur ou le complice d'une infraction¹¹⁰⁴. Pour une direction d'établissement, il est important d'insister sur ce point auprès des salariés pour que la différence entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale soit justement appréhendée. L'auteur d'une infraction pénale au sein d'un établissement devra en assumer les conséquences, sans pouvoir invoquer la responsabilité du commettant. Cet aspect prend un relief particulier lorsqu'on aborde la question des actes de maltraitance en établissement, qui représentent une part importante des délits que l'on peut constater¹¹⁰⁵.

636. La question de la communication réalisée autour de ces délits, au sein des établissements, est prégnante. La transparence réclame que ces actes soient mis en lumière, connus de toutes les parties prenantes et qu'une information claire soit organisée. C'est le sens de l'article 434-3 du code pénal¹¹⁰⁶ qui punit toute personne ayant eu connaissance de ces délits de ne pas en avoir informé les autorités judiciaires ou administratives. Des procédures internes devront être créées, afin que les informations remontent vers les directions d'établissement et

¹¹⁰² Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) , [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/pacte-international-droits-civils-et-politiques.asp> ,[Consulté le 27 décembre 2022], Article 15 : « *Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier* ».

¹¹⁰³ Code Pénal, Article 121-1.

¹¹⁰⁴ C.cass.crim., 16 décembre 1948, Bulletin criminel n°291.

¹¹⁰⁵ Une place à part doit être réservée à la maltraitance institutionnelle qui convoque la responsabilité de l'établissement du fait de sa mauvaise organisation ou du manque de personnel pour assurer un accompagnement idoine.

¹¹⁰⁶ Code Pénal, Article 434-3 : « *Le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Sauf lorsque la loi en dispose autrement, sont exceptées des dispositions qui précèdent les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13* ».

qu'elles puissent avertir les autorités compétentes. Cette interface, non prévue par le code pénal, permet aux directions de se positionner clairement. En exigeant que les Etats de l'Union organisent une protection des lanceurs d'alerte, l'Union européenne invite tous les acteurs à jouer la carte de la transparence sur les actes délictueux ou criminels.

B. La responsabilité pénale des établissements médico-sociaux

637. En complément du volet civil¹¹⁰⁷, la responsabilité des établissements médico-sociaux peut être également reconnue sur le plan pénal. On n'évoque plus la responsabilité d'une personne physique mais d'une personne morale, c'est-à-dire d'un groupement doté d'une personnalité juridique distincte de celle des membres qui le composent¹¹⁰⁸. L'histoire nous indique que le droit pénal n'a pas toujours appréhendé la responsabilité des personnes morales¹¹⁰⁹ (1). Le nouveau code pénal accorde une place à la responsabilité des personnes morales (2), illustrée par la jurisprudence (3).

1. La responsabilité pénale des personnes morales, une construction historique

638. Il faut analyser une ordonnance rédigée au 17^{ème} siècle pour constater la volonté de l'Etat de poursuivre, sur le plan pénal, le travail engagé par le pays sur le plan civil. Après deux ordonnances du mois d'avril 1667 et d'août 1669 réformant la procédure civile, Louis XIV a souhaité rédiger une ordonnance criminelle qui avait pour objectif de « *conserver les particuliers dans la possession paisible de leurs biens*¹¹¹⁰ » et qui « *contient par la crainte des*

¹¹⁰⁷ Initialement, le Code civil ignorait initialement la notion de personnalité morale. C'est la loi du 4 janvier 1978 qui instaure l'article 1842 qui dispose que « *Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation. Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations* ». Légifrance - Publications officielles - Journal officiel - JORF n° 0004 du 05/01/1978 (accès protégé) », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/download/securePrint?token=D4bjw5u2JKfzjOzNKwrW> , [Consulté le 25 janvier 2023].

¹¹⁰⁸ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.* , p. 754.

¹¹⁰⁹ Le terme « *personne morale* » recouvre aussi bien les structures de droit privé que de droit public, des sociétés comme des associations ou fondations.

¹¹¹⁰ Ordonnance criminelle de 1670 (Texte intégral), Août 1670, Faite à Saint-Germain-en-Laye Enregistrée par le Parlement de Paris le 26 août 1670, Entrée en vigueur au 1er janvier 1671,

châtiments ceux qui ne sont pas retenus par la considération de leur devoir ». Le titre XXI de l'ordonnance criminelle consacre cinq articles à la responsabilité des « *communautés des villes, bourgs, villages, corps et compagnies* », en indiquant que ces collectivités devront répondre des « *rébellion, violence ou autre crime* » (Article 1). Cette mention de la responsabilité des collectivités peut être rapprochée de la notion actuelle de responsabilité des personnes morales. Les articles 2 et 3 du titre sont consacrés à la nomination d'une personne physique pour représenter la collectivité¹¹¹¹. Les condamnations prononcées seront pécuniaires, mais peuvent également priver les collectivités de leurs privilèges en assurant une publicité autour des condamnations (Article 4). Le titre XXI se termine par un article 5 qui rappelle que la condamnation de la collectivité n'empêche pas que les auteurs physiques puissent être également poursuivis.

639. Cette ordonnance, publiée il y a plus de trois cents ans, est évidemment un objet d'étude historique du droit pénal, les bourgs et villages ont aujourd'hui disparu de la scène juridique au profit des agglomérations et des communautés de communes. Pour autant, même si les acteurs changent, force est de constater que l'on trouve, au travers de ces cinq articles, les principes qui guident encore aujourd'hui le droit pénal. La responsabilité pénale des groupements ou des collectivités administratives est reconnue aux côtés de celle des personnes physiques, la responsabilité des premiers n'étant pas exclusive de celle des secondes. L'organisation juridique, appréhendée par l'ancien droit, n'a pas résisté à la Révolution française. Les corps intermédiaires, véritables « *agrégat inconstitué de peuples désunis* » selon la formule de Mirabeau¹¹¹² n'ont pas résisté à la Révolution française¹¹¹³. Le citoyen révolutionnaire est désormais représenté seulement par les élus à l'Assemblée Nationale, sans autres interventions. Le code pénal de 1810, selon l'adage « *Societas delinquere non potest*¹¹¹⁴ », épousera cette même logique en ne reconnaissant pas de responsabilité pénale pour les personnes morales. A

[En ligne], Disponible à l'adresse :

https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/ordonnance_criminelle_de_1670.htm, [Consulté le 21 janvier 2023].

¹¹¹¹ *Ibid.*, Titre 21, Article 2 & 3 qui indiquent que le représentant de la collectivité peut être un syndic, un député ou un curateur.

¹¹¹² Mirabeau (1749-1791) est une figure de la Révolution française. Surnommé « l'Orateur du peuple », il est considéré comme un symbole de l'éloquence parlementaire.

¹¹¹³ Sous la Révolution, Le Chapelier affirme « *Il n'y a plus de corporation dans l'État, il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. Il n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation* ».

¹¹¹⁴ « *Societas delinquere non potest* » signifie littéralement que les sociétés n'ont pas le pouvoir de commettre un délit.

la fin du 20^{ème} siècle, le Conseil de l'Europe a publié une recommandation¹¹¹⁵ proposant d'instaurer une responsabilité pénale des personnes morales, afin de lutter contre les infractions commises dans l'exercice de leurs activités. D'emblée, le Conseil pose le cadre de sa recommandation en « *Considérant le nombre croissant d'infractions pénales, commises dans l'exercice des activités des entreprises, qui occasionnent un préjudice considérable tant aux particuliers qu'à la société* » Dans la continuité de son propos introductif, le Conseil rappelle qu'il est parfois difficile d'identifier les personnes physiques responsables d'une infraction et que l'organisation des entreprises, participe également du développement de ces zones d'incertitudes. Les Etats sont donc invités à adapter leur législation de manière à surmonter « *la difficulté de rendre des entreprises ayant personnalité juridique, pénalement responsables, en raison des traditions juridiques de nombreux Etats européens* » et à résoudre « *la difficulté que pose l'identification des personnes physiques responsables d'une infraction* » ; Dans l'exposé des motifs de la recommandation, le Conseil était « *Désireux de surmonter ces difficultés afin, d'une part, de rendre les entreprises responsables en tant que telles, sans pour autant exonérer de leur responsabilité les personnes physiques impliquées dans l'infraction et, d'autre part, de prévoir des sanctions et des mesures adaptées aux entreprises, afin de réaliser la répression des activités illicites, la prévention d'autres infractions et la réparation des préjudices causés* ». Les recommandations du Conseil visait à la fois les entreprises privées et publiques, à la condition qu'elles possèdent la personnalité juridique. Dans tous les cas, il est rappelé que la responsabilité de la personne morale ne devrait pas être retenue lorsque la direction n'est pas impliquée dans l'infraction. Par contre, la reconnaissance de la responsabilité de la personne morale ne devrait pas exonérer de leur responsabilité les personnes physiques impliquées dans l'infraction. C'est à partir de ces orientations que les législateurs des pays composant le Conseil de l'Europe étaient invités à modifier leur corpus législatif.

¹¹¹⁵ Conseil de l'Europe, 20 octobre 1988, n°R (88) 18 du Comité des ministres aux Etats membres concernant la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://personasjuridicas.es/recomendacion-18-1988-de-20-de-octubre-del-consejo-de-europa-sobre-sanciones-a-personas-juridicas/> , [Consulté le 24 janvier 2023].

2. Le nouveau code pénal, reconnaître la responsabilité pénale des personnes morales

640. A la suite de la recommandation du Conseil de l'Europe, le législateur français a voté un texte en 1992¹¹¹⁶ reconnaissant la responsabilité pénale des personnes morales. L'article 121-2 alinéa 1 du code pénal¹¹¹⁷ énonce clairement que « *Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ». L'Etat, au même titre que les sociétés en formation qui n'ont pas encore de personnalité morale, sont exclus des dispositifs de responsabilité des personnes morales. Au contraire toutes les formes de sociétés privées, les fondations, les groupements d'intérêt économique ou les associations sont concernées par les nouvelles dispositions du code pénal. A travers la rédaction de cet article, on comprend que nombre d'établissements médico-sociaux de droit privé peuvent être appelés en responsabilité sur le plan pénal. Les conclusions sont différentes lorsqu'il s'agit d'établissement de droit public dans la mesure où la gestion d'un ESSMS ne doit pas être analysée comme étant une délégation de service public. C'est notamment la réponse qui a été faite par le ministre des solidarités et de la santé à la suite d'une interpellation au sénat en 2017¹¹¹⁸. Le sénateur Mathieu Darnaud souhaitait savoir si le transfert de gestion d'un EHPAD d'une collectivité publique à un acteur privé associatif ou mutualiste pouvait être considéré comme une délégation de service public¹¹¹⁹. La réponse du ministère des solidarités et de la santé confirme que le transfert d'autorisation ne peut être assimilé à une délégation de service public¹¹²⁰. Cette réponse apporte

¹¹¹⁶ Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal (1), JORF n° 169 du 23 juillet 1992.

¹¹¹⁷ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (1), JORF n°59 du 10 mars 2004. Ce texte est venu compléter la loi de 1992.

¹¹¹⁸ Délégation de gestion d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées – Sénat, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.senat.fr/questions/base/2017/qSEQ170800869.html>, [Consulté le 25 janvier 2023].

¹¹¹⁹ Question écrite n°00869 de M. Mathieu Darnaud, publiée dans le JO du Sénat du 03/08/2017, page 2508, « *Il lui demande de bien vouloir indiquer en toute clarté si le transfert par une collectivité territoriale ou un établissement public territorial de la gestion d'un EHPAD ou de tout autre type d'établissement ou service social ou médico-social donnant lieu à facturation supportée en tout ou partie par les usagers, doit être considéré comme une délégation de service public, régie par les articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales* ».

¹¹²⁰ Réponse du Ministère des solidarités et de la santé, publiée dans le JO du sénat du 14/12/2017, page 4521, « *Le transfert par une collectivité territoriale ou un établissement public territorial de la gestion d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), ou de tout autre type d'établissement ou service social ou médico-social (ESSM), quel que soit son mode de financement, constitue une cession d'autorisation au sens de l'article L. 313-1 du CASF et ne peut en aucun cas être considéré comme une délégation de service public* ».

un éclairage sur l'alinéa 2 de l'article 121-2, dans la mesure où les collectivités territoriales ne sont pas responsables des infractions « *commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public* ».

641. La lecture de l'article 121-2 du code pénal évoque la responsabilité des personnes morales en raison d'infractions commises sans apporter plus de précisions. La réforme du code en 1994 avait posé le principe de spécialité, selon lequel une personne morale ne peut être responsable que dans les cas prévus par la loi ou le règlement. La Cour de cassation a confirmé cette approche dans un arrêt du 18 avril 2000¹¹²¹. En l'espèce, une société était mise en cause devant le tribunal de police en raison d'une infraction aux dispositions du code du travail, spécifiquement à l'ordre des licenciements. La Cour de cassation suit l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, en confirmant qu'une personne morale ne peut être poursuivie si aucun texte ne le prévoit expressément¹¹²². La Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a supprimé le principe de spécialité à compter du 31 décembre 2005. Les personnes morales peuvent désormais être responsables de plein droit de l'ensemble des infractions, qu'elles soient totalement consommées ou simplement tentées.

642. Poussons plus avant notre analyse de l'article 121-2 du code pénal. Les personnes morales sont responsables pénalement de toutes les formes d'infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants. Cet article rappelle que la responsabilité d'une personne morale n'intervient qu'après l'action d'une personne physique. Par ailleurs, il faut que l'auteur des faits soit considéré comme étant l'organe de la personne morale ou son représentant et qu'il ait agi pour son compte. Par un arrêt du 27 mai 2014, la chambre criminelle de la Cour de cassation¹¹²³ s'est prononcée sur l'impact de ces critères dans le cadre d'une affaire mettant en cause « *l'association le Comité Mosellan de sauvegarde de l'enfance, de l'adolescence et des adultes* » (C.M.S.E.A.). Cet arrêt faisait suite à celui de la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Grenoble en date du 5 mars 2013 qui avait prononcé la condamnation de

¹¹²¹ Cour de cassation, Chambre criminelle, 18 avril 2000, 99-85.183, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.courdecassation.fr/decision/6079a8d29ba5988459c4f0b9>, [Consulté le 25 janvier 2023].

¹¹²² Ibid. : « *Attendu que, pour déclarer irrecevable l'action de Bruno X..., partie civile, qui avait fait citer la société Transports Telex Livraison TTL devant le tribunal de police sur le fondement des articles L. 321-1-1 et R. 362-1-1, du Code du travail pour infraction aux prescriptions relatives à l'ordre des licenciements, la cour d'appel retient que ni les textes précités ni aucune autre disposition légale ou réglementaire ne prévoient expressément que la responsabilité pénale des personnes morales puisse être engagée à raison de cette contravention* ».

¹¹²³ C.cass. crim., 27 mai 2014, n°13-82.148.

l'association à une amende de 10 000 euros et à une inscription au bulletin numéro deux du casier judiciaire pour homicide involontaire. En l'espèce, l'association déplorait le décès par noyade d'un jeune qui était accueilli au sein d'un centre psycho pédagogique des Hautes-Alpes. Une éducatrice, en charge de la sortie en cause, a été considérée comme étant représentante de l'association et la Cour d'affirmer *« que c'est avec raison que le tribunal a renvoyé Mme Y. des fins de la poursuite, les fautes simples commises ayant cependant pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'association dont elle doit être considérée comme une représentante »*. Le fait, pour l'association, de laisser une grande liberté d'action à l'éducatrice, permettait de lui conférer la qualité de représentante de l'association. Pour les établissements, on peut conclure qu'une organisation interne laissant une marge d'initiatives assez large aux acteurs et favorisant les délégations de fait peut entraîner la responsabilité de la personne morale¹¹²⁴. Il suffit donc que l'on constate une infraction commise par un organe ou un représentant de la personne morale pour engager *« par ricochet »* la responsabilité de la structure. A noter que la loi permet de définir facilement un organe de la personne morale, contrairement à la notion de représentant qui exige l'intervention de la jurisprudence. Ainsi, sont considérés comme des organes au sens de l'article 121-2 du code pénal, les présidents, les gérants, le conseil de surveillance, les directeurs ou le conseil d'administration.

3. Exemples jurisprudentiels de la responsabilité pénale des personnes morales

643. L'examen de la jurisprudence apporte quelques exemples d'appel de responsabilité pénale des personnes morales dans le domaine du droit du travail et de la sécurité des personnes. En principe, la reconnaissance d'un délit ne peut être effectif que si l'intention de le commettre est présente. C'est le sens de l'article 121.3 du code pénal¹¹²⁵ qui dispose dans son premier alinéa qu' *« Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »*. L'article poursuit en évoquant des exceptions¹¹²⁶ à ce principe général. Il est mentionné les notions

¹¹²⁴ *Ibid.* : *« le directeur de l'établissement à l'époque des faits n'assumait pas avec suffisamment de rigueur ses responsabilités propres et déléguait de fait très largement à chacun des éducateurs ses responsabilités quant à l'organisation des activités et aux mesures de sécurité qui devaient les accompagner, étant précisé que l'activité du centre était orientée vers des activités sportives aux fins de dépassement de soi ce qui impliquait une vigilance accrue au regard des risques encourus »*.

¹¹²⁵ Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 - art. 1 () JORF 11 juillet 2000, Article 121.3.

¹¹²⁶ *Ibid.*, Article 121.3, alinéa 2 : *« Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales »*.

d'imprudence et d'obligation de prudence et de sécurité, qui sont des notions très prégnantes dans la sphère médico-sociale. On se heurte ici à un corpus de règles pénales qui, malgré qu'elles soient entendues et comprises par tous, est difficile à conjuguer avec les axes de la CIDPH. En effet, comment respecter les principes de sécurité alors que l'on favorise un accompagnement différent des personnes handicapées dans des logements situés dans la ville. Cette question de la conjugaison de nos règles de responsabilité avec les principes de la CIDPH est centrale, si l'on souhaite faire avancer le débat sur les droits des personnes handicapées. Etrangement, notre débat public ne fait pas halte sur ce point de droit, dans l'espoir que le temps effacera ce qui semble être un oxymore. Et l'ensemble des acteurs médico-sociaux de suivre les recommandations du Comité des droits de l'ONU, en inventant de nouvelles formes d'accompagnement allégées et surtout moins coûteuses en personnel et en budget. Il suffit de lire les derniers rapports de la Défenseure des droits pour se rendre compte qu'un accompagnement différent ne peut se construire sans personnel. Le fait de suivre le mouvement initié par les pouvoirs publics sans se questionner sur les impacts en matière de responsabilité, revient à piloter une voiture en ayant volontairement éteint les phares. Assez rapidement aux détours d'une procédure judiciaire, l'établissement médico-social au même titre que le conducteur de la voiture, constatera qu'il est dangereux de piloter dans le noir.

644. Un établissement médico-social peut donc être poursuivi pour homicide involontaire lorsqu'une personne décède lors d'une activité extérieure, ou tout simplement au sein même de l'établissement. C'est le sens de l'article 221.7 du code pénal¹¹²⁷ qui traite de la responsabilité des personnes morales, ainsi que des peines qui peuvent être prononcées contre elles¹¹²⁸. Les

compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

¹¹²⁷ Code pénal, Article 221.7 : « Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies à l'article 221-6 encourrent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38, les peines prévues par les 2°, 3°, 8° et 9° de l'article 131-39 ».

¹¹²⁸ Code pénal, Article 131.39. Cet article dresse la liste des sanctions pouvant être prononcées à l'encontre des personnes morales. Il peut s'agir :

1° La dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;

2° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;

3° Le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;

4° La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;

peines sont diverses, et couvrent un éventail assez large allant de la fermeture pure et simple de l'établissement jusqu'à la confiscation de l'animal qui a causé le dommage et l'interdiction d'en détenir d'autres. Il est intéressant de s'attarder sur cet article, car il permet d'éclairer la sphère des peines pour les personnes morales. La condamnation ne s'arrête pas au paiement d'une amende mais peut courir jusqu'à l'arrêt de l'activité, même si cette dernière reste hypothétique pour les établissements médico-sociaux. Dans les cas les plus extrêmes, les autorités de tarifications vont retirer l'autorisation pour l'établissement de recevoir du public et la transférer, à une autre institution, de manière à assurer une continuité d'accompagnement.

645. Un arrêt de la Cour de cassation, en date du 4 octobre 2011¹¹²⁹, fournit une illustration d'une recherche de responsabilité pénale d'un établissement à la suite du décès d'une personne accueillie. En l'espèce, le décès d'une personne était intervenu à la suite de brûlures dues à une mauvaise utilisation des sanitaires de sa chambre. La Cour a examiné la situation en rappelant que « *la responsabilité pénale peut être recherchée en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de sa mission ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* ». Les dispositifs de sécurité sont passés en revue, le nombre de salariés présents au moment des faits est pris en compte, les rapports de la

5° La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;

6° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ;

7° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés où d'utiliser des cartes de paiement ;

8° La peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 ;

9° L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ;

10° La confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ;

11° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal ;

12° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus de percevoir toute aide publique attribuée par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements ou leurs groupements ainsi que toute aide financière versée par une personne privée chargée d'une mission de service public.

¹¹²⁹ C.cass. crim., 4 octobre 2011, n° 11-81.699.

DDASS¹¹³⁰ sont relus afin de déterminer clairement si la responsabilité de la personne morale peut être retenue. La lecture de cet arrêt met en exergue l'ensemble des critères pris en compte par la jurisprudence, qui constituent autant de zones d'incertitude pour les dirigeants lors d'une procédure judiciaire. Peut-on objectivement considérer que le personnel sera suffisamment nombreux lors du délit ? Au regard des politiques budgétaires menées, on peut imaginer que ce critère emportera souvent la responsabilité de la personne morale.

646. Les exemples de mise en cause sont plus nombreux lorsqu'on s'intéresse aux délits en matière de droit du travail dans les établissements. Par exemple, une société a été condamnée pour blessures involontaires en 2015¹¹³¹ pour ne pas avoir rédigée un mode opératoire pour un nouveau matériel mis à disposition dans l'entreprise. Pour autant, l'existence d'un mode opératoire ne suffit pas à exonérer de responsabilité la personne morale. La mauvaise utilisation d'un guide à l'origine d'un accident suffit à condamner la personne morale par le truchement du conducteur de travaux¹¹³². L'organisation d'un établissement autour de délégations de pouvoirs peut également engendrer une mise en cause de la personne morale sur le plan pénal, le délégataire étant considéré comme son représentant¹¹³³. Cet exemple mérite une attention particulière car il met en lumière toute la complexité liée aux délégations dans les établissements. D'un côté, on doit promouvoir les délégations pour définir justement les responsabilités de chacun au sein des organisations et de l'autre, lorsque les délégations sont effectives, la jurisprudence considère que les fautes du délégataire sont de nature à engager la responsabilité pénale de la personne morale. Il est donc important d'expliquer que les délégations n'ouvrent pas la porte à une forme d'irresponsabilité pour les personnes morales.

C. La responsabilité pénale du fait d'autrui

647. Peut-on être responsable des dommages causés par un tiers ? A cette question, le droit civil a apporté une réponse positive par le biais de l'article 1242¹¹³⁴ (ancien art.1384 C. civil).

¹¹³⁰ L'acronyme DDASS signifie Direction Départementale des Affaires Sanitaires et Sociales. Dans le cadre de la Révision Générale des Politiques Publiques, les DDASS ont été supprimées le 1^{er} avril 2010.

¹¹³¹ C.cass. crim., 17 mars 2015, n°14-80.013.

¹¹³² C.cass. crim., 11 décembre 2012, n°11-87.421.

¹¹³³ C.cass. crim., 1 septembre 2010, n°09-87.331.

¹¹³⁴ Code civil, Article 1242, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032041559/2016-10-01, [Consulté le 30 janvier 2023].

L'alinéa 5 indique que les commettants sont responsables de leurs préposés, ce qui garantit une réparation civile pour les victimes par le truchement de l'assurance de l'entreprise. Cette garantie civile se retrouve-t-elle sur le plan pénal ? En d'autres termes, existe-t-il au plan pénal, une responsabilité du fait d'autrui, et pourrait-on envisager une symétrie entre le volet civil et le volet pénal ? Lorsqu'il abordera le thème de la responsabilité, un directeur d'établissement devra sûrement répondre à ces questions, pour faire en sorte que l'ensemble des acteurs disposent d'une vision claire.

648. En principe, aucune poursuite, aucune condamnation ne peut être prononcée à l'encontre d'une personne qui n'est ni l'auteur, le coauteur ou le complice d'une infraction. La responsabilité pénale est une responsabilité purement personnelle. C'est le sens de l'article 121-1 du code pénal qui dispose que « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* ». Au regard de cet article, on ne peut envisager de responsabilité pénale du fait d'autrui. La jurisprudence confirme cette approche par un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 1956¹¹³⁵. En l'espèce, la Cour s'interrogeait sur la responsabilité pénale du « *gérant-directeur* » d'une entreprise, dont les activités avaient pollué un cours d'eau. D'après une loi du 15 avril 1829, est puni d'une peine correctionnelle « *quiconque aura jeté dans les eaux des drogues ou appâts qui sont de nature à enivrer le poisson ou à le détruire* ». La Cour de cassation relève un principe qui pointe que « *nul n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel* » et note que « *la pollution des eaux est due à un accident imprévisible qui s'est produit en l'absence du prévenu* ». Le principe posé, la Cour observe toutefois qu'il est susceptible d'aménagements dans des cas exceptionnels¹¹³⁶ où la loi impose d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un subordonné. Dès lors que le législateur impose des mesures visant à garantir la sécurité et la salubrité publique, la responsabilité du chef d'entreprise peut être retenu alors même qu'il n'a pas participé personnellement à l'infraction. Ce faisant, la jurisprudence ouvre la voie à la responsabilité pénale du fait d'autrui, cette dernière pouvant être indirecte (1) ou directe (2).

¹¹³⁵ C.cass. crim., 28 février 1956 (JCP 1956 II 9304 note de Lestang, D.1956 391).

¹¹³⁶ La Cour de cassation, pour illustrer l'exception au principe, cite au titre des cas exceptionnels, le cas des « *industries soumises à des règlements édictés dans un intérêt de salubrité ou de sûreté publiques, la responsabilité pénale remonte essentiellement aux chefs d'entreprises, à qui sont personnellement imposés les conditions et le mode d'exploitation de leur industrie* ».

1. La responsabilité pénale indirecte du fait d'autrui

649. Par responsabilité pénale indirecte, il faut entendre le paiement des amendes prononcées ou des frais de justice qui sont mis à la charge des employeurs suite aux infractions commises par les salariés. Sur ce point, on peut considérer que le droit pénal se rapproche des règles du droit civil avec un système de responsabilité « *par ricochet* », l'auteur matériel n'est pas celui qui payera la note finale. Plusieurs textes définissent la responsabilité de l'employeur de manière indirecte. On peut relever certains articles du code du travail (1.1) ou encore du code de la route (1.2).

1-1. Le code du travail et le paiement des amendes par l'employeur

650. L'article L4741-7 du code du travail reconnaît la responsabilité civile de l'employeur et indique qu'il doit payer les amendes civiles prononcées à l'encontre de « *ses directeurs, gérants ou préposés* ». La loi du 6 décembre 1976¹¹³⁷ relative au développement de la prévention des accidents du travail a introduit un article L4741-2 dans le code du travail, qui accorde la possibilité aux juridictions de « *décider que le paiement des amendes prononcées sera mis, en totalité ou en partie, à la charge de l'employeur* ». Ce faisant, cet article accepte qu'une amende en lien avec les conditions de travail de l'entreprise soit dirigée contre l'employeur « *par ricochet* ». Depuis 1976, la jurisprudence a consacré un véritable droit à la sécurité au travail qui peut être vue comme une vraie obligation de résultat pour l'entreprise. Les arrêts rendus en 2002¹¹³⁸ par la Cour de cassation à propos des dommages liés à l'amiante ont constitué un tournant jurisprudentiel. Désormais, les risques professionnels mais également les risques psychosociaux, peuvent engager la responsabilité de l'employeur si toutes les mesures de prévention n'ont pas été prises.

¹¹³⁷ Loi n°76-1106 du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail, JORF du 7 décembre 1976.

¹¹³⁸ C.cass. soc., 28 févr. 2002, n° 00-10.051, n° 835 FP - P + B + R + I, C.cass. soc., 28 févr. 2002, n° 00-13.172, n° 845 FP - P + B + R + I, C.cass. soc., 28 févr. 2002, n° 99-17.201, n° 844 FP - P + B + R + I, C.cass. soc., 28 févr. 2002, n° 99-17.221, C.cass. soc., 28 févr. 2002, n° 99-21.255, n° 842 FP - P + B + R + I, C.cass. soc., 28 févr. 2002, n° 99-18.389, n° 837 FP - P + B + R + I, C.cass. soc., 28 févr. 2002, n° 00-11.793, n° 838 F - P.

1-2. Le code de la route convoque le titulaire de la carte grise

651. L'article L121-1 du code de la route¹¹³⁹ traite de la question de la responsabilité pénale afférente aux infractions commises lors de la conduite d'un véhicule. Il est rappelé que le conducteur est responsable lorsqu'il conduit le véhicule. Le code de la route est sur ce point en accord avec l'article 121-1 du code pénal en mentionnant que le conducteur est seul responsable des dommages qu'il crée. L'alinéa 2 de l'article L121-1 du code de la route prévoit toutefois que le paiement des amendes liées aux infractions routières peut être dirigé vers le commettant. On retrouve la même logique concernant l'article L121-2 du code de la route qui aborde les amendes pour stationnement qui incombent au « *titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule* », à moins « *qu'il ne fournisse des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction* ». La loi du 18 juin 1999 a étendu la responsabilité du titulaire du certificat d'immatriculation aux infractions liées à une vitesse excessive, ainsi que le non-respect de la signalisation routière.

652. Dans les établissements médico-sociaux, ce « *paiement par ricochet* » mérite une attention particulière compte tenu du nombre de véhicule mis à disposition pour que le personnel puisse accompagner les sorties des personnes handicapées. Si les organisations sont assez importantes, le montant mensuel des amendes peut rapidement atteindre le millier d'euros. Un système informatisé de réservation de véhicule doit être mis en place, pour que chaque déplacement fasse l'objet d'une déclaration préalable. L'heure de départ devra être enregistrée ainsi que l'heure de retour, ces deux informations étant couplées à l'immatriculation du véhicule. Ces données seront nécessaires pour identifier le conducteur du véhicule afin de communiquer l'identité du conducteur pour l'affectation du retrait de points. Cette observation est loin d'être anecdotique, dans la mesure où les infractions peuvent rapidement avoir pour conséquence la perte de l'intégralité des points sur le permis du président de l'association ou du gérant de la société privée et son annulation. D'expérience, cette responsabilité pénale indirecte du fait d'autrui doit être circonscrite le plus tôt possible. Cela évitera aux directions

¹¹³⁹ Code de la route, Article L121-1, « *Le conducteur d'un véhicule est responsable pénalement des infractions commises par lui dans la conduite dudit véhicule. Toutefois, lorsque le conducteur a agi en qualité de préposé, le tribunal pourra, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes de police prononcées en vertu du présent code sera, en totalité ou en partie, à la charge du commettant si celui-ci a été cité à l'audience* ».

de mener des enquêtes internes, souvent infructueuses, pour découvrir le véritable conducteur du véhicule.

2. La responsabilité pénale directe du fait d'autrui

653. A côté des responsabilités indirectes qui obligent un tiers à régler les amendes nées d'infractions commises par l'auteur direct, il existe des cas de responsabilité directe reconnus par des textes (2.1) ou par la jurisprudence. Nous sommes alors devant de véritables exceptions au principe de la responsabilité pénale personnelle. Le système de la délégation de pouvoirs ne peut être analysé comme un écran de protection pénale (2.2).

2-1. La responsabilité pénale du fait d'autrui prévue par un texte

654. On peut remonter à la fin de la seconde guerre mondiale pour trouver trace de la responsabilité pénale du fait d'autrui, aux détours d'une réglementation économique. L'article 56 de l'ordonnance du 30 juin 1945 indique que des sanctions économiques peuvent être décidées à l'encontre d'une direction ou de l'administration d'une entreprise, en raison des faits commis « *par toute personne relevant de leur autorité ou de leur contrôle*¹¹⁴⁰ ». La Cour de cassation a confirmé cette approche par un arrêt du 27 novembre 1963¹¹⁴¹. En l'espèce, il était fait appel d'un arrêt de la Cour d'appel de Douai en date du 11 juillet 1963 qui condamnait la propriétaire d'un commerce en raison d'achats et de ventes sans factures à des amendes fiscales. La propriétaire indiquait que les actes constitutifs d'une fraude ont été perpétrés par son mari qui n'était pas inscrit au registre du commerce. N'ayant pas la qualité de commerçant, les actes du mari de la propriétaire du commerce ne pouvaient donc pas la mettre en cause. La Cour de cassation ne suit pas ce raisonnement juridique en indiquant que l'article 56 de l'ordonnance du 30 juin 1945 « *sanctionne non seulement un acte positif, mais encore le fait, par défaut de surveillance, de contrôle ou par négligence, de laisser contrevenir aux dispositions de l'ordonnance du 30 juin 1945* ». La Cour de cassation conclut que le mari, ayant déjà fait

¹¹⁴⁰ Ordonnance n°45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique, Article 56, « *Sont passibles des peines et sanctions prévues à la présente ordonnance tous ceux qui, chargés à un titre quelconque de la direction ou de l'administration de toute entreprise, établissement, société, association ou collectivité ont, soit contrevenu par un acte personnel, soit en tant que commettant, laissé contrevenir par toute personne relevant de leur autorité ou de leur contrôle aux dispositions de la présente ordonnance* ».

¹¹⁴¹ C.cass. crim., 27 novembre 1963, n°62-92.577.

faillite, ne pouvait être reconnu en tant que commerçant mais en tant que préposé de sa femme, seule inscrite. Cette jurisprudence confirme qu'il faut avoir une lecture littérale de l'ordonnance qui reconnaît la responsabilité pénale du fait d'autrui.

2-2. La délégation de pouvoirs ne peut être assimilée à un écran de protection totale

655. La responsabilité pénale du fait d'autrui n'est envisageable qu'à condition que plusieurs conditions soient réunies. Tout d'abord, il est bien sûr nécessaire qu'une infraction soit commise par autrui. Il est important à ce stade de s'arrêter sur le mécanisme juridique de la délégation de pouvoirs. L'analyse exhaustive de cette thématique fera l'objet du titre deux de cette seconde partie pour autant, il faut d'ores et déjà tordre le cou aux idées reçues. L'existence d'une délégation de pouvoirs n'entraîne pas automatiquement la responsabilité d'autrui même en cas de faute. En effet, il peut arriver que la faute du directeur annihile l'effet de sa délégation, en reconnaissant directement sa propre responsabilité. La Cour de cassation confirme cette position dans un arrêt de la chambre criminelle du 20 mars 1995¹¹⁴². En l'espèce, un directeur d'agence bancaire était accusé d'avoir diffusé de fausses informations publiques, le montant réel des prêts accordés dépassait le cadre légal des autorisations d'emprunt. La Cour de cassation a suivi la Cour d'appel de Paris qui avait constaté la participation du directeur à l'infraction. Ce faisant, on considère que la délégation ne peut servir de « *paravent* » qui protège le délégant de ses fautes¹¹⁴³.

656. Ensuite si le délégant ne commet pas de faute, l'existence d'une délégation de pouvoirs lui permet de se protéger pénalement dans certains cas. Encore faut-il que l'on prenne vraiment conscience de la portée de l'acte. Dans de nombreux établissements médico-sociaux, la délégation n'est pas correctement appréhendée. Combien de présidents d'association se retrouvent au sein d'une procédure judiciaire, alors qu'ils pensaient qu'une délégation les protégeait. Un effort particulier doit être porté sur ce thème par les directions afin que leurs délégations ne deviennent des mot-valise vidés de leur sens juridique, mais emplies d'une responsabilité qu'elles croyaient effacées. Il suffit de suivre quelques jours de formation à

¹¹⁴² C.cass. crim., 20 mars 1995, Bulletin criminel n°114.

¹¹⁴³ *Ibid.*, « Attendu qu'en prononçant ainsi, et dès lors qu'ayant caractérisé une participation directe du dirigeant à l'infraction, elle n'était pas tenue de se prononcer sur les effets de la délégation de pouvoirs invoquée, nécessairement inopérante, la cour d'appel a justifié sa décision ».

l'extérieur de son entreprise, pour que les échanges nous permettent de prendre conscience que le thème de la délégation requiert beaucoup d'humilité. En effet, l'examen de la jurisprudence et la mise en lumière des moyens de défense utilisés par les avocats pour défendre leur client et anéantir les délégations nous apprennent, qu'en plus de l'acte de délégation, il faut entamer une véritable réflexion sur le management de l'établissement. Le directeur d'établissement doit avoir une posture de délégant, acceptant qu'une partie de ses pouvoirs soit transféré à un collaborateur.

657. Cependant l'existence d'une délégation ne suffit pas à exonérer de sa responsabilité pénale le délégant. En effet, tous les domaines ne peuvent faire l'objet d'une délégation qui soit juridiquement valable. Pour être acceptée par les juges, la délégation doit être envisagée par un texte de loi ou un règlement. La jurisprudence a fait preuve d'une particulière vigilance quant à la reconnaissance de la validité juridique d'une délégation. L'objectif était d'éviter que l'employeur ne puisse se décharger trop facilement de sa responsabilité pénale sur le délégataire. Pour déterminer la validité de la délégation, la jurisprudence exige qu'elle porte sur un texte qui prévoit que d'autres personnes, en dehors du chef d'entreprise, peuvent être incriminées. En fonction des conditions, le juge pourra décider la personne responsable pénalement. Dans le cas contraire, si le texte ne mentionne qu'une imputation exclusive concernant le chef d'entreprise, la jurisprudence refusera la validité de la délégation.

658. Quels sont alors les domaines de délégation qui impactent les établissements médico-sociaux et qui sont reconnus par la jurisprudence ? Le champ du droit du travail offre cette faculté d'être largement présent dans les établissements et pouvant constituer le berceau de délégation valide. L'article L4741-2 du code du travail énonce la possibilité, selon les circonstances, que les amendes pénales soient mises à la charge de l'employeur alors que l'infraction a été commise par le délégataire¹¹⁴⁴. Pour retenir la responsabilité du délégataire, la jurisprudence exige, par ailleurs, que la délégation présente un caractère précis et limité. Le caractère précis amène le tribunal de police à considérer qu'« *il est inadmissible qu'un chef*

¹¹⁴⁴ Code du travail, Article L4741-2 : « *Lorsqu'une des infractions énumérées à l'article [L. 4741-1](#), qui a provoqué la mort ou des blessures dans les conditions définies aux articles [221-6](#), [222-19](#) et [222-20](#) du code pénal ou, involontairement, des blessures, coups ou maladies n'entraînant pas une incapacité totale de travail personnelle supérieure à trois mois, a été commise par un délégataire, la juridiction peut, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes prononcées sera mis, en totalité ou en partie, à la charge de l'employeur si celui-ci a été cité à l'audience* ».

d'entreprise puisse se décharger sur un simple manœuvre, voire sur un contremaître principal... du soin de surveiller l'observation permanente des mesures de sécurité dont peut dépendre la vie ou l'intégrité physique de ses ouvriers¹¹⁴⁵ ». Le caractère limité de la délégation induit l'impossibilité de déléguer l'ensemble de ses pouvoirs à un salarié. La jurisprudence rejette ce type de délégation globale, considérant que déléguer l'intégralité de ces pouvoirs reviendrait à acter son remplacement dans l'entreprise. Depuis longtemps, la jurisprudence de la Cour de cassation confirme l'impossibilité de délégation de pouvoirs trop généraux. C'est le sens de l'arrêt du 13 janvier 1972¹¹⁴⁶, qui refuse de considérer la délégation faite par un président directeur général, au motif que les termes de la délégation étaient très généraux, *« et qui emportaient son remplacement complet dans la société »*. Par ailleurs, l'arrêt rappelle que les délégations afférentes à la gestion de la paye et des déclarations sociales doivent faire l'objet d'une notification auprès des URSSAF pour être recevable devant les juges du fond.

659. La validité d'une délégation peut également interroger le fonctionnement d'un établissement. Alors que l'acte de délégation a été correctement rédigé, le recours excessif à des entreprises sous-traitantes engageait la responsabilité du chef d'entreprise. Dans un arrêt du 25 mars 1997¹¹⁴⁷, la Cour de cassation a confirmé une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis et trente mille francs d'amende à l'encontre du chef d'entreprise pour un délit d'homicide involontaire. La Cour retient que *« c'est à juste titre que le tribunal a estimé que la délégation de pouvoirs consentie à Guy Y., conducteur de travaux, ne pouvait exonérer le prévenu de sa responsabilité pénale »*. Il est ici fait mention des dysfonctionnements de l'entreprise dans son organisation et d'un recours systématique à la sous-traitance pour ne pas considérer la délégation de pouvoirs.

660. Les décisions sont nombreuses qui ne reconnaissent pas la validité d'une délégation, et entraînent une responsabilité pénale du fait d'autrui. Ce faisant, le champ de la responsabilité pénale tend à se rapprocher de celui de la responsabilité civile. Dans les établissements, il est important de prendre conscience de l'importance de la responsabilité pénale en lien avec le non-respect du droit de travail. Les directions doivent, en même temps, correctement appréhender le domaine des délégations car leur absence est constitutive d'une faute, et ne pas considérer

¹¹⁴⁵ Tribunal de police Grand-Couronne, 27 sept. 1955 : Gaz. Pal. 1955-2, p. 308.

¹¹⁴⁶ C.cass. crim., 13 janvier 1972, n° 70-90.649.

¹¹⁴⁷ C.cass. crim., 25 mars 1997, n° 96-82.163.

que la délégation est l'acte permettant de se prémunir des responsabilités pénales. Cette information est d'autant plus importante que les assurances ne couvrent que les dommages civils. Toutes les condamnations pénales pour les infractions commises directement ou par l'intermédiaire d'autrui devront donc être réglées directement sur le patrimoine personnel du chef d'entreprise.

Section 2 : La protection du lanceur d'alerte en France et en Wallonie

661. La lutte contre les phénomènes de maltraitance en direction des personnes handicapées accompagnées est une préoccupation constante des établissements médico-sociaux. L'actualité de la France comme de la Wallonie nous fournit des d'exemples de situations d'accompagnement inacceptables. Le scandale des mauvais traitements dans des EHPAD¹¹⁴⁸ gérés par un groupe privé en France a mis en lumière les actes de maltraitance en direction des personnes âgées. Le public s'est ému des situations révélées en établissement et s'est indigné de constater que le groupe privé avait tenté de verser de l'argent à un journaliste afin que les problèmes ne soient pas rendus publics. En Belgique, avec les « *maisons pirates* », la presse wallonne s'est faite l'écho de situations de maltraitance condamnées par la justice. On peut relever le cas du directeur d'un Home à Gosselies qui a été arrêté en Espagne où il s'était enfui après la découverte des mauvais traitements infligés aux personnes¹¹⁴⁹. Dans une autre structure située de la région de Charleroi, les Cygnes de l'Etang, la directrice a été inculpée d'abus de biens sociaux, d'abus de faiblesse et d'infractions au Code wallon de l'action sociale¹¹⁵⁰. Des deux côtés de la frontière, la presse joue un rôle important sur le fait d'alerter l'opinion sur ces actes de maltraitance en direction d'un public vulnérable. Cette mise en lumière est la garantie d'une effectivité des droits car elle élargit et éclaire la relation duale qui s'installe dans les établissements, entre une personne handicapée et un représentant de la structure d'accompagnement. Les directions doivent promouvoir cette transparence d'informations et cette ouverture des établissements pour lutter contre les actes de maltraitance.

662. Plusieurs questions ne tarderont pas à se poser dans les établissements lorsque l'on réfléchit sur cette exigence de transparence. Existe-t-il une voie officielle au sein de l'établissement pour dénoncer la maltraitance ? Quelle est la protection accordée aux personnes qui lance l'alerte ? Quelle est la définition exacte d'un acte de maltraitance qui doit faire l'objet

¹¹⁴⁸ Il est fait ici référence aux maltraitements découverts au sein de certains établissements gérés par le groupe ORPEA. Suite au scandale, le groupe a changé de nom et s'appelle désormais EMEIS.

¹¹⁴⁹ [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.sudinfo.be/id798698/article/2024-02-26/agression-sexuelle-dans-un-home-de-gosselies-lanalyse-des-psychiatres-revele-une>, [Consulté le 17 avril 2024].

¹¹⁵⁰ [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.rtb.be/article/lodelinsart-la-directrice-des-cygnes-de-l-etang-inculpee-d-abus-de-faiblesse-9767567>, [Consulté le 17 avril 2024].

d'une alerte ? Ces questions ont été considérées au niveau européen (I) avant d'être déclinées dans chaque pays (II) et étendues au champ médico-social (III).

I. Le lanceur d'alerte saisi par le niveau européen

663. Le thème des lanceurs d'alerte a été mis assez récemment à l'agenda de l'Union européenne. Au début des années 2000, l'Union européenne s'est davantage préoccupée du strict respect du droit européen par les États plutôt que de la protection des personnes qui dénonçaient des violations des règles de droit en général. On peut noter que la Commission européenne, dans son rapport de 2002 au Parlement européen¹¹⁵¹, rappelait que son rôle consistait « à résoudre les problèmes avec les États membres de manière à remédier à toute violation potentielle du droit, et à engager une procédure d'infraction lorsqu'il y a lieu ». Dans le même temps, elle reconnaissait qu'« En dépit de ces efforts, l'application et la mise en œuvre effective du droit de l'UE restent une entreprise difficile qui demande de mettre davantage l'accent sur le contrôle de l'application, afin de servir l'intérêt général ». A plusieurs reprises, la Commission a saisi l'occasion de rappeler sa mission de contrôle du respect et de l'application de la législation¹¹⁵² européenne par les États.

664. La thématique de la protection des lanceurs d'alerte est d'abord apparue dans la jurisprudence de la CEDH (A), avant de faire l'objet de différents textes adoptés par le Conseil de l'Europe (B) et de donner lieu à la publication d'une directive par l'Union européenne (C).

A. Le lanceur d'alerte et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

665. L'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'évoque pas directement les lanceurs d'alerte mais simplement la liberté d'expression, sa reconnaissance et ses limites au travers de deux alinéas¹¹⁵³. Le premier alinéa

¹¹⁵¹ Rapport sur la communication de la Commission sur l'amélioration du contrôle de l'application du droit communautaire, COM (2002) 725 final/3 du 16 mai 2003.

¹¹⁵² Communication de la Commission intitulée « Pour une Europe des résultats — application du droit communautaire », COM (2007) 502 final du 5.9.2007.

¹¹⁵³ CEDH, Guide sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, Mise à jour 31 août 2022, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_10_FRA, [Consulté le 20 avril 2024].

est centré sur la notion de liberté d'expression qui est reconnue pour chacun, « *sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière* ». Le second alinéa admet certaines limites à cette liberté d'expression, « *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ».

666. Dans cet article 10, même si la liberté d'expression est consacrée, on comprend qu'elle doit être contrebalancée par la responsabilité de la personne qui divulgue des informations. On retrouve cette idée d'équilibre dans l'arrêt de la CEDH du 27 mars 1996¹¹⁵⁴. En l'espèce, il était demandé à la CEDH de considérer la demande d'un journaliste qui ne souhaitait pas révéler ses sources informationnelles à un État. Le journaliste mettait en avant l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans son arrêt, la CEDH évoque un « [...] *exercice de mise en balance des intérêts en présence* » avec, d'un côté, « [...] *un intérêt public général à voir protéger la confidentialité des sources journalistiques* » et de l'autre, « *l'intérêt général d'une bonne administration de la justice qui appelle, en l'occurrence, la divulgation* ». Cette mise en balance est toujours à l'œuvre lorsqu'un citoyen s'interroge sur le fait de lancer une alerte publique.

667. Cette notion de balance entre plusieurs intérêts méritait d'être explicitée afin que l'on puisse en déterminer les justes contours d'application. Par un arrêt du 12 février 2008¹¹⁵⁵, la CEDH a défini, pour la première fois, les conditions de mobilisation de la protection liée à l'article 10. En l'espèce, il était question des révélations d'un fonctionnaire à la presse au sujet d'une intervention politique dans une procédure pénale. A la suite de cette action, le fonctionnaire avait été révoqué. La CEDH rappelle d'abord différents textes pouvant être invoqués à l'appui des recours.

¹¹⁵⁴ CEDH, *Goodwin contre Royaume-Uni*, 27 mars 1996, requête n° 17488/90.

¹¹⁵⁵ CEDH, *Guja contre Moldova*, Grande chambre, 12 février 2008, requête n° 14277/04.

668. Il est notamment fait mention de la Convention de l'Organisation internationale du travail¹¹⁵⁶ sur le licenciement et de la Convention des Nations Unies contre la corruption. L'arrêt reprend également dans le détail les critères de l'article 10 pour examiner au fond la requête. Il est nécessaire de vérifier s'il existe une « *ingérence d'une autorité publique* », si elle est « *prévue par la loi* », si elle « *poursuit un ou plusieurs buts légitimes* » et était « *nécessaire dans une société démocratique* ». Il est rappelé l'importance de la diffusion publique des informations dans la protection de l'intérêt général. « *Dans un système démocratique, les actions ou omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi des médias et de l'opinion publique. L'intérêt de l'opinion publique pour une certaine information peut parfois être si grand qu'il peut l'emporter même sur une obligation de confidentialité imposée par la loi* ».

669. C'est également une question liée au licenciement d'une salariée qui est à la base de l'arrêt de la CEDH du 21 juillet 2011¹¹⁵⁷. En l'espèce, il s'agissait du licenciement d'une infirmière en gériatrie qui avait engagé une action pénale contre son employeur en raison du manque de moyens disponibles pour mettre en place des soins pour un public vulnérable. Cet arrêt est significatif à plusieurs endroits. Tout d'abord, la CEDH reconnaît le caractère d'intérêt public des informations divulguées en raison de la vulnérabilité des personnes¹¹⁵⁸. Ensuite, il est noté l'importance accrue de la divulgation en raison du statut d'établissement public dans lequel travaillait l'infirmière¹¹⁵⁹. Enfin, la CEDH soulignait les répercussions négatives du licenciement sur les autres salariés du secteur car cela pouvait les dissuader de dénoncer les

¹¹⁵⁶ ONU, Convention de l'Organisation internationale du travail (n°158), 1982 et Convention des Nations Unies contre la corruption n° 58/4 du 31 octobre 2003.

¹¹⁵⁷ CEDH, *Heinisch contre Allemagne*, 21 juillet 2011, requête n° 28274/08.

¹¹⁵⁸ CEDH, *Op. cit.*, § 71, « [...] Dans des sociétés dont une part toujours plus importante de la population âgée fait l'objet d'une prise en charge institutionnelle, la divulgation d'informations sur la qualité et les insuffisances de cette prise en charge revêt une importance capitale pour la prévention des abus en raison de la vulnérabilité particulière des patients concernés, qui ne sont pas toujours en mesure de signaler eux-mêmes les dysfonctionnements pouvant affecter les soins qui leur sont prodigués ».

¹¹⁵⁹ CEDH, *Op. cit.*, § 90, « Ces considérations conduisent la Cour à conclure que l'intérêt général s'attachant à la révélation des dysfonctionnements pouvant affecter la prise en charge institutionnelle des personnes âgées par une société publique revêt une importance telle, dans une société démocratique, qu'il prévaut sur la protection de la réputation professionnelle et des intérêts commerciaux de celle-ci ».

dysfonctionnements des établissements¹¹⁶⁰. Cet arrêt résume parfaitement des situations vécues dans certains établissements français ou wallons qui accueillent des personnes handicapées.

670. Dans un arrêt du 14 février 2023¹¹⁶¹, la CEDH a réaffirmé les critères de la liberté d'expression sur le lieu de travail tels qu'ils figuraient dans l'arrêt du 12 février 2008¹¹⁶², « [en 2008] *S'est ainsi construite une jurisprudence protectrice des « lanceurs d'alerte », sans pour autant que la Cour n'emploie expressément cette terminologie* »¹¹⁶³. En 2023, la situation change, dans la mesure où la CEDH évoque le lanceur d'alerte ainsi que les six critères nécessaires pour invoquer la protection de l'article 10 de la Convention. Les critères définis dans l'arrêt de 2008 sont les suivants : « *l'existence ou non d'autres moyens pour procéder à la divulgation ; l'intérêt public présenté par les informations divulguées ; authenticité des informations divulguées ; le préjudice causé à l'employeur ; la bonne foi du lanceur d'alerte ; la sévérité de la sanction* »¹¹⁶⁴. La CEDH rappelle les modifications intervenues au niveau international et européen et leurs impacts sur la lecture des six critères posés par la jurisprudence de 2008. Le travail du Rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression¹¹⁶⁵ propose une définition du lanceur d'alerte. Le terme « *désigne une personne qui dévoile des informations qu'elle a des motifs raisonnables de croire véridiques au moment où elle procède à leur divulgation et qui portent sur des faits dont elle juge qu'ils constituent une menace ou un préjudice pour un intérêt général* » (§54). Par ailleurs, le rapport évoque les « *textes adoptés sous l'égide du Conseil de l'Europe* » (§55).

B. Les textes adoptés par le Conseil de l'Europe

671. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté une résolution le 29 avril 2010¹¹⁶⁶ visant la protection du « *donneur d'alerte* » qui représente « *toute personne soucieuse qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui – car ils permettent de renforcer la responsabilisation et de mieux lutter contre la*

¹¹⁶⁰ CEDH, *Op. cit.*, § 91, « *L'effet dissuasif de cette sanction a pu toucher non seulement les employés en question, mais aussi les autres salariés du secteur des soins infirmiers en raison du retentissement médiatique donné à l'affaire* ».

¹¹⁶¹ CEDH, *Halet contre Luxembourg*, 14 février 2023, Grande chambre, requête n° 21884/18.

¹¹⁶² CEDH, *Guja contre Moldova*, Grande chambre, 12 février 2008, requête n° 14277/04.

¹¹⁶³ *Ibid.*, §112.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, §114.

¹¹⁶⁵ ONU, Rapport A/70/30, 8 septembre 2015.

¹¹⁶⁶ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Résolution 1729, 17^{ème} séance, 29 avril 2010.

corruption et la mauvaise gestion, dans le secteur tant public que privé » (§ 1^{er}). Tous les pays sont invités à réviser leur législation car « Les donneurs d'alerte potentiels sont souvent découragés par crainte de représailles, ou parce qu'aucune suite n'est donnée à leur alerte, au détriment de l'intérêt public pour une gestion efficace et une responsabilisation dans les affaires publiques et les entreprises privées » (§2).

672. Par la suite, en 2014, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté une recommandation concernant la protection des lanceurs d'alerte¹¹⁶⁷ qui propose la définition suivante du lanceur d'alerte : « [il] désigne toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé ». La recommandation doit permettre aux États de modifier leur législation nationale en prenant en considération les 29 principes énoncés par le Conseil de l'Europe.

673. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a voté une autre résolution en 2019¹¹⁶⁸ visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte partout en Europe. L'Assemblée note que certains pays ont déjà mis en place une législation nationale spécifique sur le sujet des lanceurs d'alerte. La France apparaît dans cette liste de pays proposant une protection législative. Il est intéressant de relever que la Belgique ne suivait pas le même rythme législatif. L'Assemblée « considère que les lanceurs d'alerte jouent un rôle essentiel dans toute démocratie ouverte et transparente. La reconnaissance qui leur est accordée et l'efficacité de leur protection en droit et en pratique contre toutes sortes de représailles constituent un véritable « marqueur démocratique ».

C. La directive de l'Union européenne

674. Dans la même dynamique que celle engagée par le Conseil de l'Europe, la directive de l'Union européenne du 23 octobre 2019 encadre la question de la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union¹¹⁶⁹. Plusieurs scandales, à propos de champs

¹¹⁶⁷ Conseil de l'Europe, *Protection des lanceurs d'alerte*, Recommandation CM/Rec (2014) 7 adoptée par le Conseil des Ministres, 30 avril 2014.

¹¹⁶⁸ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Résolution 2300 (2019), 1^{er} octobre 2019.

¹¹⁶⁹ Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, 23 octobre 2019.

diversifiés, ont poussé l'Union Européenne à produire ce texte. Ils portent le nom de « *Dieselgate* » lorsqu'il s'agit de tromperie sur des véhicules, de « *Luxleaks* » lorsqu'il s'agit d'évasion fiscale au Luxembourg ou de « *Panama papers* » lorsqu'il s'agit de la publication de listes d'avoirs secrets de différentes personnalités de la politique, du sport ou du crime. Tous ces scandales démontrent la place importante occupée dans la société par les lanceurs d'alerte pour mettre un terme à des situations dans lesquelles le droit n'est pas respecté. Les autorités européennes se sont réjouies de la publication de la directive. Le premier vice-président de la Commission, M. Frans Timmermans, a ainsi affirmé « *de nombreux scandales récents n'auraient peut-être jamais été mis au jour si, de l'intérieur, des voix courageuses ne s'étaient élevées. Dès lors, mieux protéger les lanceurs d'alerte nous permettra de mieux détecter et prévenir tout préjudice porté à l'intérêt général en cas de fraude, de corruption ou d'évitement fiscal par les entreprises ou encore à la santé humaine ou à l'environnement. Il ne devrait pas y avoir de punition quand on a fait ce qui est juste. En outre, les propositions déposées aujourd'hui protègent aussi ceux qui interviennent en tant que source pour des journalistes d'investigation, contribuant ainsi à garantir la défense de la liberté d'expression et de la liberté des médias en Europe* ». Cette directive devait faire l'objet d'une transposition en droit interne au plus tard le 17 décembre 2021¹¹⁷⁰. La transposition ne doit pas avoir pour conséquences de diminuer la protection des auteurs de signalement, les nouvelles dispositions législatives ou réglementaires doivent apporter des garanties supplémentaires.

675. Il faut relever que cette directive a pour objectif la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union (Article 1^{er}). Des canaux de communication clairs autour des alertes, en interne comme en externe à l'organisation, doivent être mis en place. Il est intéressant de noter que la directive prévoit une voie de communication en direction du public et des médias lorsque les voies internes ne permettent pas de faire évoluer les situations. Cette possibilité de communication externe autorise l'effectivité des droits dans la mesure où elle permet une mobilisation publique rapide¹¹⁷¹. La directive rappelle que les lanceurs d'alerte bénéficient d'une protection juridique dans la mesure où ils ont des motifs raisonnables de croire que les informations signalées entraînent dans le champ d'application de la législation et qu'elles étaient véridiques au moment du signalement.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, Article 26.

¹¹⁷¹ L'exemple de l'action franco-belge de plaidoyer démontre la force d'une action de communication autour du handicap. Cette action de plaidoyer est traitée au chapitre 2- titre 2 de la seconde partie de notre développement.

II. La déclinaison en droit interne de la directive européenne

676. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne décrit dans son article 288 les actes que l'Union peut mobiliser « *pour exercer les compétences de l'Union* ». Citée au premier alinéa, la directive « *lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». Les directives sont d'abord adoptées au niveau de l'Union européenne et sont ensuite transposées par les États membres afin que le texte ait force de loi. L'acte législatif de transposition laisse une marge de manœuvre aux États qui peuvent choisir d'aller au-delà de la directive initiale en poursuivant un travail législatif interne déjà entamé. En France, la loi de transposition du 21 mars 2022¹¹⁷² s'inscrit dans la continuité de la loi no 2016-1691 du 9 décembre 2016¹¹⁷³ (Loi Sapin 2). Cette loi va au-delà de ce qu'exige le droit européen en recherchant un équilibre entre la protection des lanceurs d'alerte et la sauvegarde des intérêts matériels et moraux des personnes mises en cause (A). En Belgique, le gouvernement wallon a promulgué deux décrets afin de transposer la directive européenne au sein de la législation applicable aux pouvoirs locaux (B).

A. Au-delà du droit européen, la recherche d'un équilibre dans le droit français

677. L'article 1^{er} de la loi « Waserman » n° 2022-401 du 21 mars 2022 donne une définition du lanceur d'alerte. Il s'agit « *[d'...] une personne physique qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, du droit de l'Union européenne, de la loi ou du règlement. Lorsque les informations n'ont pas été obtenues dans le cadre des activités professionnelles mentionnées au I de l'article 8, le lanceur d'alerte doit en avoir eu personnellement connaissance* ». Malgré une définition complète du lanceur d'alerte, des termes interrogent encore le citoyen pour savoir

¹¹⁷² Loi « Waserman » n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte.

¹¹⁷³ 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.

s'il peut bénéficier du statut de lanceur d'alerte. Les notions de « bonne foi », de « menace ou de préjudice pour l'intérêt général » méritent des définitions claires afin de rassurer le citoyen.

678. L'équilibre entre la dénonciation et le besoin de protection peut être recherché au travers de la procédure d'alerte prévue par la loi. Cette procédure évolue par rapport à la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dans la mesure où l'exigence de respect des différentes étapes de signalement est supprimée. Désormais, à l'instar de la directive européenne, le lanceur d'alerte peut directement interpeler une autorité extérieure à l'organisation, soit après avoir effectué un signalement interne, soit directement. Parmi les autorités extérieures, il est fait mention du Défenseur des droits et de l'autorité judiciaire. Le choix de la saisine peut rassurer le lanceur d'alerte dans la mesure où la divulgation peut s'effectuer à l'extérieur. Dans cet exemple, on retrouve l'importance de la diffusion de l'information et de la transparence.

679. La loi « Waserman » n° 2022-401 du 21 mars 2022 aborde également la question importante de la responsabilité civile et pénale dans son article 6. Pour le lanceur d'alerte, il est en effet fondamental de savoir si son action peut l'amener à engager sa responsabilité. Dans le champ médico-social, cette interrogation est la pierre angulaire de l'effectivité des droits des personnes handicapées. La loi dispose que « *Les personnes ayant signalé ou divulgué publiquement des informations dans les conditions prévues aux articles 6 et 8 ne sont pas civilement responsables des dommages causés du fait de leur signalement ou de leur divulgation publique* ». L'article précise que cette irresponsabilité ne sera considérée positivement qu'à partir du moment où « *elles avaient des motifs raisonnables de croire, lorsqu'elles y ont procédé, que le signalement ou la divulgation publique de l'intégralité de ces informations était nécessaire à la sauvegarde des intérêts en cause* ». On peut regretter la difficulté à définir justement quels sont les « motifs raisonnables » qui garantissent l'irresponsabilité. Le flou des définitions ne facilite pas le fait de se saisir de la loi.

680. Le législateur a souhaité articuler le régime général des lanceurs d'alerte avec plusieurs régimes spéciaux prévus par le code du travail, le code monétaire et financier ou le code de l'action sociale et des familles. Ainsi, l'article 15 de la loi « Waserman » n° 2022-401 du 21 mars 2022 dispose « *Dans les établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1 du présent code, les articles 10-1 et 12 à 13-1 de la loi no 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique sont applicables à tout salarié ou à tout agent ayant, de bonne foi, témoigné de mauvais*

traitements ou de privations infligés à une personne accueillie ou relaté de tels agissements »¹¹⁷⁴. Les lanceurs d’alertes sont donc reconnus dans le champ médico-social au titre des régimes spéciaux. Ils viennent s’ajouter aux dispositifs légaux de prévention que sont les personnes de confiance et les personnes qualifiées. Les CVS peuvent également être considérés comme une instance de prévention lorsque la circulation de l’information fonctionne correctement au sein de l’établissement.

B. Les lanceurs d’alerte et la législation wallonne applicable aux pouvoirs locaux

681. La Belgique, comme l’ensemble des pays de l’Union a transposé la directive 2019/1937. Contrairement à la France, la Belgique a organisé la transposition autour de deux lois, l’une concernant le secteur privé¹¹⁷⁵ et l’autre le secteur public¹¹⁷⁶. Ces deux lois ont fait l’objet de concertation entre les partenaires sociaux interprofessionnels réunis au sein d’une commission mixte du Conseil National du Travail et du Conseil Central de l’Économie. Il est important de noter la participation des partenaires sociaux dans le processus d’élaboration législatif. L’avis du Conseil Central de l’Économie du 30 novembre 2021 faisait part de la nécessité de la concertation sociale en ces termes :

« Les Conseils soulignent qu’une bonne concertation sociale est souhaitable en vue de la mise en place de canaux et de procédures de signalements internes au sein des entités juridiques du secteur privé. De manière générale, le rôle des partenaires sociaux doit être clairement défini dans l’avant-projet de loi et les procédures mises en place ne doivent pas se faire au détriment de la concertation et du dialogue social »¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁴ CASF, Article 313-24.

¹¹⁷⁵ Loi du 24 novembre 2022 sur la protection des personnes qui signalent des violations au droit de l’Union ou au droit national constatées au sein d’une entité juridique du secteur privé, M.B. 15 décembre 2022. La loi est entrée en vigueur deux mois après sa publication, soit le 15 février 2023.

¹¹⁷⁶ Loi du 8 décembre 2022 relatif aux canaux de signalement et à la protection des auteurs de signalement d’atteintes à l’intégrité dans les organismes du secteur public fédéral et au sein de la police intégrée, M.B. 23 décembre 2022. La loi est entrée en vigueur le jour de sa publication.

¹¹⁷⁷ Avis CCE, Transposition de la directive « Lanceurs d’alerte », 30 novembre 2021.

Conformément aux exigences de la directive européenne 2019/1937, des canaux de signalement internes et externes¹¹⁷⁸ et des mécanismes de protection sont également prévus au niveau fédéral¹¹⁷⁹.

682. La transposition doit toutefois épouser l'organisation administrative du pays. En plus des lois fédérales qui viennent d'être évoquées ci-dessus, l'échelon régional doit être pris en compte. La Wallonie n'a pas encore adopté une législation spécifique concernant les lanceurs d'alerte dans le champ médico-social. A terme, on peut imaginer que le rapprochement entre la France et la Wallonie impacte également la protection des lanceurs d'alerte dans le champ du handicap. Seul un cadre spécifique pour les lanceurs d'alerte dans la fonction publique wallonne a été adopté dans la continuité de la directive. Des référents intégrité indépendants sont désignés pour accompagner les auteurs des alertes.

683. Afin de faciliter la diffusion du droit auprès de la population belge, le législateur a prévu deux organismes chargés d'informer et de guider les lanceurs d'alerte. Il s'agit d'une part du médiateur fédéral et d'autre part, de l'Institut fédéral pour la Protection et la Promotion des Droits Humains (IFDH). Le médiateur fédéral a une mission de coordinateur sur l'ensemble du territoire, afin de traiter les signalements externes. Le médiateur reçoit les signalements externes, vérifie leur recevabilité et transmet les informations à l'autorité compétente. Dans des cas exceptionnels, le médiateur mène également l'enquête sur le fond et traite les dossiers de protection. De son côté, l'IFDH intervient en soutien des lanceurs d'alerte sur les volets professionnel, juridique ou psychologique.

III. Les lanceurs d'alerte dans le champ médico-social

A. La gestion des actes de maltraitance

684. Les actes de maltraitance peuvent être la source de mise en cause de la responsabilité pénale au sein des établissements. Aujourd'hui, toutes les démarches qualité et tous les programmes de formation internes comportent des sessions consacrées à la maltraitance qui alternent des apports théoriques et des échanges avec les équipes autour de situations concrètes.

¹¹⁷⁸ Les médiateurs fédéraux sont chargés d'assurer la coordination des signalements externes.

¹¹⁷⁹ L'UNIA intervient pour les questions liées à la discrimination.

L'HAS a également participé à la diffusion des connaissances du phénomène au travers de plusieurs recommandations de bonnes pratiques¹¹⁸⁰. On s'aperçoit rapidement que les situations sont plurielles et que la première étape consiste à reconnaître l'existence d'actes de maltraitance sous différentes formes au sein des établissements. Il est fondamental de comprendre que l'accompagnement de personnes vulnérables induit une dissymétrie dans la relation entre les professionnels et les personnes handicapées qui peut conduire à des formes de maltraitance¹¹⁸¹. Ce déséquilibre peut également se retrouver dans les relations entre professionnels, entre les familles et les professionnels, entre les familles et les personnes handicapées et entre les personnes handicapées elles-mêmes. Poser ces situations de manière claire permet que tous les acteurs abordent la question de la maltraitance plus sereinement. Il ne s'agit plus de guetter la faute d'une personne, mais de rester vigilant sur un environnement de vie qui peut être violent physiquement et psychologiquement pour une personne vulnérable dans des dimensions essentielles de sa vie. A l'instar de nombreux thèmes, le travail des directions d'établissement doit rappeler la définition des mots utilisés afin que la rhétorique ne prenne le pas sur une réalité partagée (1). Lutter contre la maltraitance exige que l'on s'interroge sur la manière dont il faut organiser la communication en interne (2) et en externe (3), afin que la parole puisse être libérée (4). En 2022, la jurisprudence a reconnu le phénomène de maltraitance institutionnelle (5).

1. La définition de la maltraitance

685. En 1987, le Conseil de l'Europe donnait une définition de la maltraitance comme étant un acte qui porte atteinte aux droits des personnes vulnérables¹¹⁸². Par la suite, le Conseil de

¹¹⁸⁰ Les recommandations de bonnes pratiques professionnelles (RBPP) pour le secteur social et médico-social sont des propositions développées méthodiquement par la Haute autorité de santé pour permettre aux professionnels du secteur de faire évoluer leurs pratiques afin d'améliorer la qualité des interventions et de l'accompagnement.

¹¹⁸¹ Recommandations de bonnes pratiques professionnelles, Mission du responsable d'établissement et rôle de l'encadrement dans la prévention et le traitement de la maltraitance, [anesm synthese-maltraitanceetablissement.pdf \(has-sante.fr\)](https://www.has-sante.fr/fr/maltraitance-etablissement) : « La maltraitance n'est pas un risque hypothétique et lointain mais bien un risque incontournable, lié aux pratiques de tous les professionnels au contact des personnes vulnérables, quel que soit leur métier. Le regroupement de populations vulnérables au sein d'un établissement génère de facto un risque de maltraitance supplémentaire ; la logique institutionnelle et l'éloignement de la vie « ordinaire » peuvent faciliter les rapports de domination, voire de violence, entre des professionnels en capacité de maîtriser la situation et des usagers en position de dépendance », [Consulté le 03 janvier 2023].

¹¹⁸² Définition donné par le Conseil de l'Europe en 1987, « Tout acte, ou omission, qui a pour effet de porter gravement atteinte, que ce soit de manière volontaire ou involontaire, aux droits fondamentaux, aux libertés civiles, à l'intégrité corporelle, à la dignité ou au bien-être général d'une personne vulnérable ».

l'Europe a précisé cette définition autour de plusieurs situations ordinaires¹¹⁸³. Ces exemples permettent une appropriation simple pour les établissements médico-sociaux car ils recouvrent des situations que l'on peut vivre au quotidien. Par ailleurs, ils permettent d'identifier facilement les actes pouvant être appréhendés par le droit pénal et engager la responsabilité des acteurs. Bien que le texte ne traite que des situations de maltraitance en direction des enfants, il paraît évident que les critères proposés s'appliquent également pour les personnes vulnérables adultes. Afin de cerner finement les phénomènes de maltraitance, il nous semble également important de consacrer un temps préalable à la notion de bientraitance¹¹⁸⁴.

686. Les situations identifiées par le Conseil de l'Europe permettent de mettre en exergue diverses situations de maltraitances ou de négligences qui portent atteintes aux droits des personnes. Au total, les acteurs sont invités à réfléchir autour de sept catégories d'actes. La maltraitance physique consiste, par exemple, à manipuler une personne douloureuse sans se préoccuper de l'effet produit par les gestes professionnels ni chercher les moyens de l'épargner. La maltraitance psychique ou morale induit l'usage de surnoms infantilisants ou stigmatisants pour qualifier des personnes incapables d'exprimer leur assentiment ou leur désaccord. Par l'expression de maltraitance médicale ou médicamenteuse, on entend la prescription d'un examen complémentaire inutile, invasif, pour une personne incapable d'en évaluer la pertinence et en contredire la réalisation. Enfin, la maltraitance matérielle ou financière consiste à accueillir une personne vulnérable dans un lieu d'hébergement confiné, sale, où les êtres humains sont entassés au mépris des impératifs d'hygiène, de sécurité et d'intimité. Pour

¹¹⁸³ Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Comité européen de la santé (CDSP) 32^{ème} réunion, 24-26 novembre 1992.

¹¹⁸⁴ La bientraitance : définition et repères pour la mise en œuvre », *Haute Autorité de Santé*, p.13, « le concept de bientraitance voit le jour dans les années quatre-vingt-dix au sein du comité de pilotage ministériel de « L'opération pouponnières », opération qui visait à l'humanisation de l'accueil de très jeunes enfants. Ce terme renvoie au cheminement de professionnels qui souhaitaient « rechercher activement des moyens permettant de ne pas se laisser envahir par le découragement provoqué par la complexité des situations de maltraitance. » (12) Il désignait une démarche « impliquant avant tout, malgré les séparations et les ruptures, de respecter la continuité du développement de l'enfant dans son histoire, non plus à court terme, mais envisagée dans un projet d'avenir, et de l'aider à construire son identité dans la sécurité affective et l'épanouissement de toutes ses possibilités. » (13) Le trait d'union du terme de « bientraitance » signifiait, pour ses créateurs, le lien entre tous ceux qui prenaient part à la démarche. L'enjeu de ce concept était ainsi résumé : « (...)la "bientraitance" des plus vulnérables d'entre les siens est l'enjeu d'une société tout entière, un enjeu d'humanité », [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.has-sante.fr/jcms/c_2835126/fr/la-bientraitance-definition-et-reperes-pour-la-mise-en-oeuvre , [Consulté le 2 janvier 2023].

compléter ce tableau, le Conseil de l'Europe rappelle des situations de négligences et de privation de droits qui méritent d'être examinées au même titre que la maltraitance. On parlera de négligences actives lorsque l'on constate des absences dans le service et de négligences passives, lorsque la télévision ou la musique sont imposées à des personnes indépendamment de leur choix ou de leurs habitudes. Enfin, le septième et dernier cas de maltraitance concerne les situations qui privent les personnes vulnérables de leurs droits. Par exemple, il est fait mention de la mauvaise utilisation du règlement de fonctionnement de l'établissement pour justifier des limitations de visite ou d'aller et venir.

687. Ces sept situations mises en lumière par le Conseil de l'Europe il y a trente ans, couvrent encore aujourd'hui toutes les situations qui doivent attirer l'attention des directions d'établissement¹¹⁸⁵. La définition de 1987, conjuguée aux situations de maltraitance révélées au public, permet un exposé exhaustif des actes qui peuvent être appréhendés par le droit pénal. Le travail d'accompagnement de personnes vulnérables ne nécessite pas forcément des actes volontaires, une omission involontaire suffit. La loi du 7 février 2022, relative à la protection des enfants¹¹⁸⁶, synthétise les travaux de définition en créant un article L119-1 dans le CASF¹¹⁸⁷ et en modifiant le code de la santé publique¹¹⁸⁸ (CSP).

¹¹⁸⁵ De nombreux textes ont organisés un système d'alerte des pouvoirs publics. A titre d'exemple, on peut citer la Circulaire n° DGCS/2A/2010/254 du 23 juillet 2010 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées et au développement de la bientraitance dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux relevant de la compétence de l'ARS. On peut également citer l'article 30 de la loi « vieillissement » du 28 décembre 2015 qui impose aux ESSMS d'informer sans délai les autorités administratives compétentes, de tout dysfonctionnement grave et de tout évènement ayant pour effet de menacer la santé, la sécurité des personnes accompagnées.

¹¹⁸⁶ Loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants (1) - Légifrance », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFSCTA000045133773>, [Consulté le 26 décembre 2022].

¹¹⁸⁷ Code de l'action sociale et des familles, Chapitre IX : Maltraitance (Article L119-1) - Légifrance, en ligne, « *La maltraitance au sens du présent code vise toute 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 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* », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000045135270/2022-12-30/?isSuggest=true>, [Consulté le 30 décembre 2022].

¹¹⁸⁸ Code de la santé publique, Chapitre Ier : Missions et compétences des agences régionales de santé (Articles L1431-2) - Légifrance, en ligne, « *Elles veillent à la qualité des interventions en matière de prévention, de promotion de la santé, à la qualité et à la sécurité des actes médicaux, de la dispensation*

2. Lutter contre la maltraitance, organiser la communication en interne

688. L'étape de la définition des termes est importante dans la mesure où elle permet de s'assurer que tous les acteurs entendent les mêmes réalités en mobilisant les mêmes mots. Comme il a déjà été souligné, le secteur médico-social a besoin de ces temps de pause qui autorisent la réflexion avant d'aller plus avant. A. CASAGRANDE résume cette situation autour de ces quelques mots, « *Le plus commun des phénomènes dans les institutions est bien l'asphyxie lente des esprits que l'absence d'occasion de réflexion et de prise de hauteur vient sceller* »¹¹⁸⁹. Les directions d'établissement doivent absolument lutter contre ses situations de paresse intellectuelle où l'on peut se surprendre à échanger assez longtemps sur des situations avant de se rendre compte que les mots n'ont pas le même sens pour tous. La satisfaction née de ces temps de partage ne doit pas mener à une véritable asphyxie. Une question se pose alors de savoir si ce travail sur la définition des termes suffit à clôturer le débat, en d'autres termes, cette première étape constitue-t-elle l'unique rempart pour endiguer les actes de maltraitance en établissement ? La réponse est forcément négative et les directions doivent rapidement se poser la question de l'acculturation des acteurs. Plusieurs points méritent à ce stade d'être abordés.

689. Tout d'abord, il est fondamental que les professionnels prennent l'habitude de signaler les actes de maltraitance qu'ils constatent. Trop souvent, les professionnels hésiteront à faire connaître les actes de maltraitance, assimilant cette communication à une dénonciation de leur collègue de travail. Les directions d'établissement peuvent être malheureusement confrontées à cette forme « *de vie souterraine d'équipe* », qui jette un voile sur tous les événements qui pourraient ternir le fonctionnement. Ce « *silence d'habitude* » constitue le principal risque dans les établissements, les directions devant obligatoirement disposer de relais d'informations pour éclairer les signaux faibles.

et de l'utilisation des produits de santé ainsi que des prises en charge et accompagnements médico-sociaux et elles procèdent à des contrôles à cette fin ; elles contribuent, avec les services de l'Etat compétents et les collectivités territoriales concernées, à la lutte contre la maltraitance au sens de l'article L. 119-1 du code de l'action sociale et des familles et au développement de la bientraitance dans les établissements et services de santé et médico-sociaux » Alinéa 2 point E, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000045136971/2022-02-09> , [Consulté le 30 décembre 2022].

¹¹⁸⁹ CASAGRANDE A., *Op. cit.*, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.cairn.info/ce-que-la-maltraitance-nous-enseigne--9782100563692.htm>, [Consulté le 30 décembre 2022].

690. Ensuite, dans le même esprit, il est possible de croiser des directions satisfaites de ne pas compter de signalement dans leur établissement. Auprès des équipes comme auprès des directions l'objectif doit être clairement compris par tous les acteurs, afin de limiter les actes de maltraitance, il faut en faire la publicité pour les affronter directement. Au regard de la définition proposée par le Conseil de l'Europe, il nous faut reconnaître que le travail auprès de personnes vulnérables génère *de facto* des situations de maltraitance qu'on ne doit pas taire. Pour faire évoluer les situations dans les établissements, il faut appliquer une politique de « *perestroïka* » et de « *glasnost* », et de transparence des informations¹¹⁹⁰, de changement dans notre façon d'aborder les problèmes.

691. Enfin, le souci de transparence doit accompagner des règles clairement définies visant à prévenir les salariés, les familles ainsi que les autorités, des actes de maltraitance afin de pouvoir y apporter la meilleure réponse. Les différentes réunions doivent permettre d'aborder ces problèmes avec objectivité, en éloignant la passion des débats. Dans la première partie de notre recherche, nous avons évoqué la possibilité pour les directions, de multiplier les espaces d'échanges autour des questions de droits des personnes¹¹⁹¹.

692. Il nous paraît utile, à ce stade, de nous arrêter sur le décret du 25 avril 2022¹¹⁹² qui fixe les nouvelles orientations du conseil de la vie sociale. Prévu par le législateur en 2002, le conseil de la vie sociale est un espace institué d'échanges entre les différentes parties prenantes. C'est le décret visé qui crée un article D.311-15 dans le CASF. Il traite des nouvelles attributions complémentaires du conseil de la vie sociale (CVS). Cet article dispose que le CVS « *est associé à l'élaboration ou à la révision du projet d'établissement ou du service mentionné à l'article L. 311-8, en particulier son volet portant sur la politique de prévention et de lutte contre la maltraitance* ». Par ailleurs, « *il est entendu lors de la procédure d'évaluation, est informé des résultats et associé aux mesures correctrices à mettre en place* ». Enfin, « *Dans le*

¹¹⁹⁰ La « *perestroïka* » et la « *glasnost* » représentaient les deux expressions emblématiques associées au projet politique de Mikhaïl Gorbatchev.

¹¹⁹¹ Il est ici fait référence aux autres formes d'organisations qu'il est possible de mettre en place à côté des CVS.

¹¹⁹² Décret n° 2022-688 du 25 avril 2022 portant modification du conseil de la vie sociale et autres formes de participation, 2022-688, 25 avril 2022, JORF n°0098 du 27 avril 2022. La notice précise que « *le texte modifie et élargit la composition du conseil de la vie sociale (CVS). Il modifie le fonctionnement de cette instance en instaurant l'obligation d'élaborer un règlement intérieur. Il élargit la consultation obligatoire du CVS sur de nouvelles questions intéressant le fonctionnement de l'établissement ou du service. Il permet la participation au CVS de représentants externes à l'établissement* ».

cas où il est saisi de demandes d'information ou de réclamations concernant les dysfonctionnements mentionnés à l'article L. 331-8-1, le président oriente les demandeurs vers les personnes qualifiées, le dispositif de médiation ou le délégué territorial du défenseur des droits ». Ces nouvelles dispositions vont dans le sens de l'ouverture des établissements, de la transparence des décisions et de la circulation de l'information. Le décret organise, par ailleurs, le lien avec l'extérieur en évoquant l'obligation pour les directions de communiquer le compte rendu des CVS à l'« *autorité administrative compétente pour l'autorisation* », tel que mentionné à l'article D.311-20 du CASF. Au regard des expériences que chacun peut avoir auprès des autorités de tarification, autant les Agences régionales de santé que les Conseils départementaux, on peut craindre que le compte rendu des CVS ne fera pas systématiquement l'objet d'une lecture attentive permettant de détecter la maltraitance en établissement.

693. Toutefois, si elles sont pleinement appréhendées, ces orientations permettront tout de même de lutter contre les phénomènes de maltraitance et diminueront les risques de mise en cause de responsabilité pénale. Au-delà des textes, il faut que l'éthique des directions soit partagée par l'ensemble des acteurs et touche toutes les actions d'accompagnement au quotidien. Chaque direction doit tendre vers ce que Paul RICOEUR nomme une « *visée éthique* », c'est-à-dire la recherche « *d'une vie bonne avec et pour autrui dans des institutions justes*¹¹⁹³ ». Par cette expression, l'auteur nous invite à ne pas nous focaliser uniquement sur le respect des normes, mais sur l'éthique de l'action. Le seul respect des prescriptions ne suffit pas à nourrir des « *institutions justes* », un examen objectif de nos fonctionnements ainsi qu'une publicité des actions vers l'extérieur constituent des compléments indispensables pour s'assurer du respect des droits.

3. La lutte contre la maltraitance et l'organisation de la communication vers l'extérieur

694. Pour être vraiment efficace, la communication interne concernant la maltraitance doit se conjuguer avec un volet externe. Plus les organisations sont grandes, plus les défauts de communication autour des problèmes de maltraitance peuvent se développer à bas bruit, les strates d'organisation représentant autant d'obstacles à la publicité autour de la vie en établissement. Le législateur a prévu un système de remontée d'informations auprès des ARS.

¹¹⁹³ RICOEUR P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Éditions du Seuil, Points n° 330, p.202, 2015.

L'arrêté du 28 décembre 2016¹¹⁹⁴ récapitule la nature des dysfonctionnements¹¹⁹⁵ graves et des événements que les établissements doivent faire connaître aux autorités administratives¹¹⁹⁶ ainsi que le contenu des informations qu'il faut porter à leur connaissance. L'article L.331-8-1 du

¹¹⁹⁴ Arrêté du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales, JORF n°0304 du 31 décembre 2016.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, Article 1, Les dysfonctionnements et événements mentionnés à l'[article L. 331-8-1 du code de l'action sociale et des familles](#) relèvent des catégories suivantes :

- 1° Les sinistres et événements météorologiques exceptionnels ;
- 2° Les accidents ou incidents liés à des défaillances d'équipement techniques de la structure et les événements en santé environnement ;
- 3° Les perturbations dans l'organisation du travail et la gestion des ressources humaines ;
- 4° Les accidents ou incidents liés à une erreur ou à un défaut de soin ou de surveillance ;
- 5° Les situations de perturbation de l'organisation ou du fonctionnement de la structure liées à des difficultés relationnelles récurrentes avec la famille ou les proches d'une personne prise en charge, ou du fait d'autres personnes extérieures à la structure ;
- 6° Les décès accidentels ou consécutifs à un défaut de surveillance ou de prise en charge d'une personne ;
- 7° Les suicides et tentatives de suicide, au sein des structures, de personnes prises en charge ou de personnels ;
- 8° Les situations de maltraitance à l'égard de personnes accueillies ou prises en charge ;
- 9° Les disparitions de personnes accueillies en structure d'hébergement ou d'accueil, dès lors que les services de police ou de gendarmerie sont alertés ;
- 10° Les comportements violents de la part d'usagers, à l'égard d'autres usagers ou à l'égard de professionnels, au sein de la structure, ainsi que les manquements graves au règlement du lieu d'hébergement ou d'accueil qui compromettent la prise en charge de ces personnes ou celle d'autres usagers ;
- 11° Les actes de malveillance au sein de la structure.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, Article 2 : « L'information prévue à l'article L. 331-8-1 comporte notamment les éléments suivants :

- 1° Les coordonnées de la structure concernée et celles du déclarant ;
- 2° Les dates de survenue et de constatation du dysfonctionnement ou de l'événement mentionnés à l'article L. 331-8-1 précité qui est signalé ;
- 3° La nature des faits ;
- 4° Les circonstances dans lesquelles les faits se sont produits ;
- 5° Le nombre de personnes victimes ou exposées au moment de l'information des autorités administratives ;
- 6° Les conséquences du dysfonctionnement ou de l'événement constatées au moment de l'information des autorités administratives ;
- 7° Les demandes d'intervention des secours ;
- 8° Les mesures immédiates prises par la structure ;
- 9° L'information apportée à la personne concernée par le dysfonctionnement ou l'événement mentionnés à l'article L. 331-8-1 précité qui est signalé aux familles, aux proches, et, le cas échéant, au représentant légal et à la personne de confiance des personnes concernées ;
- 10° Les dispositions prises ou envisagées par la structure pour remédier aux dysfonctionnements, perturbations ou comportements à l'origine du fait signalé, éviter leur reproduction et, le cas échéant, faire cesser le danger ;
- 11° Les suites administratives ou judiciaires ;
- 12° Les évolutions prévisibles ou difficultés attendues ;
- 13° Les répercussions médiatiques, le cas échéant »

CASF¹¹⁹⁷ s'inscrit dans ce même mouvement de transparence en obligeant une information « *sans délai* » des autorités administratives, de tous les événements portant atteinte aux droits des personnes, à leur santé et à leur sécurité. Cet article reprend les grandes thématiques déjà mises en exergue par le Conseil de l'Europe, en pointant les situations qui compromettent « *la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes prises en charge ou accompagnées* ». L'annexe de l'arrêté fournit un exemple de formulaire de transmission aux autorités et insiste sur le fait que le signalement aux autorités administratives ne dispense pas d'une information auprès des autorités judiciaires. Ce rappel opère clairement une différence entre les signalements administratifs et judiciaires, et pointe le fait qu'un acte de maltraitance peut également être appréhendé par le droit pénal à la condition qu'il soit porté à la connaissance de la justice.

695. Il est important de noter la place importante que doivent occuper par les directions d'établissement dans le processus d'accompagnement des événements indésirables, qu'ils présentent ou non un caractère de gravité. Le CASF traite des dysfonctionnements dans les établissements par le truchement des événements indésirables graves qui doivent faire l'objet d'un signalement. Afin d'inscrire ces événements dans un processus plus global, il est nécessaire d'organiser dans l'établissement, un système de remontée d'informations quel que soit le niveau de gravité des faits. Dans la plupart des cas, ce sont les directions qui qualifient, sous leur responsabilité, la gravité des faits. Ce faisant, l'établissement s'habitue à vivre une démarche qualité qui permet de traiter tous les signalements, du désagrément récurrent qui ne porte pas atteinte aux droits jusqu'aux actions que l'on doit faire connaître aux autorités administratives et judiciaires. Un portail d'entrée qui est régulièrement en panne ou une alarme qui se déclenche de manière intempestive constituent des événements indésirables dans la vie quotidienne des établissements, sans pouvoir être qualifiés d'événements graves justifiant une alerte auprès des ARS. Pour autant, il est important que ces informations remontent auprès des directions pour s'assurer de leur traitement.

¹¹⁹⁷ Code de l'action sociale et des familles, Article L.331-8-1- Légifrance, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000031711904 , [Consulté le 31 décembre 2022] : « *Les établissements et services et les lieux de vie et d'accueil informent sans délai, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les autorités administratives compétentes pour leur délivrer l'autorisation prévue à l'article L. 313-1 ou pour recevoir leur déclaration en application des articles L. 321-1 et L. 322-1 de tout dysfonctionnement grave dans leur gestion ou leur organisation susceptible d'affecter la prise en charge des usagers, leur accompagnement ou le respect de leurs droits et de tout événement ayant pour effet de menacer ou de compromettre la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes prises en charge ou accompagnées* ».

4. Une parole libérée et rendue obligatoire dans le respect des droits

696. Aborder le thème de la maltraitance, revient à se questionner sur la place et le poids de la parole en établissement. Une chose apparaît clairement pour nombre d'acteurs : libérer la parole constitue l'étape obligatoire permettant de bloquer les premières vagues de maltraitance. Il s'agit, dans les établissements, de favoriser un accompagnement d'équipe qui permettra d'aborder les situations de manière professionnelle. D'emblée, il faut signaler les limites de l'exercice et rappeler que la libéralisation de la parole n'autorise pas à parler de toutes les situations personnelles, dans n'importe quel lieu de l'établissement. En effet, il faut noter que le fait d'évoquer, dans les couloirs ou dans les chambres, les situations des personnes handicapées doivent être regardées comme autant de situations de maltraitance pouvant engager la responsabilité des professionnels. Il est important de mobiliser uniquement les voies officielles mises en place dans les établissements pour signaler les actes de maltraitance pour éviter que la protection des droits individuels génère des espaces de règlement de comptes entre professionnels et les familles.

697. L'exercice n'en demeure pas moins complexe. Hannah Arendt, dans son ouvrage *Eichmann à Jérusalem, Rapport sur la banalité du mal*¹¹⁹⁸, posait la question de la libéralisation de la parole et la difficulté d'un jugement porté rétrospectivement sur des actes, « *Comment puis-je dire ce qui est juste et ce qui est injuste, si la majorité ou tout mon environnement a préjugé de la réponse ? Qui suis-je pour juger ?* » Les directions d'établissement doivent promouvoir de manière permanente des actions de formation en direction des personnels pour parvenir à dépasser les blocages individuels ou des pratiques collectives. A. CASAGRANDE¹¹⁹⁹ décrit plusieurs situations de blocage qui naissent dans les établissements, au détriment du respect des droits. Dans son ouvrage sur la maltraitance, on peut lire les témoignages suivants : « *Il est déraisonnable d'attendre de moi que je prenne le risque de maintenir un désaccord avec le groupe alors que rien ne m'y oblige, vous ne pouvez pas me forcer à être un garant isolé du droit des usagers, c'est le rôle du cadre* », ou encore celui de cette aide-soignante qui déclare : « *Si de consensus à qualifier cet acte de maltraitance, à porter un jugement à son sujet, alors tant d'autres mériteraient d'être ainsi qualifiés également, la liste serait infinie...nous serions tous maltraitants, tout le temps...d'ailleurs cela est inévitable*

¹¹⁹⁸ ARENDT H., *Eichmann à Jérusalem : rapport sur la banalité du mal*, Paris, Gallimard, Collection Folio, 1991, trad. GUERIN A.

¹¹⁹⁹ CASAGRANDE A., *Op. cit.*, 2012.

étant donné nos conditions de travail et l'organisation dans laquelle nous exerçons, il vaut donc mieux laisser les choses en l'état »¹²⁰⁰.

698. Ces différents exemples illustrent bien les difficultés que peuvent rencontrer les professionnels lorsqu'il s'agit de parler d'un acte de maltraitance. S'agit-il d'un simple signalement ou d'un acte de délation ? Les conséquences du signalement interne et externe sont-elles correctement appréhendées ? Les professionnels ont-ils parfaitement connaissance des conséquences pénales des actes relevés ? Toutes ces questions doivent être débattues en équipe afin que l'établissement évolue dans un environnement serein.

699. Malgré l'ensemble des dispositions internes et la multiplication des dispositifs d'informations et des formations, le législateur a prévu des cas de figure imposant au salarié d'informer les autorités en cas de constat de « *mauvais traitements ou de privations infligés à une personne accueillie* »¹²⁰¹. Ces dispositions législatives spécifiques aux établissements et services s'inscrivent dans une volonté affirmée des pouvoirs publics de promouvoir la transparence de la vie publique¹²⁰². C'est ainsi qu'une personne ne peut subir de contrainte sur son contrat de travail¹²⁰³ et peut saisir les juridictions en cas de problème¹²⁰⁴. L'empêchement de transmission d'informations est puni d'une peine d'emprisonnement ainsi que d'une

¹²⁰⁰ *Ibid.*, p.23.

¹²⁰¹ CASF, Article L.313-24 : « *Dans les établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1 du présent code, les articles 10-1 et 12 à 13-1 de la 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 sont applicables à tout salarié ou à tout agent ayant, de bonne foi, témoigné de mauvais traitements ou de privations infligés à une personne accueillie ou relaté de tels agissements. Ces dispositions sont applicables aux salariés de l'accueillant familial visé à l'article L. 441-1* ».

¹²⁰² 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 (1), 2016-1691, 9 décembre 2016, JORF n°0287 du 10 décembre 2016.

¹²⁰³ *Ibid.*, Article 10-1 : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la 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* ».

¹²⁰⁴ *Ibid.*, Article 12 : « *En cas de rupture du contrat de travail consécutive au signalement d'une alerte au sens de l'article 6, le salarié peut saisir le conseil des prud'hommes dans les conditions prévues au chapitre V du titre V du livre IV de la première partie du code du travail* ».

amende¹²⁰⁵. Le code de procédure pénale, quant à lui, traite également de l'obligation qui est faite au fonctionnaire ou toute autorité constituée de porter à la connaissance du Procureur de la République, les crimes ou délits dont il a connaissance¹²⁰⁶. L'actualité a par ailleurs montré que les actes de maltraitance pouvaient trouver un relais dans la presse et que la parution d'un livre pouvait être l'expression de plusieurs salariés, désireux de dénoncer les mauvais traitements en EHPAD¹²⁰⁷. Le climat entourant la rédaction de l'ouvrage invite à une réflexion plus globale autour de la question de la protection des personnes qui décident d'informer le public et la justice des faits susceptibles d'être qualifiés de délit ou de crime. En 2022, le législateur s'est saisi de cette question¹²⁰⁸ lors de la transposition de la directive européenne sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union¹²⁰⁹.

5. La maltraitance institutionnelle envers une personne handicapée

700. Par un arrêt du 14 décembre 2022¹²¹⁰, un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît un acte de maltraitance institutionnelle qui vient supplanter un acte individuel. La responsabilité pénale d'un établissement peut donc être engagée du fait d'une mauvaise organisation ou d'un mauvais fonctionnement, l'acte du salarié devenant accessoire bien qu'il puisse être assimilé à de la maltraitance. L'article 119-1 du CASF envisage cette possibilité lorsqu'il indique que « *Les situations de maltraitance peuvent être ponctuelles ou*

¹²⁰⁵ *Ibid.*, Article 13-1 : « Toute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement aux personnes et organismes mentionnés aux deux premiers alinéas du I de l'article 8 est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ».

¹²⁰⁶ Code de procédure pénale, Article 40 : « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1. Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ».

¹²⁰⁷ CASTANET V., *Les fossoyeurs*, Paris, Fayard, 2022, 390 pages.

¹²⁰⁸ Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), 2022-401, 21 mars 2022.

¹²⁰⁹ Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union. EUR-Lex HTML (FR), [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L1937>, [Consulté le 7 janvier 2023].

¹²¹⁰ C.cass. civ., 14 décembre 2022, 21-15.439, Inédit, civile, Chambre sociale, 14 décembre 2022, 21-15.439, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000046760801?dateDecision=&init=true&page=1&q=22code+de+127action+sociale+et+des+familles22+%C3%A9tablissement&searchField=ALL&tab_selection=juri, [Consulté le 24 décembre 2022].

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 »¹²¹¹.

701. L'arrêt vient clôturer un conflit entre un salarié et un établissement médico-social géré par la fondation « Perce Neige ». Une aide-soignante travaillait de nuit dans un établissement pour personnes handicapées. L'arrêt ne renseigne pas exactement sur la qualification juridique de l'établissement mais, au regard des personnes accueillies, on peut déduire des faits qu'il s'agit d'un foyer d'accueil médicalisé (FAM) ou d'une maison d'accueil spécialisée (MAS). Nonobstant la qualification de l'établissement, on peut considérer que la conclusion de la Cour de cassation pourrait s'appliquer dès lors que l'établissement est désorganisé. Le travail de l'aide-soignante consiste à répondre aux besoins des personnes handicapées sur un étage entier regroupant trente-cinq personnes. On peut imaginer que ce travail nécessite plus d'une personne, certaines interventions réclamant plusieurs dizaines de minutes.

702. La direction de l'établissement avait déjà été alertée sur ces problèmes de manque de personnels. Les salariés ainsi que les familles souhaitaient une amélioration des conditions d'accompagnement la nuit par les personnels, ainsi que la mise en œuvre dans les chambres, de dispositifs permettant aux personnes handicapées de demander de l'aide. Dans ce contexte, une résidente de l'établissement, n'ayant aucune aide malgré ses appels, avait uriner directement sur le sol. La situation ne sera découverte que le lendemain matin, entraînera la mise à pied de l'aide-soignante et son licenciement pour faute grave en raison de ses actes de maltraitance.

703. En appel, les juges de Montpellier s'ils reconnaissent le comportement fautif de l'aide-soignante, ont considéré qu'il n'est pas possible de déterminer clairement les circonstances et notamment l'heure et la durée de l'appel de la résidente, pas plus que le caractère direct du lien de causalité entre l'absence de prise en compte de l'appel de la résidente et le fait que celle-ci se soit glissée hors de son lit pour uriner par terre. Le licenciement est donc annulé pour défaut de motif, le juge d'appel écartant non seulement la faute grave mais aussi tout motif réel et sérieux.

¹²¹¹ CASF, « Chapitre IX : Maltraitance (Article L119-1) - Légifrance », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000045135270/2022-12-30/?isSuggest=true> , [Consulté le 30 décembre 2022].

704. La Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier en pointant les dysfonctionnements de l'établissement. Une aide-soignante ne peut assurer seule la surveillance d'un étage entier et aider potentiellement trente-cinq personnes. L'absence de réponse concrète, de la part de la direction de l'établissement, constitue une faute qui incombe totalement à l'employeur. A ce stade, il est intéressant de noter le poids important que peut représenter une interpellation de l'employeur en réunion du Conseil social et économique (CSE) ou du CVS. Les questions soulevées au cours de ces réunions appellent automatiquement des réponses qui pourront être rappelées en cas de difficulté. Dans son arrêt, la Cour de cassation relève que l'organisation « *impliquait de délaissier la surveillance de l'étage pendant de longues minutes voire une heure* ». La Cour a ensuite constaté que « *la salariée avait alerté à plusieurs reprises sa direction sur l'organisation et les dispositifs en place, de même que d'autres de ses collègues, et que les manquements invoqués à l'appui du licenciement constituant en effet des négligences graves et une mise en danger des résidents, ne lui étaient donc pas imputables, l'employeur n'ayant pas pris les mesures nécessaires en termes d'organisation, de matériel et de personnel la nuit, pour respecter ses obligations de sécurité et de prudence imposées dans ce type d'établissement, exposant ainsi les résidents à un risque immédiat de blessures* » (point n°7 de l'arrêt). De ces différentes constatations, la Cour indique qu'il existe une responsabilité de l'institution dans la naissance des actes de maltraitance qui pouvaient mettre en danger les personnes handicapées.

705. Il est possible de tirer plusieurs enseignements de cet arrêt de la Cour de cassation. Tout d'abord, il est rappelé que la direction de l'établissement doit prendre « *les mesures nécessaires en termes d'organisation, de matériel et de personnel* ». Le lien entre les budgets de l'établissement et le droit mérite ici d'être fait. Les directions doivent absolument consommer les moyens budgétaires alloués par les pouvoirs publics sans chercher à réaliser des économies sur le fonctionnement ou sur les équipements. Dans le cas où les budgets ne permettraient pas une juste couverture des besoins, les directions doivent en informer directement les financeurs. On imagine que cette seconde situation est la plus fréquente, et que l'argument juridique de la responsabilité n'entraînera pas automatiquement un ajustement budgétaire.

706. Ensuite, il est important de signaler que les conséquences financières de l'annulation de licenciement pour défaut de motif devraient être supportées exclusivement par l'organisme gestionnaire et non par l'autorité de tarification, l'existence la condamnation prud'homale ayant

révélé une faute de gestion. En effet, le juge du tarif exige la requalification du motif de faute grave en motif réel et sérieux pour admettre l'opposabilité des indemnités licenciement au tarificateur.

707. Enfin, cet arrêt de la Cour de cassation est le premier à instituer une exonération de responsabilité disciplinaire au profit des salariés d'ESSMS dans des contextes de maltraitance institutionnelle avérée. En terme de droit du travail, il doit amener les directions à considérer que les actes des salariés doivent être examinés à l'aune de l'organisation mise en place. Une question posée en CSE et le procès-verbal qui suit, permettra de remettre en cause la qualification d'un licenciement et pourra entraîner la mise en cause de l'établissement du fait d'une maltraitance institutionnelle. Au regard des contextes budgétaires actuels et des incitations pour diminuer le coût des accompagnements, quels sont les directeurs qui peuvent affirmer que leur organisation ne génère pas de maltraitance institutionnelle telle qu'appréhendée par l'article L 119-1 du CASF et par la Cour de cassation ? Après un temps de réflexion et la relecture des différents procès-verbaux des réunions, nombre de directions peuvent se sentir concernées par les effets de la jurisprudence de la Cour de cassation.

B. Respecter un ratio comptable signifie respecter les droits des personnes ?

708. Tous les acteurs du secteur médico-social soutiennent le fait que le respect du droit des personnes constitue la clef de voûte de toute organisation. A plusieurs reprises, le législateur a répondu aux demandes de protection des personnes vulnérables, obligeant les établissements à mettre en place des procédures idoines. Et chaque établissement de promouvoir des chartes de bientraitance et d'une manière plus globale, des chartes des droits fondamentaux, pour prouver et se prouver, que la défense des droits est le seul combat qui vaille. La multiplication des textes a inondé plusieurs secteurs et transformé la protection des personnes en autant d'îlots de droits isolés les uns des autres. Les différents textes forment au final un véritable « *kaléidoscope des droits* » qui ne facilitent pas leur compréhension. Désormais, un seul texte fixe le cadre de référence pour l'ensemble des pays de l'Union concernant la protection des lanceurs d'alerte.

709. Le juriste ne peut que se réjouir de cette action du législateur communautaire qui vise à clarifier le droit applicable au lanceur d'alerte. Pour autant, le directeur d'établissement médico-social ne peut se contenter de cette avancée juridique qui est souvent vécue comme représentant un texte de plus avec son cortège d'obligations internes. Un fait apparaît très vite comme une

évidence concrète. La multiplication des textes, si elle est parfois nécessaire pour s'adapter à l'environnement, ne saurait être suffisante pour assurer seule, un respect complet des droits. Dans le cadre de la législation sur les alertes dans les ESSMS, comme dans le cadre de l'application de la CIDPH, les acteurs du champ médico-social se heurtent au même problème, conjuguer le respect des droits avec le souci des ratios comptables. L'Union européenne invite à transformer notre « *kaléidoscope des droits* », en véritable palimpseste pour apporter plus de lisibilité des droits. Derrière le dernier texte promulgué, on trouvera toujours une page consacrée aux ratios que l'ESSMS doit respecter. Peut-on conjuguer totalement le respect des droits en ESSMS avec le respect des ratios comptables du secteur ? La réponse à cette question ressemble à un oxymore, tant les exigences des financeurs nous éloignent du respect du droit.

710. Il suffit de se pencher sur les conditions de lancement de la réforme SERAFIN PH¹²¹² pour constater que l'on s'est éloigné de la bientraitance des personnes vulnérables. Demander à une aide-soignante de comptabiliser le nombre de minutes utiles pour accompagner une personne handicapée pendant sa toilette matinale, ne peut être considéré comme un signe de respect des droits, mais s'inscrit par contre pleinement dans la logique de valorisation comptable d'un acte. Six minutes pour une douche, dix minutes pour l'accompagnement pendant le repas de midi et ainsi de suite. Multipliés par le nombre de personnes, ces indicateurs transformés en minutes, finissent par construire un budget du personnel. Cette démarche de gestion interroge lorsqu'on la juxtapose avec le droit des personnes. La logique en œuvre interroge le Défenseur des droits (1) qui plaide pour le développement d'un système de vigilance médico-sociale (2).

1. Une logique qui interroge la Défenseure des droits

711. « C » comme comptabilité et « D » comme droit, les lettres de l'alphabet se suivent mais les domaines couverts ne s'assemblent pas vraiment. La Défenseure des droits pointait cette différence lors de la rédaction de son rapport concernant les EHPAD en 2021¹²¹³. En

¹²¹² L'acronyme SERAFIN-PH signifie « *Services et Etablissements : Réforme pour une Adéquation des financements aux parcours des Personnes Handicapées* ». Il s'agit de créer un référentiel tarifaire dans le but d'allouer des ressources aux établissements.

¹²¹³ Les droits, la dignité et les libertés des personnes âgées en EHPAD trop souvent mis à mal , *Défenseur des Droits*, 4 mai 2021, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communiqu-de-presse/2021/05/les-droits-la-dignite-et-les-libertes-des-personnes-agees-en-ehpad-trop> , [Consulté le 17 janvier 2023].

introduction, elle rappelait que nombre de saisine concernent les phénomènes de maltraitance en EHPAD¹²¹⁴, « *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 . 80% de ces dossiers mettent en cause un EHPAD* ». La Défenseure des droits alerte sur le fait que des considérations budgétaires et organisationnelles sont la cause des réclamations¹²¹⁵. Ce faisant, les problèmes de maltraitance peuvent être regardés comme des difficultés institutionnelles¹²¹⁶ qui concernent la direction de l'ESSMS et, plus largement, les autorités publiques qui assurent le financement des établissements. Le lien entre le manque de personnel et les contraintes financières est donc clairement établi au travers des soixante-quatre recommandations du rapport¹²¹⁷. La question budgétaire est donc constante lors de l'examen de la permanence des droits en établissement.

712. En 2023, la Défenseure des droits a continué le travail en publiant un suivi des recommandations du rapport sur les droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD¹²¹⁸. Il est souligné que les recommandations n'ont pas toutes été suivies malgré le travail du législateur qui a défini juridiquement la maltraitance¹²¹⁹, afin de promouvoir une

¹²¹⁴ Ibid., p.4 : « *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* ».

¹²¹⁵ Ibid., p.4 : « *En dépit de la reconnaissance juridique du droit de toute personne humaine au respect de sa dignité et de son intégrité, 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* ».

¹²¹⁶ Ibid., p.5 : « *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* ».

¹²¹⁷ Ibid., p.46.

¹²¹⁸ Résidents accueillis en EHPAD : les 5 points d'alerte de la Défenseure des droits, *Défenseur des Droits*, 16 janvier 2023, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communiquede-presse/2023/01/residents-accueillis-en-ehpad-les-5-points-dalerte-de-la-defenseure>, [Consulté le 17 janvier 2023].

¹²¹⁹ Loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants : « *La maltraitance au sens du présent code [CASF] vise toute 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*

politique publique efficace. Depuis la production du rapport en mai 2021, 281 nouvelles réclamations ont été adressées au Défenseur des droits relativement à des difficultés d'accompagnement au quotidien. A l'instar de nombreux domaines, la crise COVID n'a fait qu'amplifier les difficultés inhérentes au manque de personnel dans les établissements. Ce constat est de nouveau mis en exergue dans le rapport de suivi qui indique qu'il est indispensable de respecter « *un ratio minimal d'encadrement* » dans les établissements, « *la Défenseure des droits considère 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* ». Et le rapport de poursuivre « *Ce décalage important entre les besoins des résidents et les effectifs réellement proposés par les EHPAD persiste. La présence humaine – mesurée à travers le taux d'encadrement – est largement insuffisante pour une prise en charge respectueuse du résident. Cela se traduit par ailleurs par des glissements de tâches. La Défenseure des droits estime que le manque de moyens ne permet pas toujours aux professionnels d'accompagner les résidents comme ils le devraient et le souhaiteraient* ».

2. Vers un dispositif de « vigilance médico-sociale »

713. Dans son rapport de suivi, la Défenseure des droits accorde une place particulière à l'identification et à l'analyse des situations de maltraitance (p.5, recommandation n°3). A cette volonté affichée, on pourrait ajouter le fait que la situation de maltraitance doit évoluer « *à l'air libre* » pour qu'elle cesse après l'analyse de ses causes. Le livre de Victor CASTANET est une formidable preuve que les actes de maltraitance ne sont réellement et efficacement combattus qu'à partir du moment où ils sont portés à la connaissance du public¹²²⁰. La situation dans les

besoins fondamentaux 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 ».

¹²²⁰ On note l'importance de la communication publique dans la mise en lumière de la réclamation auprès du Conseil de l'Europe (Partie 2, Titre 2).

EHPAD n'aurait pas connu d'amélioration significative sans le succès de ce livre en librairie et les prix « *Albert Londres* »¹²²¹ et celui des « *Droits de l'homme 2022* »¹²²².

714. La Défenseure des droits plaide pour la mise en place d'un dispositif de « *vigilance médico-sociale* », partagé entre les autorités publiques permettant d'évaluer objectivement les situations au niveau national. La Défenseure des droits note que les textes pour protéger existent mais l'ensemble manque de clarté et ne facilite pas le signalement. Pour apporter des solutions à cette problématique, le ministre des Solidarités, de l'Autonomie et des Personnes handicapées a saisi l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS), le Haut Conseil de santé publique (HCSP) et la Conférence nationale de santé (CNS) le 13 septembre 2022. Dans l'attente du rapport définitif, la Défenseure des droits invite les pouvoirs publics à publier les décrets d'application de la loi n° 2022-140 du 7 février 2022¹²²³ relative à la protection des enfants et définissant la maltraitance. La transposition de la directive de l'Union relative au lanceur d'alerte s'inscrit dans une dynamique analogue. Dès à présent, la Défenseure des droits indique qu'elle sera attentive aux propositions gouvernementales à venir et souhaite qu'un dispositif concret se fixe quatre objectifs principaux. La « *vigilance médico-sociale* » doit permettre :

- D'améliorer le traitement global des situations de maltraitance identifiées ;
- D'éviter la déperdition d'informations pour les acteurs concernés ;
- D'encourager une culture partagée de vigilance ;
- D'assurer un rôle de veille et de suivi sur les situations complexes pour mieux connaître les manifestations du phénomène sur le territoire et mieux les prévenir.

C. Organiser le lancement d'alerte dans les établissements médico-sociaux

715. Le 21^{ème} siècle a vu les lois se succéder pour assurer les droits des personnes vulnérables. En réponse, les ESSMS ont démultiplié les processus internes visant à garantir un fonctionnement juste des établissements, dans le respect des lois et des textes réglementaires.

¹²²¹ Le prix « Albert-Londres » a été créé en 1932 et couronne chaque année les meilleurs reporters francophones.

¹²²² Le prix littéraire des Droits de l'Homme a été créé en 1984 par l'ONG Nouveaux droits de l'Homme (NDH) veut "encourager la publication d'ouvrages consacrés aux droits traditionnels ou aux droits nouveaux".

¹²²³ Loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants (1), 2022-140, 7 février 2022

Un décret récent rappelle que chaque établissement doit se doter d'un CVS, véritable lieu d'échanges autour de la vie collective lorsque l'on se donne les moyens de le faire vivre correctement¹²²⁴. Comme il a été indiqué dans la première partie de notre développement, les directions peuvent laisser libre cours à diverses initiatives pour mettre en place des canaux supplémentaires d'échanges avec les différentes parties prenantes. Pour autant, une direction d'établissement ne peut se satisfaire de ces différents dispositifs pour respecter le droit des personnes. Même la meilleure organisation n'empêchera pas qu'une information reste bloquée dans un service, qu'un acte de maltraitance continue d'avancer à bas bruit sans qu'on puisse le détecter, ou encore qu'un cadre préfère passer sous silence un dysfonctionnement qui pourrait lui être imputable. Est-ce que la démultiplication des textes suffit à combler ces lacunes et à « ouvrir les fenêtres des établissements » ? La réponse est malheureusement négative car « *il n'y a pas plus aveugle que celui qui ne veut pas voir* ».

716. Conscient de ces difficultés, le législateur européen a élaboré une directive qui propose de mettre en place, dans chaque législation nationale, des canaux permettant aux informations de devenir publiques¹²²⁵. On doit entendre par le terme « *publique* », le fait que l'on organise une publicité autour des faits, en interne comme en externe. Ainsi, il est désormais possible d'alerter directement l'entreprise en respectant des procédures internes, des autorités constituées extérieures à l'entreprise ou directement le public sur des situations mettant en cause les droits. Il paraît nécessaire, pour les directions d'ESSMS, de consacrer un temps d'analyse de la directive et des textes nationaux qui permettent sa transposition. Il ne s'agit pas d'un texte de plus que l'on pourra poser dans notre bibliothèque au rayon des droits pour les personnes vulnérables mais, au contraire, d'un cadre de réflexion autour des canaux internes d'information dans l'établissement.

717. La garantie des droits ne doit pas dépendre des effectifs de l'entreprise. Des procédures internes doivent être pensées pour assurer le respect des droits (1) et les canaux internes de communication (2).

¹²²⁴ Décret no 2022-688 du 25 avril 2022 portant modification du conseil de la vie sociale et autres formes de participation, JORF n° 0098 du 27/04/2022, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=cOdN1i2AI7uKqTG6sMXeUtFmfzFwzSueKU6XPpxsjE>, [Consulté le 19 janvier 2023].

¹²²⁵ Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.

1. Garantir les droits exige sans se soucier des effectifs

718. Le décret du 3 octobre 2022 relatif aux signalements¹²²⁶ indique, dans son article deux, que les personnes morales privées ou publiques sont tenues de mettre en place une procédure interne de recueil et de traitement des signalements lorsqu'elles atteignent le seuil de cinquante salariés. Ce nombre de salariés s'apprécie à la clôture de deux exercices consécutifs. La situation est abordée de manière identique par le droit belge. Lors de la présentation du projet de loi le 27 octobre 2022¹²²⁷, la discussion parlementaire mettait la lumière sur l'absence d'encadrement interne prévu pour les entreprises qui emploient moins de cinquante personnes¹²²⁸. Malgré l'absence d'obligations dans les deux pays, les ESSMS auraient intérêt à étendre la procédure de signalement interne afin de faciliter l'information, le traitement des actes de maltraitance et la protection des lanceurs d'alerte, quel que soit l'effectif de l'établissement. En effet, on ne peut s'abriter derrière ce seuil pour éviter de faire avancer la protection des salariés qui défendent les droits.

719. Souhaiter une protection juste des lanceurs d'alerte¹²²⁹ dans toutes les entreprises, est une démarche qui s'inscrit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Depuis 2008, la CEDH¹²³⁰, dans l'affaire *Guja contre Moldova*, consacre pour la

¹²²⁶ Décret n° 2022-1284 du 3 octobre 2022 relatif aux procédures de recueil et de traitement des signalements émis par les lanceurs d'alerte et fixant la liste des autorités externes instituées par la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte – Légifrance, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000046357368/> [Consulté le 13 janvier 2023].

¹²²⁷ Projet de loi sur la protection des personnes qui signalent des violations au droit de l'Union ou au droit national constatées au sein d'une entité juridique du secteur privé, La Chambre des représentants de Belgique, 27 octobre 2022, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=/flwb&language=fr&cfm=/site/wwwcfm/flwb/flwbn.cfm?lang=F&legislat=55&dossierID=2912>, [Consulté le 14 janvier 2023].

¹²²⁸ *Ibid.*, p.7 : « La situation des PME mérite l'attention requise. Les entreprises qui emploient moins de 50 travailleurs ne sont pas tenues, à moins d'être actives dans le secteur financier et économique, de mettre en place une voie de signalement interne. Cette situation risque de créer un système à deux vitesses, le même signalement étant soumis à deux régimes ». Il faut noter que la législation belge aborde de manière différenciée le secteur financier et économique, pour lequel le seuil des 50 salariés ne compte pas.

¹²²⁹ La protection des lanceurs d'alerte a pour objet de prémunir les personnes qui révèlent utilement certaines informations sensibles, ayant trait notamment à la violation de règles de droit ou à d'autres formes de menace ou de préjudice pour les intérêts de la société, soit en signalant ces informations à une personne compétente, soit en les divulguant contre les conséquences préjudiciables que cette révélation peut avoir pour elles-mêmes.

¹²³⁰ Cour européenne des droits de l'homme, *AFFAIRE GUJA c. MOLDOVA*, 12 février 2008, n° 14277/04, AHJUCAF, [En ligne], Disponible à l'adresse :

première fois, une protection au lanceur d'alerte. Etait mis en avant l'article dix de la Convention¹²³¹ concernant la liberté d'expression des citoyens, ainsi que la résolution 1729-2010 de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹²³².

2. Garantir la sécurité juridique du canal interne d'informations

720. Il est indispensable que l'ensemble des acteurs intervenant dans le cadre des alertes internes à l'établissement puisse travailler en toute indépendance, sans que surgissent des conflits d'intérêts. Ces garanties sont absolument nécessaires pour que tous les acteurs aient confiance dans les procédures de signalement mises en place. A partir de cette affirmation qui rassemble tout le monde, la question de l'indépendance à l'intérieur d'une entreprise privée ou d'un établissement médico-social demeure. Comment peut-on garantir que l'alerte d'un salarié diffusée suivant le canal interne sera examinée en toute indépendance ? Quel système pourrait-on mettre en place pour faire en sorte que la défense des droits soit efficace ? Ces questions seront sûrement au menu des futures réunions dans les établissements pour parvenir à établir des règles qui devront, par la suite, être intégrées dans les règlements intérieurs et soumises au CVS. Le décret du 25 avril 2022 portant modification du conseil de la vie sociale et autres formes de participation¹²³³ indique, dans son article 1 alinéa 13, que l'article D.311-15 a été

<https://juricaf.org/arret/CONSEILDELEUROPE-COUREUROPEENNEDES DroitsDELHOMME-20080212-1427704>, [Consulté le 19 janvier 2023].

¹²³¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Article 10 - *Liberté d'expression* : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

¹²³² Conseil de l'Europe, Résolution 1729-2010 qui invite les Etats à considérer, « tous les avertissements de bonne foi à l'encontre de divers types d'actes illicites, y compris toutes les violations graves des droits de l'Homme, qui affectent ou menacent la vie, la santé, la liberté et tout autre intérêt légitime des individus en tant que sujets de l'administration publique ou contribuables, ou en tant qu'actionnaires, employés ou clients de sociétés privées ».

¹²³³ Décret n° 2022-688 du 25 avril 2022 portant modification du conseil de la vie sociale et autres formes de participation, 2022-688, 25 avril 2022, JORF n°0098 du 27 avril 2022.

modifié pour rappeler les missions du CVS qui doit être : « associé à l'élaboration ou à la révision du projet d'établissement ou du service mentionné à l'article L. 311-8, en particulier son volet portant sur la politique de prévention et de lutte contre la maltraitance » . En outre, le président du CVS peut guider les personnes vers les personnes qualifiées ou le délégué territorial du Défenseur des droits.

721. La procédure interne visant à garantir la sécurité des lanceurs d'alerte doit s'inscrire dans une dynamique de protection de celui qui met en lumière les faits, mais également des personnes en charge de mener les enquêtes internes et d'établir un suivi des faits mis en lumière. Que l'on soit lanceur d'alerte ou la personne qui accueille cette alerte, toutes deux doivent être rassurées quant aux conséquences de la gestion de ces informations sur leur contrat de travail. D'emblée, la réflexion se heurte à une question : comment faire en sorte d'apporter ces garanties supplémentaires, sans entrer en conflit avec le droit du travail ?

722. L'examen du droit du travail actuel permet d'apporter une réponse à cette question. Il semble que la solution la plus simple dans les établissements serait d'indiquer que les alertes internes doivent être dirigées vers les membres du CSE pour traitement. Cette option présente des avantages à plusieurs endroits. Tout d'abord, elle fait appel à un organe déjà connu des salariés et reconnu par le droit du travail. Ensuite, le CSE est reconnu comme étant le canal que les salariés doivent suivre pour faire entendre leur voix auprès des employeurs. Enfin, les membres élus du CSE bénéficient déjà d'une protection juridique de leur contrat de travail. Les membres du CSE sont considérés comme étant des salariés protégés par le droit du travail, les empêchant de subir une pression ou un risque de sanction injustifiée de la part de leur supérieur hiérarchique.

723. Dans certains cas, les recours internes peuvent s'avérer inutiles lorsque les faits mettent en cause des dirigeants (Président ou membres du conseil d'administration). Le recours à une alerte extérieure doit être dans ce cas privilégié, si l'on souhaite mettre fin à une situation qui va à l'encontre des droits des personnes. Quel que soit le cas de figure, il faut retenir que ces nouvelles dispositions législatives augmentent la protection des lanceurs d'alerte. Pour poursuivre la dynamique, les directions doivent imaginer des procédures internes qui conjuguent respect des droits des personnes vulnérables avec le respect des droits des personnes mises en cause. De cette manière, on parviendra à quitter la sphère de la rhétorique pour entrer dans le territoire d'un droit efficient.

D. En 2023, la protection du lanceur d'alerte confirmé

724. Le droit du travail (1) et la jurisprudence (2) constituent deux voies de protection des lanceurs d'alerte distinctes et complémentaires.

1. Le droit du travail pour soutenir le lanceur d'alerte

725. Le 1^{er} février 2023, la chambre sociale de la Cour de cassation¹²³⁴ s'est prononcée sur la portée de la Loi du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte. Il s'agissait de savoir si une procédure d'alerte est compatible avec le fait de mobiliser un référé pour un salarié. En l'espèce, une salariée de la société Thales France s'est vue notifier son licenciement le 27 mai 2020, après avoir saisi le comité d'éthique relativement à des faits susceptibles de constituer des infractions pénales. La salariée a d'abord saisi la juridiction prud'homale, afin qu'elle prononce la nullité de son licenciement. Le 16 septembre 2021, la salariée contestait la décision prise à son encontre rendue en matière de référé devant la Cour d'appel de Versailles¹²³⁵.

726. L'argumentation de la société reposait sur deux arguments principaux. D'une part, la société considérait « *qu'il n'y avait pas eu violation du statut protecteur prévu par les dispositions de l'article L. 1132-3-3 du code du travail* », et qu'il n'y avait pas lieu de lier le licenciement et l'alerte lancée. D'autre part, la société Thales affirmait que « *L'appréciation du motif de licenciement de la salariée relevait exclusivement des juges du fond* » (Point n°8).

727. La Cour de cassation indique que l'appréciation de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement ne peut relever de la seule compétence des juges du fond. Ce faisant, la salariée est privée de la protection effective accordée aux lanceurs d'alerte, ainsi que des droits énoncés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ses articles 6§1, 10 et 14¹²³⁶. En outre, la Cour indique que le lanceur d'alerte

¹²³⁴ C.cass. soc., Pourvoi n°21-24.271, 1^{er} février 2023, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.courdecassation.fr/en/decision/63da1185b78bc005de6ccd13>, [Consulté le 4 février 2023].

¹²³⁵ CA Versailles, 06 16-09-2021, n°21/00016.

¹²³⁶ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 6§1 est consacré au « *Droit à un procès équitable* », l'article 10 est consacré à la « *Liberté d'expression* » et l'article 14 qui est consacré à « *l'interdiction de discrimination* ».

n'a pas à apporter la preuve que son licenciement est en lien avec son alerte, au contraire : c'est « à l'employeur d'établir que le licenciement de Mme [E] était fondé sur des éléments objectifs étrangers à son alerte » (4^{ème} moyen).

2. Un arrêt qui fera jurisprudence ?

728. Cet arrêt est important dans la mesure où il affirme clairement la protection due au lanceur d'alerte et la possibilité offerte, de mobiliser la procédure de référé visant à « *mettre fin au trouble manifestement illicite que constitue le licenciement d'un salarié en raison de son statut de lanceur d'alerte* » (1^{er} moyen). L'importance de cet arrêt se comprend également par le soutien apporté par l'Association Maison des Lanceurs d'Alerte¹²³⁷, le Syndicat SPIC UNSA¹²³⁸ et la Défenseure des droits. Par ailleurs, le poids économique de la société mise en cause apporte un éclairage intéressant et permet de mesurer la force des nouvelles dispositions juridiques, permettant la protection des lanceurs d'alerte. Ceci d'autant plus que le fond de l'affaire nous apprend que les acteurs ont agi en bénéficiant de la protection de l'État¹²³⁹.

729. Quelles conséquences peut-on tirer de cet arrêt pour le secteur médico-social ? Il ne faut pas se focaliser sur les faits car les actions et les postes des différents acteurs ne sont pas comparables à ceux que l'on peut rencontrer dans le secteur médico-social. Pour autant, cet arrêt reconnaît l'importance des lanceurs d'alerte, quelle que soit l'entreprise en cause. Si cette

¹²³⁷ Maison des Lanceurs d'Alerte, [En ligne], Disponible à l'adresse :

<https://www.bing.com/ck/a?!&&p=d67ed6ac01b4bc05JmltdHM9MTY3NTQ2ODgwMCZpZ3VpZD0zN2QwNDExYi1lZjMxLTZiNzUtMDJiZC01MzY2ZWU4NjZhMzgmaW5zaWQ9NTlxMQ&ptn=3&hsh=3&fclid=37d0411b-ef31-6b75-02bd-5366ee866a38&psq=maison+des+lanceur+d%27alerte&u=a1aHR0cHM6Ly9tbGFsZXJ0ZS5vcmcv&ntb=1>, [Consulté le 04 février 2023].

¹²³⁸ Syndicat SPIC UNSA, [En ligne], Disponible à l'adresse : [UNSA Industrie et Construction | SPIC-UNSA \(unsa-industrie.fr\)](https://unsa-industrie.fr), [Consulté le 4 février 2023].

¹²³⁹ Le journal *Mediapart* nous apprend que « Des courriels internes versés au dossier judiciaire montrent en effet que le groupe a introduit deux taupes à l'ONU. Ces officiers de réserve, salariés de Thales, étaient officiellement détachés à l'ONU par le gouvernement français, alors qu'ils continuaient à être payés secrètement par le groupe français. De nombreux documents montrent que la mission de ces infiltrés était de transmettre des informations confidentielles à Thales, et d'orienter en sous-main la rédaction des appels d'offres sur les marchés de sécurisation des camps des Casques bleus de l'ONU, afin d'aider le groupe français à les remporter. Dans un courriel à Thales, l'une des taupes se vante d'avoir « pu faire intégrer » à un projet d'appel d'offres de l'ONU « des éléments techniques [...] sans lesquels le GA10 [un produit de Thales – ndlr] aurait pu être exclu des fournisseurs potentiels » », 3 février 2023, par Yann Philippin. [Consulté le 4 février 2023].

décision de la chambre sociale de la Cour de cassation fait jurisprudence¹²⁴⁰, elle permettra de créer un rempart supplémentaire qui pourra garantir les droits des personnes en établissement. Il est désormais institué qu'un salarié peut faire appel à des autorités externes à l'établissement pour dénoncer des situations infractionnelles, tout en bénéficiant d'une protection en matière de droit du travail.

¹²⁴⁰ *Ibid.* : « Cette décision, qui fait jurisprudence, est une avancée majeure pour la défense des lanceurs d'alerte, encore trop souvent maltraités malgré la protection que leur garantit la loi ».

Section 3 : La Belgique et la réforme du droit de la responsabilité

730. Pour appréhender le droit de la responsabilité en Belgique, il est nécessaire de se pencher sur les textes à la base du Code civil (I), ainsi que sur la réforme récemment adoptée (II). Le droit pénal belge doit être également regardé comme une source de responsabilité dans les établissements (III).

I. Les textes à la base du droit de la responsabilité civile

731. Qu'on le nomme Code civil ou Code civil des Français, l'histoire nous apprend que les deux pays ont accepté le même texte pour régir les rapports civils (A). Doctrine et jurisprudence ont, par la suite, fait évoluer le droit de la responsabilité civile (B) jusqu'à la réforme du Code civil belge (C).

A. Le « Code civil des Français » partagé entre Belges et Français

732. Lorsque le professeur J. De Brouwer aborde le thème de l'histoire du droit en Belgique¹²⁴¹, il questionne d'emblée le lecteur, doit-on parler d'histoire du droit en Belgique ? Ou d'histoire du droit belge ? On peut tenter d'apporter une réponse conjointe à ces deux questions dans la mesure où l'histoire du droit belge fait largement appel à l'histoire de la Belgique ainsi qu'à l'environnement international. Il nous faut rappeler l'histoire mêlée de la Belgique pour comprendre la construction du droit belge et ses liens avec le droit français.

733. Pour déterminer la date de naissance d'un nouveau droit, il est souvent convoqué la date de création d'un code. Un changement politique dans un pays peut quelques fois se traduire par une volonté de redéfinir les règles qui gouvernent la société. Partant, l'histoire belge aurait pu être le terreau d'une multitude de règles de droit au regard du nombre de pays qui ont considérés que le futur territoire de la Belgique faisait partie de leur nation, au gré des diverses conquêtes militaires. La Belgique a été bourguignonne au 14^{ème} siècle, espagnole ensuite, autrichienne au 18^{ème} siècle, puis française et néerlandaise, avant qu'elle ne fasse sa propre révolution en 1830. L'histoire témoigne donc de l'appétit des différents États européens à considérer que leur propre territoire couvrait également Namur, Liège et Bruxelles. Pour autant, malgré ces mouvements

¹²⁴¹ MAZEAUD D., DUPICHOT P., *Droit de la Belgique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Bibliothèque de l'Association Henri Capitant, 2016.

de troupes, si l'on se place dans la position du juriste, on constate que la Belgique n'a vraiment été impactée que par la présence française qui s'est déroulée de 1794 à 1815. Au travers le Consulat et l'Empire¹²⁴², la Belgique a vécu à l'heure napoléonienne et à intégrer les codes napoléoniens du début du 19^{ème} siècle. On peut considérer que cette période constitue un véritable point de départ de la construction du droit belge. L'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) a organisé la promulgation du Code civil dans les neuf départements belges, a acté la fin des ordonnances générales et particulières et mis de côté les références au droit romain et au droit canonique. A partir de 1804, l'histoire du droit belge est étroitement liée à l'histoire du droit en France, en ce sens que la Belgique a complètement intégré le Code civil napoléonien.

734. Ce mouvement de diffusion de la matière juridique ne s'est pas limité à la seule Belgique. Le Code civil de 1804 a embrassé tous les pays qui tombaient sous le joug du pouvoir napoléonien. R. Badinter relevait à cet égard que « *le Code civil était à la fois un instrument de pouvoir et une arme de conquête. A l'intérieur, il devait fonder, constituer le nouvel ordre social ; à l'extérieur, il devait détruire l'ancienne société et rallier les esprits au modèle français. Ainsi, le même instrument juridique allait permettre à son créateur d'être conservateur en France et révolutionnaire hors de ses frontières* »¹²⁴³. De nombreux territoires se sont vus ainsi imposés le « *Code civil des Français* » du fait de l'annexion de leur territoire à l'empire. On peut citer par exemple l'île de la Réunion, l'Île de France, future Île Maurice, la Pologne, le Luxembourg, le Royaume de Hollande et la République de Genève. Pour autant, la diffusion du Code civil français en Belgique a connu une trajectoire différente de celle empruntée dans les autres pays.

735. En Belgique, la production juridique a été accompagnée d'un effort d'acculturation des acteurs dans les départements belges. Il ne s'agissait pas simplement d'imposer un nouveau Code civil, mais de former les élites de manière à la convaincre des bienfaits de cette nouvelle législation. En 1806, la création de l'École de droit de Bruxelles participe de cette volonté impériale de diffusion du droit français, afin d'imprégner complètement la société belge.

¹²⁴² Napoléon Bonaparte devient Premier Consul le 18 brumaire de l'an IX (9 novembre 1799). En 1802, Napoléon est désigné Consul à vie. Deux ans plus tard, il accédera à la dignité impériale.

¹²⁴³ BADINTER R., *Le plus grand bien...*, Fayard, Paris, 2004, p.72.

L'histoire du pays nous démontre, par la suite, que le « *Code civil des français* » va anéantir toutes les autres tentatives d'introduction d'un droit différent.

736. La fin de l'empire en 1814 et la révolution belge de 1830 auraient pu porter un coup fatal à la domination du droit français. La Constitution du 7 février 1831 prévoyait d'ailleurs dans son article 139 qu'« *il est nécessaire de pouvoir [...] dans le plus court délai possible aux objets suivants [...] 11° La révision des Codes* ». Cette injonction constitutionnelle n'a pas eu l'effet escompté et n'a pas permis l'éclosion d'un droit belge spécifique, malgré quelques tentatives. Dans le domaine pénal, on peut relever par exemple l'abolition de la peine de mort en 1860, plus d'un siècle avant la France. Dans le domaine civil, on peut également noter un avant-projet de Code civil confié à François Laurent¹²⁴⁴ en 1879 et abandonné, quelques années plus tard. S'il existe une preuve du lien étroit entre l'environnement juridique français et l'environnement belge, on peut la trouver dans l'utilisation d'une sémantique commune. Il faut en effet attendre la fin de la seconde guerre mondiale, pour constater l'abandon des termes « français » et « France » dans le Code civil au profit des termes « belges » et « Belgique »¹²⁴⁵. De la même manière, les mots « Empire » et « Empereur » ont laissé la place à ceux de « Roi » et « Royaume »¹²⁴⁶. La lecture du Code civil belge guide désormais le lecteur vers le Royaume de Belgique en l'éloignant des limites de l'Empire napoléonien. Malgré la mobilisation d'une sémantique différente entre la France et la Belgique, force est de constater que des deux côtés de la frontière, le Code civil n'a pas beaucoup évolué depuis 1804, malgré des sociétés qui ont connues de vraies évolutions. Le droit a bien sûr suivi ces différents mouvements, sans toutefois figer automatiquement les solutions nouvelles dans des articles du Code civil. Le texte de 1804 a servi de fondation juridique pour la jurisprudence qui a accompagné les changements de la société. Pour illustrer l'action de la jurisprudence sur le Code civil, on pourrait reprendre les mots de SALEILLES qui énonçait : « *dans les outres que l'on croyait vieilles, a coulé le vin nouveau et sa vigueur a suffi pour rajeunir l'enveloppe qui le contenait* »¹²⁴⁷. Pour le législateur belge comme pour le législateur français, « *c'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application* »¹²⁴⁸.

¹²⁴⁴ François Laurent est le représentant en Belgique de l'École de l'Exégèse.

¹²⁴⁵ Loi 15 décembre 1949, Art.1, *Moniteur Belge*, 1-3 janvier 1945.

¹²⁴⁶ Loi 15 décembre 1949, Art.2, *Moniteur Belge*, 1-3 janvier 1945.

¹²⁴⁷ SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, in *Le livre du Centenaire*, t.1. p.144.

¹²⁴⁸ PORTALIS, *Discours préliminaire*, in *Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, Litec, 2004, XXV.

B. Doctrine et jurisprudence pour accompagner les évolutions de la société belge

737. En Belgique comme en France, le Code civil constitue le texte à partir duquel il est possible d'apporter une réponse aux questions de responsabilité civile. Le texte approuvé au début du 19^{ème} siècle n'a pas évolué, laissant à la doctrine et à la jurisprudence le soin de prendre en compte les mouvements de la société belge. Il n'est pas nécessaire de remonter l'intégralité du fil de l'histoire pour constater que, la société belge de 1804 a nécessairement évolué et que des risques nouveaux sont apparus qui demandaient à être pris en compte par le droit. L'évolution industrielle a nécessité une réflexion sur le fondement de la responsabilité civile qui ne pouvait demeurer exclusivement sur l'idée de faute. La protection des victimes et la réparation du préjudice subi ont poussé la jurisprudence à considérer que « *la créance de réparation a peu à peu pris le pas sur la dette de responsabilité* »¹²⁴⁹.

738. La doctrine a également développé tant en France qu'en Belgique, plusieurs théories pour justifier la mise en cause d'une responsabilité civile sur des bases différentes de celles prévues par le Code civil et faire en sorte que les victimes bénéficient d'une plus grande protection. En France à la fin du 19^{ème} siècle, L. JOSSERAND¹²⁵⁰ publie « *De la responsabilité des choses inanimées* »¹²⁵¹, livre qui contribue à développer l'idée d'une responsabilité civile basée sur la théorie du risque. En Belgique, c'est autour de la théorie du procureur général LECLERCQ qu'est née l'idée consistant à considérer que la seule preuve du dommage justifiait l'engagement de responsabilité. Dans les deux pays, la doctrine a donc mis en avant la responsabilité des acteurs sur des bases qui dépassaient celles du Code civil de 1804. Cette tendance est aujourd'hui confortée par la législation européenne qui est ensuite transposée dans les droits nationaux. Concernant la transposition dans le droit belge, J-L. FAGNART et H. BOULARBAH¹²⁵² ont mis en évidence les conséquences de la transposition du texte européen au regard des règles de responsabilité civile belge.

¹²⁴⁹ GLANSDORFF F., *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, Paris, Bruylant, 2013, p.104.

¹²⁵⁰ JOSSERAND L., (1864-1941), Professeur à Lyon, doyen de la faculté et conseiller à la Cour de cassation.

¹²⁵¹ JOSSERAND L., *De la responsabilité des choses inanimées*, Paris, Arthur Rousseau, 1897.

¹²⁵² FAGNART J-L. et BOULARBAH H., « La garantie et la responsabilité en matière de dommages causés par les produits », [En ligne], Disponible à l'adresse :

<https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/138217/1/Le%20droit%20des%20affaires%20en%20c3%a9volution,%20Vol.%20XI,%202000,%20pp.%2093-152.pdf>, [Consulté le 07 août 2023].

739. Un regard posé sur la jurisprudence permet de constater, les évolutions du droit belge de la responsabilité civile et les directions particulières choisies par les deux pays pour aborder la responsabilité du fait des choses et la responsabilité du fait d'autrui. Sur ces deux domaines, à partir d'un même article du Code civil¹²⁵³, la jurisprudence belge s'est écartée de la jurisprudence française en considérant que l'énumération du Code n'était pas limitative. A côté des pères et mères, des maîtres et commettants et des instituteurs et artisans, la jurisprudence a considéré que cette liste n'était qu'énonciative et autorisait la mise en cause de la responsabilité d'autres acteurs. En 1991 la jurisprudence française¹²⁵⁴ a opéré un revirement, en reconnaissant la responsabilité d'une association en raison d'un incendie déclenché par une personne handicapée qu'elle accompagnait. Ce faisant, elle a élargi les cas de responsabilité de l'article 1384 alinéa 1^{er}. Pour le champ du handicap, cette évolution jurisprudentielle concerne directement les ESAT, mais plus largement l'ensemble des ESSMS et rapproche la situation de ces établissements de celle des entreprises qui sont responsables des dommages créés par leurs salariés.

740. Cette évolution n'a pas été suivie par la Cour de cassation belge¹²⁵⁵. Dans un arrêt du 19 juin 1997¹²⁵⁶ le juge belge n'a pas reconnu de principe général de responsabilité du fait d'autrui. En l'espèce, il s'agissait d'un litige mettant en cause un mineur « *qui venait d'être confié par le juge de la jeunesse au centre d'observation médico-psychologique* » et qui avait provoqué un incendie volontaire. Six ans après l'arrêt de la Cour de cassation française, les juges belges étaient donc confrontés à une affaire similaire leur demandant de statuer sur un élargissement de l'article 1384 alinéa 1^{er}. Les juges ont conclu qu'« *Attendu que l'article 1384 du Code civil n'établit pas, en son alinéa 1er, un principe général de responsabilité du fait*

¹²⁵³ L'article 1384 du Code civil est effectif en France comme en Belgique dans les mêmes termes et indique qu'« *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ».

¹²⁵⁴ C.cass. Ass. Pl., *Blieck*, 29 mars 1991, 89-15.231, Publié au bulletin, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007026394?page=1&pageSize=10&query=89-15231&searchField=ALL&searchType=ALL&sortValue=DATE_DESC&tab_selection=juri&typePaginatio n=DEFAULT [Consulté le 19 octobre 2022].

¹²⁵⁵ VINEY G. et JOURDAIN P., *Les conditions de la responsabilité*, 3^{ème} édition, L.G.D.J., 2006, p.939, note 66, « [...] jusqu'à présent, la Cour de cassation de Belgique n'a pas voulu suivre son homologue française ».

¹²⁵⁶ C.cass., *ASBL Les Stations de Plein Air*, Arrêt n° F-19970619-8 (C.96.0254.F), 19 juin 1997.

d'autrui; Que cette responsabilité n'existe que dans les limites des régimes particuliers, différents les uns des autres, qu'il instaure de manière exhaustive dans les alinéas suivants ».

741. S'agissant de la responsabilité du fait des choses, la jurisprudence belge contrairement à la position de la Cour de cassation française dans l'arrêt Jandheur, demande que la mise en cause de la responsabilité du gardien exige la preuve du vice de la chose, c'est-à-dire d'« *une caractéristique anormale susceptible de causer un dommage* »¹²⁵⁷.

C. La réforme du Code civil belge

742. Quelle est la signification des noms Austerlitz, Pyramides, Iéna ou Wagram ? Sans trop hésiter, un habitant de la région parisienne répondra que ces noms représentent des stations de métro. Une personne habitant en province sera peut-être moins prolixe et citera Austerlitz, comme étant la gare d'arrivée, lorsqu'elle se rend à Paris. De sa place, un spécialiste de l'histoire saura rapidement identifier ces noms comme étant des batailles menées au début du 19^{ème} siècle. Un métro, une gare ou une bataille militaire, quel que soit l'imaginaire que cela convoque, on se doit de remarquer que derrière toutes ces représentations se cache l'image de Napoléon qui avait réussi à prendre de la distance par rapport à ces événements. On prête d'ailleurs à l'empereur cette pensée, rapportée par le général Montholon à propos de la postérité de ses combats militaires, « *Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles, Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires ; ce que rien n'effacera, c'est mon Code civil* ».

743. A Paris, pour un citoyen, les stations de métro ont permis de ne pas trop effacer le souvenir des victoires et le Code civil a effectivement réussi à traverser les âges et les frontières pour organiser le droit civil en Belgique depuis plus de deux siècles. Si le texte du Code civil napoléonien de 1804 n'a pas beaucoup subi les affres du temps en Belgique, les mouvements de la société ont été encadrés par la jurisprudence afin que le droit accompagne justement les évolutions sociales. Pendant deux cents ans, la Cour de cassation a donc fait évoluer la lecture des articles 1382 et suivants du Code civil belge, au point que le droit civil de la responsabilité constitue un ensemble difficile à appréhender pour les citoyens qui peuvent craindre l'instabilité

¹²⁵⁷ FAGNART J-L., *L'interprétation de l'article 1384 al. 1^{er} du Code civil en droit belge*, Les obligations en droit français et en droit belge – Convergences et divergences, Bruxelles, Bruylant, 1994.

du droit. L'appréciation de la faute, du lien causal et du dommage sont totalement laissées aux mains des tribunaux. Cette flexibilité du droit civil belge, même si elle autorise la construction de solutions juridiques innovantes, ne garantit nullement la sécurité juridique.

744. La Belgique a donc décidé de mener un nouveau travail de codification civile, regroupant les solutions dégagées par la jurisprudence au cours du temps et celles mises en lumière par la doctrine. Une fois de plus, il nous est possible d'établir un parallèle entre la France et la Belgique sur ce point. En effet, la France a entamé un travail similaire en 2016 sous l'impulsion du garde des sceaux, Ministre de la justice, Monsieur J.J. URVOAS. Dans sa déclaration effectuée à Paris le 29 avril 2016, le Ministre de la justice rappelait le discours de Portalis sur le projet de Code civil prononcé le 21 janvier 1800, « *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application* »¹²⁵⁸. Et de poursuivre en indiquant que le temps était venu de réformer le Code civil, car « *Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu et Maleville ont trouvé leurs successeurs* »¹²⁵⁹ afin que ce texte apporte clarté et stabilité à la matière civile. Le travail devait permettre de « *trouver des nouvelles solutions et adopter des solutions innovantes* », de « *clarifier les règles* », et le Ministre de convoquer Pierre-JAKEZ HELIAS pour résumer la mission, « *C'est le chant des galets qui enseigne la manière de bâtir un mur [...] Et quand un galet ne se trouve pas bien dans un mur, le mur ne se trouve pas bien debout* ». Plus d'un septennat s'est écoulé depuis cette déclaration ministérielle sans qu'une réforme du droit de la responsabilité soit décidée et finalisée par le législateur. Le 29 juillet 2020 une proposition de loi sénatoriale a été enregistrée à la présidence de la haute assemblée¹²⁶⁰, dans l'espoir de faire aboutir une réforme.

745. Il est important de s'attarder sur les différentes dates entourant les réformes dans les deux pays. Très vite, une tendance double se confirme. Dans un premier temps, on constate une

¹²⁵⁸ Déclaration du garde des sceaux, Ministre de la justice, sur la réforme du droit de la responsabilité civile, Paris, 29 avril 2016, [En ligne], Disponible à l'adresse : [Prononcé le 29 avril 2016 - Déclaration de M. Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la | vie-publique.fr](#), [Consulté le 11 août 2023].

¹²⁵⁹ *Ibid.*

¹²⁶⁰ [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.senat.fr/salle-de-presse/communiques-de-presse/presse/cp20200722a.html>, [Consulté le 11 août 2023].

congruence des dates pour le démarrage des travaux pour une nouvelle codification. Cette comparaison de mouvements est rapidement battue en brèche dans un second temps, lorsque l'on observe les résultats du travail. Du côté français, on a multiplié les interventions ministérielles, mobiliser plusieurs commissions pour proposer des avant-projets¹²⁶¹, lu des rapports sénatoriaux¹²⁶² sans parvenir encore à trouver un « *bon galet* », pour finaliser le « *mur* » du Code civil.

746. En Belgique, le lancement d'une refonte du droit civil a débuté par la publication d'un arrêté ministériel du 30 septembre 2017¹²⁶³. L'intitulé de l'arrêté ministériel indique que la réforme sera globale et qu'elle ne concernera pas seulement le droit de la responsabilité civile. Dès la fin de l'année 2017 les premières commissions restituent leur avant-projet, celui de la commission « *Droit de la responsabilité civile* » est présenté en 2018. Une consultation populaire est organisée sur le texte permettant aux citoyens de donner leur avis sur le projet de réforme. En 2023, une proposition de loi est proposée portant le livre six du nouveau Code civil concernant la responsabilité extracontractuelle.

747. Quels enseignements peut-on tirer de ces différences de calendrier entre la France et la Belgique en ce qui concerne l'effectivité des droits ? A l'instar de ce que l'on avait pu remarquer à propos de la CIDPH, la France contrairement à la Belgique, multiplie les instances mais retarde la production et l'acceptation effective du droit. Par ailleurs, il est intéressant de noter que le gouvernement fédéral belge a souhaité organiser une consultation populaire sur le projet de réforme. Cette approche diffère du modèle français qui ne connaît que le référendum en tant que consultation officielle des citoyens. Le fait d'aborder la réforme de manière descendante au niveau de la société pour recueillir son avis et en tenir compte, est une garantie de l'effectivité du droit. On constate, par ailleurs, que la méthode de la consultation populaire

¹²⁶¹ En 2005, un avant-projet porté par le professeur P. CATALA a été publié, suivi par un autre avant-projet porté en 2005 par F. TERRÉ. Ce dernier avant-projet est découpé en trois ouvrages : *Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2009 ; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2011 ; *Pour une réforme du régime général des obligations*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2013.

¹²⁶² Rapport d'information n° 558 (2008 2009) de MM. Alain Anziani et Laurent Bételle, déposé le 15 juillet 2009, fait au nom de la commission des lois, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.senat.fr/notice-rapport/2008/r08-558-notice.html>, [Consulté le 11 août 2023].

¹²⁶³ Arrêté ministériel du 30 septembre 2017 portant création des Commissions de réforme du droit civil, M.B., 9 novembre 2017.

peut être mobilisée sur des domaines variés¹²⁶⁴. A titre d'exemple, le gouvernement belge a interrogé les citoyens sur le thème « *un pays pour demain* »¹²⁶⁵, organisé autour de six chapitres différents¹²⁶⁶.

748. La consultation populaire n'est pas qu'un outil au service de l'État fédéral. Un décret spécial en date du 19 juillet 2018¹²⁶⁷, a donné la possibilité au Parlement wallon d'organiser une consultation populaire des habitants de la Région. L'article 2 du décret mentionne les conditions nécessaires pour mobiliser une consultation populaire : « *Le Parlement wallon peut, à la demande d'au moins 60 000 habitants de la Région wallonne ou à l'initiative d'au moins la majorité simple de ses membres, décider de consulter les habitants de la Région wallonne sur les matières visées à l'article 4* ». Le formalisme exigé pour que la demande de consultation soit recevable est assez limité et se résume au remplissage d'un formulaire en ligne sur le site de la région. Le parlement conserve toutefois la possibilité de ne pas donner suite à une consultation demandée par les citoyens, mais, s'il en accepte le principe, il doit ensuite soumettre cette consultation au contrôle de la Cour constitutionnelle. Ce n'est qu'après le contrôle de la Cour constitutionnelle que la consultation populaire peut avoir lieu.

II. La réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle

749. La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle s'inscrit dans un projet belge plus global de refonte du Code civil. Le travail engagé concerne donc un ensemble de domaines tels que les biens, les contrats, les successions, les donations ou les testaments. Au total, le projet regroupe dix livres qui recouvrent la matière civile belge. Le livre huit relatif à « la preuve » a été le premier à entrer en vigueur le 1^{er} novembre 2020¹²⁶⁸. Le livre trois concernant

¹²⁶⁴ Une consultation publique a été organisée relativement à la « Responsabilité extracontractuelle » du 29 mars 2018 au 1^{er} mai 2018. Dans la continuité, la Commission de réforme du droit de la responsabilité a mis à jour les textes afin de tenir compte des remarques reçues. Cette navette entre les citoyens et la Commission de réforme, participe de la pénétration des règles de droit nouvelles dans la société.

¹²⁶⁵ Cette consultation était ouverte jusqu'au 5 juin 2022.

¹²⁶⁶ La consultation populaire portait sur les questions suivantes : Comment organiser notre pays ? Qui fait quoi ? Comment organiser les élections ? Quel est le rôle du citoyen ? Quels sont nos droits fondamentaux ? Comment doivent fonctionner le Parlement et le Gouvernements ?.

¹²⁶⁷ Décret spécial du 19 juillet 2018, publié le 28 septembre 2018, instituant la consultation populaire

¹²⁶⁸ Loi 13 avril 2019, Code civil, Livre 8 « La preuve », *Moniteur belge*, 14 mai 2019, p. 46353, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.ejustice.just.fgov.be/img_l/pdf/2019/04/13/2019A12168_F.pdf, [Consulté le 15 août 2023].

« les biens » est entré en vigueur le 1^{er} septembre 2021¹²⁶⁹. Les livres deux concernant « les personnes, la famille et les relations patrimoniales du couple »¹²⁷⁰ et quatre concernant « les successions, donations et testaments »¹²⁷¹ sont entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2022. Le livre premier intitulé « Dispositions générales »¹²⁷², et le livre cinq concernant « les obligations »¹²⁷³ sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Au mois d'août 2023, il restait quatre livres qui n'étaient pas finalisés¹²⁷⁴. La réforme de la responsabilité extracontractuelle a fait l'objet d'une proposition de loi fédérale en mars 2023, suivi d'un avis du Conseil d'Etat n°73.282/2 du 23 mai 2023. La réforme devrait entrer en vigueur dans les prochains mois. Le rappel de toutes ces dates met en exergue une différence d'approche entre la France et la Belgique. Une réforme globale belge sera peut-être finalisée totalement alors que la France sera toujours en discussion d'une réforme partielle. On constate ici les mêmes lenteurs que celles constatées pour la production des rapports d'application de la CIPDH pour le Comité des droits des Nations Unies.

750. Malgré le fait que la loi ne soit pas promulguée, on peut toutefois esquisser les orientations du texte qui servira de base au nouveau Code civil belge en ce qui concerne la responsabilité extracontractuelle. A l'instar de notre approche du droit français, il paraît important d'appréhender les voies nouvelles du droit de la responsabilité extracontractuelle afin de mesurer plus clairement les responsabilités des personnels des ESSMS belges. A ce titre,

¹²⁶⁹ Loi 4 février 2020, Code civil, Livre 3 « Les biens », *Moniteur belge*, 17 mars 2020, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://etaamb.openjustice.be/fr/loi-du-04-fevrier-2020_n2020020347.html, [Consulté le 15 août 2023].

¹²⁷⁰ Loi 19 janvier 2022, Code civil, Livre 2 « Les personnes, la famille et les relations patrimoniales du couple », *Moniteur belge*, 14 mars 2022, p. 19772, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.ejustice.just.fgov.be/img_l/pdf/2022/01/19/2022A30600_F.pdf, [Consulté le 15 août 2023].

¹²⁷¹ Loi 19 janvier 2022, Code civil, Livre 4 « Les successions, donations et testaments », *Moniteur belge*, 14 mars 2022, p. 19772, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.ejustice.just.fgov.be/img_l/pdf/2022/01/19/2022B30600_F.pdf, [Consulté le 15 août 2023].

¹²⁷² Loi 28 avril 2022, Code civil, Livre 1 « Dispositions générales », *Moniteur belge*, 1^{er} juillet 2022, p. 54079, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.ejustice.just.fgov.be/img_l/pdf/2022/04/28/2022A32057_F.pdf, [Consulté le 15 août 2023].

¹²⁷³ Loi 28 avril 2022, Code civil, Livre 5 « Les obligations », *Moniteur belge*, 1^{er} juillet 2022, p. 54082, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.ejustice.just.fgov.be/img_l/pdf/2022/04/28/2022A32058_F.pdf, [Consulté le 15 août 2023].

¹²⁷⁴ Au mois d'août 2023, les livres sept (les contrats spéciaux), neuf (les sûretés), dix (la prescription) et le livre 6 relatif à la responsabilité extracontractuelle ne sont pas encore publiés.

nous exposerons les règles de la responsabilité du fait d'autrui (**A**), celle de la responsabilité des commettants du fait des préposés (**B**), et celle du fait des choses (**C**).

A. La responsabilité du fait d'autrui

751. Peut-on être responsable des dommages créés par un tiers ? Cette question alimente les discussions autour des articles 1384 du Code civil¹²⁷⁵. En 1804, les rédacteurs du Code civil avaient imaginé une réponse positive à cette question, en envisageant plusieurs cas différents de responsabilité du fait d'autrui. L'article 1384 énonçait plusieurs situations dans lesquelles la responsabilité civile pour des dommages causés par des tiers peut être retenue. Le législateur évoquait la situation des pères et des mères, des maîtres et des commettants ainsi que celle des instituteurs et des artisans. A première vue, le législateur français a souhaité que l'alinéa premier de l'article 1384 soit interprété de manière restrictive, en limitant la responsabilité du fait d'autrui aux seules situations évoquées. La jurisprudence belge a suivi cette interprétation restrictive, en refusant de reconnaître un principe général de responsabilité.

752. La Cour de cassation française a fait évoluer sa position le 29 mars 1991 dans son arrêt *Blieck*. Elle a reconnu la responsabilité d'un établissement d'aide par le travail, du fait d'un incendie provoqué par une personne en situation de handicap qui travaillait au sein de cet établissement. Le fait pour l'établissement, d'avoir à l'égard d'une personne, un pouvoir de direction, de contrôle et de surveillance, suffit à engager sa responsabilité civile extracontractuelle à condition que le placement soit ordonné par le juge judiciaire ou par une décision administrative. La jurisprudence de la Cour de cassation française repose sur une conception juridique du contrôle qui prend appui sur un travail législatif ou sur un jugement. La personne civilement responsable répond de plein droit de l'acte dommageable, sans qu'il lui soit possible d'invoquer son absence de faute pour se libérer de sa responsabilité.

753. Cette évolution jurisprudentielle française allait-elle être suivie par la Cour de cassation belge ? On aurait pu s'attendre à un alignement des deux jurisprudences, dans la mesure où les deux ordres juridiques reposent sur le même Code civil et connaissent les mêmes interrogations quant aux limites du code napoléonien. On aurait également pu s'attendre à un alignement des

¹²⁷⁵ L'article 1384 de l'ancien Code civil correspond à l'article 6.13 et suivants du nouveau Code civil belge.

deux jurisprudences, dans la mesure où l'affaire soumise à l'appréciation de la Cour de cassation belge en 1997 ressemblait à l'affaire *Blieck*.

754. En l'espèce, le 27 décembre 1995, la Cour d'appel de Mons jugeait l'affaire d'un incendie provoqué en 1987 par un mineur placé par un juge de la jeunesse dans un centre d'observation médico-psychologique. Quatre ans après l'arrêt de la Cour de cassation française, la Cour d'appel de Mons se prononça dans un sens similaire, « *en disant que le premier alinéa de l'article 1384 du Code civil énonce un principe général de responsabilité du fait d'autrui et que l'énumération des personnes dont d'autres personnes doivent "répondre" faite dans les alinéas 2 à 4 de cet article n'est donc pas limitative, l'arrêt tient pour acquis qu'une personne pourrait être tenue du fait d'un tiers sans que la loi ait prévu ce cas de responsabilité pour autrui* »¹²⁷⁶. Ce faisant la Cour d'appel invitait à un revirement de jurisprudence belge, en considérant que l'article 1384 proposait un principe général de responsabilité.

755. La Cour de cassation n'a pas suivi cette invitation en cassant l'arrêt de la Cour d'appel et en suivant les arguments de l'association sans but lucratif « *Les Stations de Plein Air* » dont la responsabilité était recherchée. La Cour de cassation indique que la responsabilité pour autrui ne trouve sa justification qu'au travers d'un texte de loi et que, seul « *le législateur peut déterminer les cas dans lesquels une personne devra répondre du fait d'une autre personne; qu'on ne conçoit pas en effet que le juge puisse, après la survenance d'un dommage, décider qu'une autre personne que son auteur doit en répondre* »¹²⁷⁷. La Cour de cassation affirme que l'on ne peut déduire un principe général de responsabilité du fait d'autrui à partir de la seule lecture de l'alinéa 1^{er} de l'article 1384. Elle considère que « *les présomptions de responsabilité instaurées par l'article 1384 du Code civil sont exorbitantes du droit commun de la responsabilité, en vertu duquel la responsabilité d'une personne est limitée au dommage causé par son propre fait (articles 1382 et 1383 du Code civil); qu'elles ne peuvent, vu leur caractère exceptionnel, être étendues au-delà des cas prévus par le législateur; que la mise en œuvre d'un prétendu principe général de responsabilité du dommage causé par le fait "des personnes dont on doit répondre" est nécessairement illégale, puisqu'elle implique la détermination par le juge - et non par le législateur* »¹²⁷⁸. A l'instar de l'arrêt *Blieck*, cet arrêt de la Cour de cassation

¹²⁷⁶ C.cass., ASBL *Les Stations de Plein Air*, Arrêt n° F-19970619-8 (C.96.0254.F), 19 juin 1997.

¹²⁷⁷ *Ibid.*

¹²⁷⁸ *Ibid.*

belge a généré plusieurs débats doctrinaux pour comprendre les raisons qui engageaient la jurisprudence belge sur une voie différente de la jurisprudence française.

756. Comme le soulignait R.O. DALCQ¹²⁷⁹ dans sa note¹²⁸⁰ sous l'arrêt de 1997, « *la Cour suit ainsi les conclusions de l'avocat général Piret qui avait considéré que 'ni le texte de l'article 1384, ni les travaux préparatoires du Code civil, ni les nécessités sociales' ne permettent de trouver la justification ou 'la source' d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui dans l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil* ». Il était mentionné que l'arrêt *Blieck* n'avait pas permis de délimiter de manière claire les contours du principe général de responsabilité, ne donnant « *aucune indication au sujet de la nature des fonctions de ceux qui pourraient se voir appliquer cette présomption de faute, ni quant aux conditions de leur mise en cause et de l'exonération de leur responsabilité* »¹²⁸¹.

757. La doctrine est venue apporter un éclairage pour une nouvelle lecture de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil. J.J. SCHMIDT¹²⁸² rappelle que les travaux préparatoires du Code civil n'excluent pas des cas de responsabilité du fait d'autrui différents de ceux mentionnés à l'article 1384. Dans le même ordre d'idée, J.F.ROMAIN¹²⁸³ se prononce pour une responsabilité qui peut se déduire d'un acte juridique ou d'une obligation légale et qui repose sur une présomption réfragable. Pour B. DUBUISSON¹²⁸⁴, on est sensible à l'évolution de l'interprétation de l'article 1384 au regard des rapports sociaux et des nouveaux risques qui apparaissent dans la société. Il invite la jurisprudence à se rapprocher d'une responsabilité objective basée sur la notion de risques et considère que la responsabilité, devrait reposer sur une présomption irréfragable.

758. La réforme du Code civil belge est l'occasion de fixer les grandes lignes de la responsabilité civile du fait d'autrui et, éventuellement, de réduire les différences de jurisprudence entre la France et la Belgique. Même si le livre six relatif à la responsabilité

¹²⁷⁹ DALCQ R.O. est Professeur émérite de l'Université Catholique de Louvain et avocat.

¹²⁸⁰ [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/rcjb/1998>, [Consulté le 16 août 2023].

¹²⁸¹ *Ibid.*, p.595.

¹²⁸² SCHMIDT J.J., « Extension de la responsabilité du fait d'autrui », R.G.D.C., 1997, p. 478 et s.

¹²⁸³ ROMAIN J.F., « Existe-t-il un principe général de responsabilité présumée pour autrui, en matière extracontractuelle ? », R.G.A.R., 1997, no 12851.

¹²⁸⁴ DUBUISSON B., « Autonomie et responsabilité du mineur », *Journal du droit des jeunes*, oct. 1997, p. 380 et spéc. §56 et s.

extracontractuelle n'est pas encore définitivement adopté¹²⁸⁵, il est toutefois possible de cerner les contours de la réforme en s'attachant à l'exposé des motifs de la proposition de loi, publié le 1^{er} septembre 2019¹²⁸⁶. L'exposé des motifs rappelait, en propos introductifs, que le droit belge est essentiellement un droit prétorien et que le cadre juridique « *ne se laisse saisir que par la lecture et la connaissance de l'abondante jurisprudence et de la littérature suscitées par les articles peu nombreux du Code civil* »¹²⁸⁷. Pour autant, l'œuvre de la jurisprudence n'offre pas un environnement juridique stable pour les citoyens, qui peuvent être confrontés à des revirements de jurisprudence. Le législateur entend donc poursuivre des objectifs de clarté, de lisibilité et de précision au travers de cet avant-projet.

759. Un exercice de navigation délicat entre deux textes est nécessaire pour appréhender la réforme. L'avant-projet a été publié en 2019 et faisait état d'un livre cinq qui traitait de la responsabilité extracontractuelle. La codification définitive bouleverse celle de l'avant-projet, en regroupant sous un livre six, l'ensemble des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle. L'article 5.159 relatif à la responsabilité des personnes chargées de la surveillance d'autrui dans l'avant-projet de loi, devient un article 6.14 dans la proposition de loi déposée auprès de la Chambre des représentants de Belgique le 8 mars 2023. Cet article 6.14 regroupe quatre alinéas qui remplacent l'ancien article 1384 du Code civil belge.

760. Contrairement à l'ancien article 1384, la proposition de l'article 6.14 globalise les situations de responsabilité du fait d'autrui. Il n'est plus fait mention de la situation des pères, des mères ou des maîtres et des commettants, ce qui permet de ne pas relancer plus avant un débat jurisprudentiel. Le législateur a choisi de résumer les situations autour des deux premiers alinéas. L'alinéa 1^{er} indique que « *La personne qui est chargée, sur la base d'une disposition légale ou réglementaire, d'une décision judiciaire ou administrative ou d'un contrat, d'organiser et de contrôler de manière globale et durable le mode de vie d'autres personnes est responsable du dommage causé par ces dernières par leur faute ou un autre fait générateur de responsabilité pendant qu'elles sont sous sa surveillance* ». Pour autant, le législateur n'a pas souhaité étendre, de manière démesurée, la responsabilité du fait d'autrui. Aux côtés de la

¹²⁸⁵ Au mois d'août 2023, la proposition de loi relatif au livre 6 n'était pas encore adoptée.

¹²⁸⁶ [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=/flwb&language=fr&cfm=flwbn.cfm?lang=F&legislat=55&dossierID=3213>, [Consulté le 17 août 2023].

¹²⁸⁷ *Ibid.*, p.2.

loi ou du règlement, il est fait mention du contrat qui peut être la cause qui sous-tend la prise en charge dans un établissement médico-social. L'alinéa 1^{er} mentionne par la suite que la responsabilité est également liée au fait que le mode de vie est organisé et contrôlé de manière globale et durable.

761. La globalité de la prise en charge concerne une palette assez large d'actions. Le fait d'accompagner simplement une personne pour l'aide au repas ou l'aide à la toilette, ne suffit pas à considérer qu'on est en présence d'un accompagnement global. Les commentaires de la proposition définissent la prise en charge globale de la manière suivante : « *Organiser 'de manière globale' le mode de vie d'une autre personne signifie que cette organisation n'est pas limitée à un seul élément de la vie quotidienne, mais qu'elle concerne différents aspects de celle-ci, comme l'alimentation, le logement, les déplacements* »¹²⁸⁸. On peut imaginer que cette notion d'accompagnement global, même si elle est apparemment simple à comprendre, nécessitera l'intervention du juge pour en déterminer les contours exacts.

762. La prise en charge doit être également durable, en ce sens qu'une aide ponctuelle ne peut suffire à engager la responsabilité civile du fait d'autrui. Des exemples sont fournis pour illustrer cette disposition : « *Ne tombent donc pas sous le champ d'application de cette disposition légale, par exemple, les associations sportives, les mouvements de jeunesse, les mères d'accueil, les baby-sitters, les grands-parents, l'administrateur d'une personne protégée. Dans certains cas, ceux-ci exercent effectivement une surveillance sur une autre personne, mais ils ne le font pas de manière globale et durable mais seulement pour certains aspects et pour une courte durée* »¹²⁸⁹. Et de continuer, en indiquant des situations dans lesquelles un appel de responsabilité extracontractuelle pourrait être envisagé, « *les institutions pour malades mentaux; les établissements ouverts ou fermés auxquels est confié un mineur par injonction judiciaire du tribunal de la jeunesse ou par une décision administrative [...]* »¹²⁹⁰.

763. L'alinéa 1^{er} dispose également que la présomption de responsabilité couvre l'ensemble des dommages créés par la personne dont on a la charge. Aucune distinction n'est faite quant au

¹²⁸⁸ Chambres des représentants de Belgique, *Proposition de loi portant le livre 6 « la responsabilité extracontractuelle » du Code civil*, 8 mars 2023, p.67.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, p.68.

¹²⁹⁰ *Ibid.*, p.68.

fondement et à la nature de la responsabilité, qui peut être mobilisée par une faute, par une chose ou par un animal.

764. La responsabilité des instituteurs, initialement prévue par l'article 1384 al.6, est remplacée dans le cadre de la réforme du Code civil, par celle des établissements privés ou publics. Cette disposition vient confirmer une tendance générale qui consiste à appeler la responsabilité des établissements pour les dommages créés par les élèves. La responsabilité des instituteurs était rarement mobilisée, considérant que l'établissement est le commettant de l'enseignant. Pour voir sa responsabilité engagée, l'instituteur doit se voir reprocher « *sa faute intentionnelle, de sa faute lourde ou de sa faute légère habituelle (article 18 de la loi relative aux contrats de travail et article 2 de la loi du 10 février 2003)* »¹²⁹¹.

765. La responsabilité du fait d'autrui sur la base de l'article 6.14 al.1^{er} n'est pas reconnue si les personnes « *démontrent que le dommage ne trouve pas sa cause dans une faute de surveillance de leur part* » (6.14 al.3) Cette présomption est donc réfragable. En fonction de la prise en charge (6.14 al.1^{er}), on peut imaginer que la jurisprudence sera amenée à définir justement la notion de surveillance qui pourra varier en fonction des situations. Cette nouvelle lecture du droit de la responsabilité du fait d'autrui s'inscrit dans la philosophie insufflée par la CIDPH. Cette convention internationale met en avant les droits des personnes en situation de handicap et invite les établissements à reconsidérer leurs actions d'accompagnement. S'inscrivant dans la philosophie de ce mouvement, le législateur a donc considéré que la présomption de responsabilité ne pouvait être irréfragable, laissant la possibilité pour une personne « *en charge* » d'une autre personne, de s'exonérer de sa responsabilité du fait de l'absence de faute de surveillance. Afin de garantir la réparation du dommage et de préserver la personne qui assure la « *prise en charge* » des risques financiers, le législateur dans un alinéa 4, prévoit un système d'assurance obligatoire. Le législateur rappelle que c'est « *Le Roi [qui] est chargé de prendre les mesures nécessaires pour mettre en place une assurance obligatoire de la responsabilité civile des personnes visées par le premier ou le deuxième alinéa, comme c'est le cas pour la responsabilité visée à l'article 6.13* »¹²⁹².

¹²⁹¹ *Ibid.*, p.69.

¹²⁹² *Ibid.*, p.70.

B. La responsabilité des commettants du fait des préposés

766. En Belgique comme en France, la question de responsabilité en ESSMS est souvent au centre des débats. Des deux côtés de la frontière, les salariés s'interrogent à propos des situations qui les rendent responsables des dommages causés et les directions doivent rassurer les collaborateurs, en réaffirmant le principe général qui veut que le commettant soit civilement responsable des dommages de son préposé. La réponse est d'autant plus attendue dans les ESSMS que les pouvoirs publics et, plus largement la société, invitent à penser l'accompagnement des personnes en situation de handicap différemment. Penser l'accompagnement autrement signifie qu'il se situe, le plus souvent, en dehors des établissements¹²⁹³. Les personnes elles-mêmes lorsqu'elles se sentent rassurées, demandent à vivre « *comme tout le monde* », tout en conservant un accompagnement différent de la part de l'ESSMS. Si tout le monde adhère à ces projets, la question de la responsabilité des acteurs sera toujours présente derrière le rideau pendant que se jouera la pièce principale dans les bureaux de l'établissement. Il est nécessaire de prévoir des temps de formation afin de rassurer les acteurs, de s'assurer que les mots recouvrent la même signification pour tous et, plus globalement, de réussir l'acculturation autour du thème de la responsabilité civile et pénale. Pour les directions d'ESSMS, les débats sur la responsabilité n'auront plus cours lorsque la question « *qui est responsable si...* » ne sera plus posée en réunion.

767. Examinons ce que dit la loi fédérale sur le sujet de la responsabilité extracontractuelle. Le Code civil de Napoléon en Belgique (*ancien code civil*) dispose, à l'alinéa 3 de l'article 1384, que « *les maîtres et commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ». Cet alinéa est identique à la version française. L'actualité législative nous amène à considérer la proposition de loi portant sur le livre six du nouveau Code civil belge, qui fait une synthèse de l'article 6.15 et des deux alinéas de l'article 1384, concernant la responsabilité du commettant¹²⁹⁴. Le législateur pose le principe que « *Le commettant est responsable sans faute du dommage causé*

¹²⁹³ Il est souvent employé l'expression « *Hors les murs* » pour désigner des programmes qui conjuguent un logement autonome et un accompagnement spécifique sur certains aspects de la vie quotidienne.

¹²⁹⁴ Au cours des développements qui vont suivre, nous évoquerons soit les termes de commettant et de préposé, ou ceux d'employeur et de salarié. Dans le cadre d'un processus d'acculturation des différents acteurs d'un ESSMS, il paraît plus judicieux de mobiliser des termes actuels.

par son préposé pendant et à l'occasion de l'exercice de sa fonction, résultant de sa faute ou d'un autre fait générateur de responsabilité (al.1^{er}). Le commettant est la personne qui en fait, peut exercer pour son propre compte une autorité et une surveillance sur les actes d'une autre personne (al.2). Avant d'aller plus avant, deux remarques préalables doivent être faites dans le prolongement de cet article. La première remarque tient au caractère irréfragable de la présomption de responsabilité du commettant. Ce dernier ne pourra pas apporter la preuve de son absence de faute pour échapper à sa responsabilité sur le plan civil. Cette position peut rassurer, à la fois la victime potentielle et le préposé. Dans un ESSMS belge, les salariés pourront aborder toutes les formes d'accompagnement des personnes en situation de handicap, en étant rassurés quant à la possibilité de leur mise cause du point de vue de la responsabilité civile extracontractuelle. Une seconde remarque tient au fait que cet article crée un régime dérogatoire au droit commun de la responsabilité civile car, en matière extracontractuelle l'auteur d'une faute, même légère (la « *culpa levissima* »), est généralement responsable.

768. On peut d'ores et déjà se demander quels sont les principaux enseignements que l'on peut tirer de cette proposition de loi quant à la responsabilité des commettants ? D'emblée, on constate une évolution sémantique qui a amené le législateur belge à abandonné la référence aux maîtres et aux domestiques. S'ils pouvaient trouver leur place dans le vocabulaire au début du 19^{ème} siècle, on comprend aisément que ces termes n'ont plus cours au 21^{ème} siècle pour évoquer les relations entre un employeur et un salarié. Le législateur mobilise plutôt les termes de commettant et de préposé, autour desquels vont se nouer une exécution de mission, le second étant subordonné au premier¹²⁹⁵. Par ailleurs, il est tout de même intéressant de constater que les termes proposés dans cet article 6.15 se rapprochent de ceux figurant dans une loi de 1900 relative au contrat de travail d'ouvrier qui stipulait : « *En cas de malfaçons, d'emploi abusif de matériaux, de destruction ou de détérioration de matériel, outillage, matières premières ou produits [l'ouvrier] répond de son dol et de sa faute lourde. Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente un caractère habituel plutôt qu'accidentel* ». Plus de cent ans après ce texte, le législateur du 21^{ème} siècle emprunte exactement les mêmes termes pour caractériser les cas de responsabilité civile du préposé.

¹²⁹⁵ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op.cit.*, p. 196 : « [le commettant est] celui qui charge une personne (nommée préposé) d'une mission dans l'exécution de laquelle cette dernière lui est subordonnée (soit en vertu d'un contrat, soit du fait des circonstances) et qui répond des dommages causés aux tiers par ce préposé dans l'exercice de ses fonctions ».

769. Ensuite, l'article 6.15 évoque la responsabilité sans faute du commettant du fait des dommages causés par son préposé, ce qui induit l'existence d'une faute par le préposé et d'un lien de causalité entre cette faute et le dommage, « *pendant et à l'occasion de l'exercice de sa fonction* ». On peut donc s'interroger sur le point de savoir si le législateur belge a prévu des situations qui engagent la responsabilité du préposé vis-à-vis de son commettant ? Il faut se référer à une législation du travail de 1978 pour trouver ce type de situation. L'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 rappelle, tout d'abord, que l'immunité du préposé concerne aussi bien les dommages causés à l'employeur que ceux causés à des tiers. Un salarié d'un ESSMS ne sera donc pas poursuivi civilement pour les dommages causés « *dans l'exécution de son contrat* ». Malgré l'antériorité de cette disposition législative, l'immunité civile d'un salarié peut être invoquée sur la base de l'article 18 de cette loi, qui dispose :

*« En cas de dommages causés par le travailleur à l'employeur ou à des tiers dans l'exécution de son contrat, le travailleur ne répond que de son dol et de sa faute lourde. Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel »*¹²⁹⁶.

770. Parce qu'il est important que les règles soient claires pour l'ensemble des salariés, les directions d'ESSMS belges, à l'instar des directions françaises, doivent consacrer un temps pour expliciter les situations dans lesquelles la responsabilité civile extracontractuelle des préposés peut être appelée. Le dol, la faute lourde ou la faute légère exigent une définition exacte afin de parvenir pour les salariés, à séparer les zones de risques, des champs d'action plus calmes. Ces trois exceptions d'immunité du préposé paraissent, a priori, simples à appréhender. Pour autant, nombre de salariés pourront voir au travers de ces trois termes, des possibles mises en cause personnelles, des possibilités de sanctions et de remise en question de leur contrat de travail. Il est nécessaire de s'arrêter tout d'abord sur les conditions d'application de la responsabilité extracontractuelle des commettants (1), pour ensuite aborder les trois termes qui autorisent une exception d'immunité du préposé envers son employeur (2) et enfin, s'interroger sur l'immunité du préposé envers un tiers (3).

¹²⁹⁶ Loi relative aux contrats de travail, article 18, 3 juillet 1978, n° 1978070303, p.9277, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.ejustice.just.fgov.be/img_l/pdf/1978/07/03/1978070303_F.pdf, [Consulté le 19 août 2023].

1. Les conditions d'application de la responsabilité extracontractuelle des commettants

771. D'emblée, il est possible d'affirmer que la présomption de responsabilité civile extracontractuelle du commettant est une présomption irréfragable. Il est donc impossible pour le commettant de se libérer de sa responsabilité en renversant la présomption. On est face à une forme de responsabilité objective dont l'objectif est de garantir l'indemnisation de la victime d'un dommage. Faut-il pour autant conclure que le commettant est responsable sans condition ? La réponse est négative dans la mesure où certaines conditions préalables sont nécessaires à la responsabilité du commettant. Un lien de subordination doit exister entre le commettant et le préposé (1.1), il faut également une faute du préposé (1.2). En outre, la faute doit être accomplie dans l'exercice des fonctions du préposé (1.3).

1.1- L'existence d'un lien de subordination

772. En premier lieu, la responsabilité extracontractuelle du commettant ne peut être mobilisée qu'à la condition qu'existe un lien de subordination entre lui et le préposé. En d'autres termes une relation juridique est nécessaire entre l'employeur et le salarié, autour, le plus souvent, d'un contrat de travail. Le dictionnaire de Vocabulaire juridique¹²⁹⁷ définit la subordination comme étant une « *situation de dépendance du travailleur placé, en droit, sous l'autorité de celui pour lequel il effectue une tâche* ». Le commettant doit disposer d'un pouvoir de surveillance et d'une autorité lui permettant de donner des ordres au préposé. La Cour de cassation confirme cette approche de la définition juridique de la subordination au travers de plusieurs arrêts. Par une décision du 21 février 2006¹²⁹⁸, la Cour de cassation rappelle que l'article 1384 al.3 du Code civil demande à ce qu'« *une personne [puisse] exercer son autorité ou sa surveillance sur les actes d'une autre personne. A cette fin, il y a lieu de vérifier concrètement sous quelle autorité ou surveillance en fait le préposé se trouvait au moment des faits* ».

¹²⁹⁷ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.*, p.984.

¹²⁹⁸ Cour de cassation, 21 février 2006, Service Public Fédéral Justice, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://iubel.just.fgov.be/IUBELcontent/ViewDecision.php?id=ECLI:BE:CASS:2006:ARR.20060221.3&lang=fr>, [Consulté le 25 août 2023].

773. Un autre arrêt de la Cour de cassation¹²⁹⁹ vient apporter un éclairage complémentaire, en indiquant que les actes d'autorité et de surveillance doivent être réalisés pour le propre compte du commettant, « *Le lien de subordination que suppose la notion de préposé existe dès qu'une personne peut, en fait, exercer, pour son propre compte, son autorité et sa surveillance sur les actes d'un tiers* ». En l'espèce dans cet arrêt, il s'agissait de savoir si un notaire pouvait conserver sa qualité de commettant, alors qu'il n'était pas présent lors des visites de biens et qu'il avait délégué cette mission à un collaborateur. Au-delà de l'affaire elle-même, cet arrêt posait la question de savoir si l'existence d'une délégation de pouvoirs pouvait induire un bouleversement des règles de responsabilité extracontractuelle. En considérant que le délégataire n'agit pas pour son propre compte, la Cour de cassation indique que les règles du Code civil ne sont pas impactées par des délégations de pouvoirs au sein des entreprises, puisque le délégataire n'agit pas en son propre compte. Cette position jurisprudentielle limite les conséquences civiles d'une délégation de pouvoirs et renforce la responsabilité du commettant.

774. De quelle manière peut-on prouver l'existence d'un lien de subordination ? L'article 8.8 du nouveau Code civil apporte une réponse à cette question, en stipulant « *Hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tous modes de preuve* ». Les juges du fond devront donc apprécier souverainement les faits, nonobstant les éventuelles conventions en cours dans l'entreprise. Dans la continuité de l'arrêt du 17 janvier 2020, la jurisprudence invite à considérer largement le lien de subordination. En effet, ce lien peut exister en présence d'un pouvoir virtuel du commettant et recouvrir des situations dans lesquelles, malgré l'existence d'un lien contractuel, aucun lien de subordination n'est reconnu. On évoque un pouvoir virtuel pour décrire des situations dans lesquelles le commettant conserve son pouvoir d'autorité et de surveillance, malgré le fait de ne pas être présent sur les lieux lors de la commission du dommage¹³⁰⁰. La jurisprudence nous invite donc à prendre en considération le fait qu'un lien de subordination en matière de droit du travail n'est pas automatiquement synonyme d'une mise en cause de la responsabilité au titre de l'article 1384 al.3 du Code civil.

¹²⁹⁹ Cour de cassation, 17 janvier 2020, Service Public Fédéral Justice, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://juportal.just.fgov.be/content/ViewDecision.php?id=ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200117.1F.3>, [Consulté le 25 août 2023].

¹³⁰⁰ C.cass., 24 décembre 1951, *Pas*, 1952, I, p.213.

1.2- La faute du préposé en lien causal avec le dommage

775. Pour engager la responsabilité du commettant au titre de l'article 1384 al.3, il est nécessaire de prouver que la faute a un lien avec le dommage. La responsabilité ne dépend pas de la nature de la faute, cette dernière peut être légère ou grave, involontaire ou intentionnelle, et peut être rapportée par tous moyens de preuve. Par ailleurs, il est intéressant de relever que la victime n'a pas l'obligation d'identifier clairement l'auteur du dommage. Le simple fait d'identifier que le fait dommageable a été commis par un préposé de l'entreprise, suffit à mobiliser la responsabilité du commettant. C'est le sens d'une jurisprudence de la Cour de cassation du 8 avril 1965¹³⁰¹. Dans cet arrêt, il s'agissait de déterminer la responsabilité d'un employeur en raison d'un incendie déclaré dans son entreprise, mais qui avait impacté une entreprise tierce. La Cour de cassation de conclure « *lorsqu'un incendie s'est propagé des locaux où il a pris naissance à des locaux occupés par un tiers, ce dernier, pour réussir en son action en responsabilité, doit établir que cet incendie a pour cause l'imprudence soit de la personne occupant les locaux où le feu a pris naissance, soit d'un de ses préposés ; il n'est pas tenu, dans ce dernier cas, d'identifier le préposé qui a commis l'imprudence* ».

776. La jurisprudence identifie des situations qui permettent de mobiliser un cumul vertical de responsabilité. La Cour de cassation définit le cumul vertical, lorsqu'il y a une conjugaison des présomptions de responsabilité. Le commettant sera responsable en raison d'une double présomption et non d'une faute directe du préposé. Ainsi, la Cour de cassation a reconnu la responsabilité du commettant en raison de la responsabilité du préposé, du fait de sa position de gardien d'un animal. En l'espèce, il s'agissait de déterminer la responsabilité du commettant en raison des dommages occasionnés par un cheval dont son préposé avait la garde¹³⁰². La Cour de cassation rappelle, tout d'abord, les contours de l'article 1385 du Code civil qui dispose qu'un gardien est responsable des dommages d'un animal. Dans un deuxième temps, la Cour indique que « *c'est légalement que le juge condamne, , par application dudit article 1384, alinéas 1er et 3, le propriétaire et directeur d'un manège à réparer le dommage causé par un cheval après avoir d'une part décidé légalement que le maître d'équitation, préposé dudit propriétaire, était responsable de ce dommage, par application de l'article 1385 du Code civil et d'autre part constaté légalement que ce préposé était, au moment où le dommage est né, dans l'exercice des fonctions auxquelles il était employé* ». Une démarche analogue a été empruntée

¹³⁰¹ C.cass., 8 avril 1965, *Pas.* 1965, I, p.847.

¹³⁰² C.cass., 5 novembre 1981, *Pas.* 1982, I, p.316.

par la Cour de cassation au sujet de la responsabilité du commettant de l'instituteur, en raison des fautes commises par un élève¹³⁰³.

1.3- La faute dans l'exercice des fonctions

777. Pour être prise en considération, la faute doit être commise pendant le temps du service. L'examen du planning de travail effectif du préposé constituera la base de travail de la jurisprudence. Il est également nécessaire qu'il existe un lien entre la faute et la mission confiée au préposé. Cette condition sera examinée assez largement, l'existence d'un lien de subordination suffit à engager la responsabilité extracontractuelle du commettant.

2. L'immunité du préposé envers son commettant

778. La protection du préposé mentionnée à l'article 18 cesse si le dommage causé résulte d'un dol, d'une faute lourde ou d'une faute légère présentant un caractère habituel. La notion de dol mentionnée par la loi du 3 juillet 1978 est définie au travers de la jurisprudence de la Cour de cassation¹³⁰⁴. La Cour affirme que le dol « *requiert l'existence dans le chef de l'auteur du dommage non seulement de la volonté de causer le fait dommageable mais aussi de la volonté de causer les effets dommageables de ce fait* ». Il est donc nécessaire d'apporter une « *double preuve* », celle attachée au dommage et celle attachée aux effets de celui-ci. Le fait de ne mentionner que le dommage ne suffit pas à reconnaître le dol. La Cour exprime cette position par ces mots, « *en constatant d'une part que le demandeur a commis une faute intentionnelle et en décidant d'autre part que le demandeur n'a pas eu la volonté de causer les effets dommageables de cette faute commise volontairement et sciemment, l'arrêt ne décide pas légalement que le demandeur ne peut se prévaloir de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978* ».

779. La mise en cause des préposés pour dol est peu fréquente, les tribunaux apprécient chaque situation pour déterminer l'existence du dol. Néanmoins, certains comportements font l'objet de condamnation de la part des Cours du travail¹³⁰⁵ qui reconnaissent une manœuvre dolosive qui peut être sanctionnée. La Cour de travail de Liège a notamment jugé « *que commet un dol le travailleur qui s'abstient de déclarer un vol d'outils au moment où il l'a constaté et*

¹³⁰³ C.cass., 28 octobre 1994, Pas. 1994, I, p.877.

¹³⁰⁴ C.cass., 11 mars 2014, P.12.0946.N.

¹³⁰⁵ En Belgique, la Cour du travail permet de recevoir des appels des jugements pris en première instance par la Justice de paix ou les tribunaux (Travail, Police ou Tribunal de l'entreprise).

qui ne le fait qu'après que son employeur lui ait réclamé la restitution des outils après la rupture du contrat »¹³⁰⁶, ou que « le fait de détourner une somme importante dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail a été considéré comme un dol, notamment lorsque ce détournement a fait l'objet d'une décision pénale »¹³⁰⁷.

780. La faute lourde du préposé constitue la deuxième cause permettant de ne pas mobiliser l'immunité du préposé. Contrairement au dol, « La faute lourde au sens du même article [article 18 de la loi du 3 juillet 1978] ne requiert pas que l'auteur du dommage ait voulu causer le fait dommageable et les effets dommageables de ce fait »¹³⁰⁸. Des arrêts de Cour d'appel sont intervenus pour définir la notion. La Cour d'appel de Mons donne une définition de la faute lourde dans un arrêt de 2011, en indiquant qu'il « s'agit d'une faute non intentionnelle qui est à ce point grossière ou excessive que son auteur ne pourrait en être excusé. La seule gravité du dommage ne constitue pas en soi le critère d'une telle faute. Il s'agit d'une question de fait appréciée par les juges du fond »¹³⁰⁹. L'arrêt de la Cour de travail de Liège le 1^{er} mars 2011, vient compléter la définition en indiquant : « Contrairement au dol, la faute lourde est une faute non-intentionnelle mais d'une telle gravité et extrémité qu'elle n'est pas excusable. Si l'importance du préjudice n'est pas un critère pertinent pour qualifier la faute de lourde, le caractère prévisible du dommage est par contre un élément d'appréciation lorsque l'auteur des faits devait prévoir les conséquences de son acte (ou de sa passivité fautive). La qualité du travailleur et son niveau de responsabilité sont aussi des éléments pris en compte pour apprécier le degré de la faute ». La faute lourde s'apprécie donc en fait, en tenant compte des circonstances du dommage, de la qualification des acteurs, des conditions de travail et de formation. A titre d'exemple, un accident de la route sera donc examiné à l'aune de l'expérience des conducteurs. Un chauffeur d'entreprise expérimenté verra la faute lourde plus facilement mise en avant et sa responsabilité, plus facilement mobilisée. Les situations sont naturellement plurielles et les critères de la jurisprudence sont divers et ne permettent pas de figer une position, quant à la responsabilité des préposés du fait de leur faute lourde.

¹³⁰⁶ C. trav. Liège, 4e ch., 10 juin 1996, R G. no 22.739/94.

¹³⁰⁷ C. trav. Liège, sect. Namur, 12 février 2013, R G. n° 2012/AN/43.

¹³⁰⁸ *Ibid.*, par.16.

¹³⁰⁹ CA Mons, 28 juin 2011, *E&D*, 2012, p.6.

781. Il paraît néanmoins important de préciser qu'il existe une différence entre la notion de faute lourde au sens de la loi du 3 juillet 1978 et en droit du travail. Une faute lourde du préposé peut être synonyme de mise en cause civile, sans pour autant avoir automatiquement des répercussions sur le contrat de travail. La faute lourde se distingue donc du motif grave, justifiant le licenciement du salarié visé à l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978¹³¹⁰, dans la mesure où elle nécessite obligatoirement un dommage civil. Ces deux notions demandent à être appréhendées séparément par les tribunaux. Un accident causé par un chauffeur de car suite à un excès de vitesse peut être constitutif de motif grave justifiant son licenciement, sans pour autant constituer une faute lourde de nature à engager la responsabilité civile. Telle est la position du Tribunal du travail de Dinant qui a considéré que la faute de chauffeur n'était que légère et qu'elle présentait un caractère accidentel¹³¹¹.

782. Enfin, la loi précise que la responsabilité du préposé peut être recherchée pour une faute légère « *que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel* ». De prime abord, on aurait pu imaginer que la responsabilité du préposé aurait été appelée du fait de situations inhabituelles. Le fait de mentionner le caractère habituel des situations ouvre la voie à la mise en cause plus facile du préposé. Il ressort que l'habitude résulte de la propension du travailleur à commettre des fautes, quelle que soit leur nature précise. C'est donc la tendance à commettre des fautes qui met en cause la responsabilité du travailleur. Parce qu'il n'y a pas d'intention de nuire, la faute légère se différencie du dol parce qu'une personne prudente pourrait la commettre, la faute légère se différencie également de la faute lourde. Dans un arrêt du 1^{er} mars 2011, la Cour du travail de Liège a défini la faute légère en ces termes, « *La faute légère habituelle suppose une répétition consciente d'actes ou de manquements de même nature en telle sorte qu'une faute unique ne peut engager la responsabilité du travailleur. Il n'est pas nécessaire que ce soit la même faute qui se représente mais les fautes ne peuvent pas diverger trop l'une de l'autre, car il deviendrait alors difficile de démontrer le manque de sérieux professionnel du travailleur. Par ailleurs, une erreur commise à répétition n'est pas fautive si*

¹³¹⁰ Loi du 3 juillet 1978, Article 35 : « *Chacune des parties peut résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme pour un motif grave laissé à l'appréciation du juge et sans préjudice de tous dommages-intérêts s'il y a lieu. Est considérée comme constituant un motif grave, toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur [...]* ».

¹³¹¹ Tribunal du Travail de Dinant, 16 juin 1989, R.R.D., 1989, p.576.

le travailleur ne s'en rend pas compte et qu'aucune remarque ne lui est adressée »¹³¹². Et la Cour de conclure « Le comportement de l'appelante à l'égard de l'intimée est un comportement inhabituel dans son chef. Aucun fait antérieur n'a été invoqué et les faits reprochés se sont déroulés sur une courte période. L'appelante n'a dès lors pu avoir une conscience suffisante de la répétition des manquements commis qui en quelque sorte n'en font qu'un. Dans ces conditions, la responsabilité personnelle de l'appelante ne peut être retenue ».

3. L'immunité du préposé envers les tiers

783. Comme l'indiquent C.E. CLESSE et M. VERWILGHEN¹³¹³, « les développements relatifs à la responsabilité du travailleur envers l'employeur [...] s'appliquent mutatis mutandis » à la responsabilité du préposé vis-à-vis des tiers. Dans le cadre de notre étude, on se reportera donc aux indications mentionnées au point numéro un pour appréhender les règles relatives à l'immunité du préposé vis-à-vis des tiers. Il est important de signaler que l'immunité mentionnée dans la loi du 3 juillet 1978 ne concerne que le volet civil extracontractuelle, le préposé restant responsable pénalement des dommages causés. Cette règle est confirmée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 septembre 2015¹³¹⁴, qui dispose que « L'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail prévoit une limitation de la responsabilité civile, mais non de la responsabilité pénale, du travailleur [...] Doivent être tenus pour auteurs d'une infraction, fut-elle une contravention ou une infraction prévue par une loi particulière, tous ceux qui, par leurs agissements personnels, ont directement coopéré à l'exécution du fait punissable, de manière telle que, sans la part prise par eux à cette exécution, l'infraction n'eut pas été commise telle qu'elle l'a été ».

784. Par ailleurs, il faut relever que l'immunité du préposé envers les tiers n'annihile pas celle du commettant. Cette position est celle de la Cour de cassation depuis plus de quarante ans. Par un arrêt du 18 novembre 1981, il a été précisé que le « commettant, continuait à répondre d'une faute quelconque de son préposé, même si celle-ci n'était plus une cause de responsabilité pour son auteur »¹³¹⁵. Cette position constante est conforme au caractère

¹³¹² C. Trav. Liège, 1er mars 2011, R. G. n° 2009/AN/8835, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.smarteca.be/my-reader/BP-ESP-EB21002_00000000_0?fileName=page072.xhtml&location=pi-655, [Consulté le 23 août 2023].

¹³¹³ CLESSE C.-É., VERWILGHEN M., *La responsabilité du travailleur et de l'employeur*, par.157, Wolters Kluwer Belgium SA, 2021, 204 pages.

¹³¹⁴ C.cass., 16 septembre 2015, R. G. n° P 15.0838 F.

¹³¹⁵ C.cass., 18 novembre 1981, R. G.A.R., 1982, n° 10.400.

irréfragable de la présomption et garantit à la victime de pouvoir appeler le commettant et son assurance en réparation de dommage subi.

C. La responsabilité du fait des choses

785. La responsabilité du fait des choses nous oblige à examiner les principes posés par le Code civil des Français (1) pour comprendre quelles sont les conditions de son application (2), ainsi que la nouvelle approche issue de la réforme du Code civil belge (3).

1. Les principes du Code civil des Français, le vice de la chose

786. L'article 1384, alinéa 1 de l'ancien Code civil des Français aborde le thème de la responsabilité du fait des choses par ces termes, « *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ». L'avocat général auprès de la Cour de cassation, Edmond Janssens, de se demander dans ses conclusions sous l'arrêt du 26 mai 1904¹³¹⁶ : « *que faut-il entendre par 'le fait des choses que l'on a sous sa garde' ?* », pointant les limites de l'interprétation de l'article 1384. Et de poursuivre par ces mots : « *Les travaux préparatoires du Code civil ne nous apprennent rien à ce sujet* ». Les rédacteurs du Code civil voyaient au travers cet article, une introduction au régime de responsabilité prévue du fait des animaux (C.Civ. art. 1385 anc.) et des bâtiments (C.Civ. art.1386 anc.). Au début du 19^{ème} siècle, il n'était pas envisagé de véritable régime autonome de responsabilité du fait des choses. En complément de l'article 1384, on devait alors se tourner vers les articles 1382 et 1383 pour mobiliser une responsabilité personnelle. En Belgique comme en France, les évolutions de la société vont, au cours du 19^{ème} siècle, être génératrices d'un nombre croissant de situations, créant des dommages liés à l'utilisation de matériels qui peuvent s'avérer dangereux. La réparation des dommages a dès lors questionné la société pour entrevoir un principe général de responsabilité du fait des choses, déconnecté de la notion de faute.

¹³¹⁶ C.cass., 26 mai 1904, *Pas.*, 1904, I, p.246, conclusion avocat général JANSSENS.

787. Dans l'arrêt de la Cour de cassation de 1904, à la suite des travaux du professeur F. LAURENT¹³¹⁷ et dans la continuité de l'arrêt *Teffaine* en France, il est rappelé un principe général de responsabilité du fait des choses inanimées. Il est néanmoins nécessaire que la victime, demandant réparation du préjudice, puisse établir un vice de la chose qui a causé le dommage. Il s'agit sur ce point d'une différence entre le droit belge et le droit français, ce dernier n'exigeant pas que la chose soit viciée pour qu'elle soit la source d'une responsabilité.

« Quand donc la partie lésée base son action sur l'article 1384, §1^{er} du code civil, en tant qu'il consacre la responsabilité à raison du fait des choses que l'on a sous sa garde, elle doit établir le vice de la chose et prouver que ce vice est la cause du dommage. Rien de plus, rien de moins. Elle ne doit justifier d'aucune faute dans le chef du gardien ».

2. Les conditions d'application de la responsabilité du fait des choses

788. Depuis le début du 20^{ème} siècle, la jurisprudence belge a mis en exergue plusieurs conditions pour que la responsabilité du fait des choses soit reconnue. Il est bien sûr nécessaire qu'une chose soit à la base du dommage (2.1), que l'on puisse déterminer le gardien de la chose (2.2) et enfin, que l'on reconnaisse un vice (2.3).

2.1- Une chose à la base du dommage

789. Pour reconnaître la responsabilité du fait des choses, il est nécessaire que l'on puisse identifier clairement une chose à la base du dommage causé. Il n'est pas utile de s'attarder plus avant pour dresser une liste exhaustive des biens qui peuvent être impliqués. Il peut s'agir d'une chose meuble ou d'un immeuble, d'une chose simple ou complexe. On comprend qu'une chose simple est celle qui présente une identité propre, qui existe en tant que tel sans avoir besoin de se rattacher à autre chose. Un escalier¹³¹⁸, une poubelle ou un pneu seront donc considérés comme des choses simples pouvant être génératrices de dommages. Une chose est dite complexe lorsqu'elle rassemble plusieurs choses simples, dont le rapprochement entraîne la création d'une chose viciée. C'est par exemple, le cas d'un terrain dans le sol duquel est enfoui

¹³¹⁷ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 5^{ème} éd., Bruxelles-Paris, Bruylant-Marescq Aîné, 1893, p.691.

¹³¹⁸ C.cass., 1^{ère} chambre, 30 janvier 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n°13845.

différents débris. On ne va plus considérer chaque élément pris isolément, mais la réunion des deux éléments pour mobiliser la notion de chose viciée.

2.2- Être le gardien de la chose

790. La jurisprudence s'est prononcée depuis longtemps sur la responsabilité du gardien de la chose. Ce faisant, elle a permis de définir la qualité de gardien d'une chose. Le gardien est-il toujours le propriétaire de la chose ? Est-il celui qui utilise la chose au moment où survient le dommage ? Dans un arrêt de 1961¹³¹⁹, la Cour de cassation a rappelé la définition de la garde, en opérant clairement une distinction entre une garde matérielle et une garde juridique. En l'espèce, la Cour de cassation était appelée à se prononcer sur un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 29 juin 1959, à propos d'un accident de la circulation qui avait causé plusieurs victimes. La Cour de cassation relève que le fait pour un préposé de se servir d'un véhicule appartenant à son commettant, n'induit pas que le préposé devienne le gardien du véhicule. La Cour note que : *« lorsqu'il autorise un de ses préposés à faire usage de son véhicule et à en jouir pour son agrément personnel, le propriétaire ne se dessaisirait que de la garde matérielle et conserverait la garde juridique de ce véhicule [...] que la demanderesse n'aurait jamais été dépossédée de la garde juridique, qu'elle exerçait en fait par le canal [du préposé], celui-ci n'agissant qu'en qualité de préposé du gardien »*. Dans la continuité, il est rappelé que le gardien au sens de l'article 1384 al.1^{er} (anc. C. civ.) est *« celui qui, pour son propre compte, [use de la chose], en jouit ou la conserve, avec pouvoir de surveillance, de direction ou de contrôle »*.

791. Plusieurs arrêts¹³²⁰ ont essayé de revenir sur la séparation entre la notion de garde juridique et de garde matérielle, en posant le postulat que cette dernière induit un pouvoir effectif sur la chose. Ce faisant, le simple fait d'être propriétaire d'une chose ne peut suffire à conclure que l'on dispose d'un pouvoir de surveillance, de direction ou de contrôle. Dans un arrêt de 2004¹³²¹, la Cour de cassation admet la prédominance de la notion de garde matérielle en suivant une décision de la Cour d'appel de Mons, en date du 15 octobre 2002. En l'espèce, il s'agissait de déterminer qui était responsable de l'explosion d'un immeuble à la suite d'une fuite de gaz. La Cour d'appel a considéré que la compagnie du gaz ne pouvait être tenue pour

¹³¹⁹ C.cass., 15 juin 1961, *Pas.*, 1961, I, p.1126.

¹³²⁰ C.cass., 20 mars 2003, *R.C.J.B.*, 2006, p.9.

¹³²¹ C.cass., 22 mars 2004, *Pas.*, 2004, p.487.

responsable des dommages, car elle n'était pas gardienne de l'installation. Dans les faits, la compagnie du gaz ne pouvait intervenir sur l'installation sans demander l'autorisation des propriétaires, ce qui lui faisait perdre la qualité de gardien.

792. Ces arrêts n'ont pas figé une jurisprudence, la Cour de cassation ayant par la suite estimé que la garde juridique devait prévaloir sur les autres critères. Dans un arrêt du 13 septembre 2012¹³²², il a ainsi été jugé qu'un enfant ayant retiré le frein à main d'un véhicule, ne pouvait être considéré comme le gardien du véhicule. La Cour de cassation a pris la position suivante : *« Après avoir énoncé que le seul fait de détenir la chose en main ou de l'utiliser au moment du fait dommageable n'est pas suffisant pour l'attribution de la garde, [et qu'] il faut une direction intellectuelle de la chose qui permet d'en contrôler l'usage et l'emploi »*. Par un arrêt du 11 janvier 2016¹³²³ la Cour de cassation a confirmé l'approche juridique de la notion de garde, en insistant sur le fait que *« l'usage de la chose n'est pas suffisante »*.

793. A côté de la garde de la chose, la jurisprudence rappelle que l'utilisation de la chose doit se faire pour son propre compte. Une question se pose alors, un préposé peut-il être considéré comme gardien ? Cette interrogation résume les nombreuses demandes qui peuvent être soumises à une direction d'établissement. Bien sûr, une direction ne sera jamais interrogée directement sur la notion de garde, mais plus simplement sur les contours de la responsabilité. Un préposé ne peut être considéré gardien d'une chose dans la mesure où il travaille pour le compte d'un commettant, non directement pour lui. La jurisprudence a emprunté des voies d'appréciation diverses, lorsqu'il a fallu déterminer la responsabilité du préposé dans le cas d'un abus de fonction. Dans un arrêt du 26 octobre 1989¹³²⁴, la Cour énonçait trois conditions nécessaires pour que le commettant s'exonère de sa responsabilité. L'arrêt énonce qu'il est nécessaire que le préposé agisse hors de ses fonctions, sans autorisation de l'entreprise et à des fins étrangères à ses fonctions. Cette position jurisprudentielle n'a pas retenu l'entière adhésion de la doctrine, dans le sens où cette approche pouvait entraîner une diminution de la responsabilité du commettant au détriment de la victime du dommage. Ce dernier étant, dans le cas d'un abus de fonction, dans l'obligation de rechercher la responsabilité du préposé.

¹³²² C.cass., 13 septembre 2012, *Pas.*, 2012, liv.9, p.1647.

¹³²³ C.cass., 11 janvier 2016, *R.G.A.R.*, 2016, liv.7, n°15310.

¹³²⁴ C.cass., 26 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p.241, *R.C.J.B.*, 1992, p.216, note C. DALCQ.

794. Une autre voie jurisprudentielle a été adoptée par le biais de l'arrêt du 21 mars 2013¹³²⁵ qui dispose : « *lorsque l'acte illicite résulte d'un abus de fonctions [et qu'il] est accompli pendant le temps des fonctions et est, même indirectement ou occasionnellement, en relation avec celle-ci, le commettant doit dès lors répondre civilement de la faute de son préposé* ». Cette interprétation implique que la responsabilité du commettant est souvent retenue car l'acte dommageable est le plus souvent commis pendant le temps des fonctions, ce qui facilite la prise en charge financière du dommage par le biais des assurances professionnelles.

2.3- Le vice de la chose à l'origine du dommage

795. La responsabilité du fait des choses se retrouve tant dans le droit belge que dans le droit français. Pour autant, la construction juridique étant largement d'origine jurisprudentielle, il est assez logique que l'évolution n'ait pas épousé la même trajectoire dans les deux pays. La notion de vice de la chose dont on est responsable fournit une illustration de ces différences d'approche, dans la mesure où elle occupe une place importante dans le droit belge. Le droit français ne retient pas la notion de vice pour mobiliser la responsabilité du gardien, qui est reconnue du seul fait du risque pris par l'utilisation d'une chose.

796. Cette jurisprudence belge autour de la chose viciée est née en 1904. La Cour de cassation maintient, depuis lors, cette exigence pour parvenir à mobiliser la responsabilité du fait des choses. Dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 23 septembre 1971¹³²⁶, statuant sur des dommages causés par un accident automobile, le vice est défini comme étant « *une caractéristique anormale de la chose qui, en certaines circonstances, la rend susceptible de causer un préjudice* ». La Cour pointe l'importance d'une caractéristique de la chose, au détriment de sa mauvaise utilisation qui relève de la responsabilité personnelle régie par l'article 1382 (anc. C.civ.).

¹³²⁵ C.cass., 21 mars 2013, *Pas.*, 2013, p.744.

¹³²⁶ C.cass., 23 septembre 1971, *Pas.*, 1972, p.80.

3. La nouvelle approche du Code civil, l'article 6.17

797. L'article 6.17 est présent dans la proposition de loi de mars 2023¹³²⁷, déposée auprès de la chambre des représentants de Belgique et visant à modifier les règles du Code civil, concernant la responsabilité extracontractuelle. Cette proposition vient synthétiser les évolutions jurisprudentielles depuis 1804. Les commentaires de cette proposition rappelaient l'origine essentiellement prétorienne du droit de la responsabilité, qui « *ne se laisse saisir que par la lecture et la connaissance de l'abondante jurisprudence et de la littérature suscitées par ces articles peu nombreux* ». Afin d'éviter une instabilité juridique quant aux solutions qui peuvent être dégagées, le législateur a souhaité poser clairement les règles régissant le droit de la responsabilité civile. Des dispositions de l'ancien Code civil n'ont pas été reconduites (3.1), certaines définitions sont désormais plus claires (3.2) et la notion de garde de la chose, est désormais posée (3.3).

3.1 - Des dispositions de l'ancien Code civil abandonnées

798. La proposition de loi indique que l'ancien Code civil ne comporte que six articles « *pour régir l'ensemble du contentieux de la responsabilité extracontractuelle* ». Un des objectifs de la proposition de loi est de rendre la loi plus accessible et donc, plus facile à appréhender en supprimant les articles lorsqu'ils ont perdu leur intérêt. C'est en suivant cette orientation que le législateur propose la suppression de l'ancien article 1386¹³²⁸, relatif à la responsabilité du fait des bâtiments en ruine. Il considère que les dispositions de l'article 6.17 couvrent la responsabilité, liée aux dommages causés par les bâtiments et que cet ancien article est devenu inutile dans le droit belge. En effet, les dommages causés par la ruine des bâtiments, s'ils pouvaient être nombreux au 19^{ème} siècle, ne se rencontrent plus tellement aujourd'hui. Les incendies et les explosions sont davantage à l'origine des dommages aujourd'hui.

¹³²⁷ Parmi les explications de la proposition de loi, on peut noter que « *La présente proposition est le résultat des travaux de la Commission de réforme du droit de la responsabilité, en exécution des arrêtés ministériels du 30 septembre 2017 et du 12 juillet 2021. Après avoir élaboré en 2019 une première version du projet, la Commission poursuit ses travaux et remet la version finale de son projet en février 2023* ».

¹³²⁸ La présomption de responsabilité instituée par l'article 1386 du Code civil est irréfragable, c'est-à-dire qu'elle ne peut être renversée par la preuve contraire.

799. Par ailleurs, la suppression de l'article 1386 se révèle favorable aux victimes qui n'auront plus à prouver que la ruine d'un bâtiment est liée à un défaut d'entretien ou à un vice de construction du bâtiment. La jurisprudence de la Cour de cassation exclut également la possibilité pour la victime de fonder son action contre le gardien du bâtiment sur la base de l'article 1384 al 1^{er}. Dans un arrêt du 28 novembre 2016¹³²⁹, la Cour de cassation affirme que les deux articles ne peuvent être mobilisés simultanément par ces mots : « *Il s'ensuit que, dans le cas où le bâtiment est dans un état de ruine résultant du défaut d'entretien ou du vice de sa construction, l'article 1386 exclut l'application de la disposition plus générale de l'article 1384, alinéa 1^{er}* ».

3.2 - Une clarification des définitions

800. Le droit belge, contrairement au droit français exige que la chose soit viciée pour entraîner une responsabilité sur la base de l'article 6.17 du nouveau Code civil. La jurisprudence a été souvent interrogée sur les contours exacts de la notion de vice de la chose. La proposition de la nouvelle rédaction de l'article souhaite une définition simple basée sur l'idée de la sécurité inhérente à chaque chose. L'alinéa 4 dispose qu' « *une chose est affectée d'un vice lorsque, en raison d'une de ses caractéristiques, elle n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre dans les circonstances données* ». Le vice reste une notion indispensable et doit être entendue différemment de l'usage fautif ou du comportement anormal d'une chose. Il appartiendra à la personne victime de démontrer la relation causale entre le vice de la chose et le dommage. Cet article abandonne le critère de l'anormalité de la chose qui pouvait engendrer une forme d'insécurité juridique pour la victime. On évoquera désormais la notion de défaut d'une chose, ce qui rapproche la définition du vice de celle adoptée du fait des produits défectueux (art. 6.54 de la proposition de loi). Cette congruence des définitions permet de penser qu'il y aura peu de contestation, quant à la qualification de la chose.

3.3 - Le gardien d'une chose est responsable sans faute du dommage

801. La proposition de loi consacre deux alinéas de l'article 6.17 pour aborder la notion de garde de la chose. L'alinéa 2 dispose que « *le gardien d'une chose est responsable sans faute du dommage causé par un vice de cette chose* », et poursuit à l'alinéa 3 en apportant une

¹³²⁹ C.cass., R.G.C., 2016, C.150.521.F.

définition du « *gardien [qui] est la personne qui, pour son propre compte, dispose d'un pouvoir de direction et de contrôle sur la chose. Le propriétaire est présumé gardien de la chose, à moins qu'il ne prouve qu'une autre personne en exerce la garde* ». A la lecture de cette dernière disposition, on comprend que le propriétaire sera le plus souvent considéré comme étant le gardien de la chose. Pour conforter cette interprétation, on peut noter la mention « pour son propre compte », qui induit qu'un préposé ne peut être gardien. Dans le cadre d'un établissement, les salariés belges ne pourront être responsables des dommages causés par des choses. Ces dispositions rapprochent les droits français et belge.

802. En adoptant cette définition de la garde, les parlementaires inscrivent leur proposition dans la droite ligne d'une jurisprudence déjà ancienne. En effet, un arrêt du 24 janvier 1991¹³³⁰ posait clairement la définition de la garde à propos de dommages créés sur une rivière. La Cour précise que « *le gardien auquel l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil attribue la responsabilité des dommages causés par le vice d'une chose est celui qui use de cette chose pour son propre compte, en jouit ou la conserve avec pouvoir de surveillance et de direction* ». Le pouvoir sur la chose doit être complet pour acquérir la qualité de gardien. Dans le cas contraire, « *celui qui se voit confier, sous la direction du propriétaire de la chose, un usage limité de celle-ci n'en devient pas le gardien; que de même, celui qui se voit confier par le propriétaire ou le gardien certaines missions limitativement énumérées de réparation, d'amélioration ou d'entretien de certains aspects ou éléments de la chose, sans se voir confier un pouvoir général de direction et de surveillance ni une obligation générale d'entretien, ne devient pas le co-gardien de la chose* ».

III. La responsabilité pénale

803. Un salarié d'un établissement peut-il être responsable pénalement en raison des infractions commises dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail ? A cette question, le directeur d'établissement français ou belge apportera la même réponse. Contrairement aux règles de la responsabilité civile, le salarié belge ou français pourra voir sa responsabilité pénale engagée dans le cadre de son contrat. D'emblée, après avoir rassuré les salariés en affirmant des deux côtés de la frontière que le commettant est responsable civilement des dommages causés par le préposé, le directeur d'établissement se verra dans l'obligation de rappeler les

¹³³⁰ C.cass., 24 janvier 1991, arrêt n° F-19910124-12 (8802).

règles de la responsabilité pénale. En France comme en Belgique, les règles régissant la responsabilité pénale sont différentes de celles de la responsabilité civile. Le rappel de cette dichotomie oblige les directions à envisager des temps de formation, afin que les règles soient appréhendées à l'identique par tout le monde. Après avoir noté l'inapplication de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 (A), il est important de rappeler les conséquences des délégations de pouvoirs pour les salariés délégataires (B).

A. L'inapplication de la loi de 1978 relative à l'immunité civile

804. Nous avons déjà mentionné les dispositions de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 qui organise une forme d'immunité civile du préposé, sauf à considérer le dol ou la faute lourde. Cette immunité ne concerne que le volet civil, mais ne couvre pas les infractions pénales relevées dans le cadre de l'exécution du contrat de travail. Cette interprétation est rappelée par un arrêt de la Cour de cassation en date du 27 janvier 1998¹³³¹. En l'espèce, la Cour devait se prononcer sur la légalité d'une procédure pénale à l'encontre d'un salarié alors que l'employeur était désigné civilement responsable. Le salarié peut être appelé en responsabilité pénale car « *La limitation légale de la responsabilité d'un travailleur ne concerne que sa responsabilité civile, mais n'affecte pas sa responsabilité pénale* ». La Cour rappelle « *que l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ne concerne que la responsabilité civile et que, dès lors, le demandeur n'étant poursuivi et condamné qu'au pénal, il ne s'applique pas en l'espèce* ». La poursuite de l'employeur sur le plan civil n'empêche nullement celle du salarié sur le plan pénal, même si ce dernier avait agi pour le compte de l'employeur.

805. Il faut signaler que l'employeur reste civilement responsable des amendes infligées au salarié dans l'exercice de ses fonctions en raison d'infractions au code de la route. Même si de telles amendes peuvent être demandées indifféremment à l'employeur ou au salarié, c'est le plus souvent l'employeur vers lequel on se tournera en premier, charge à ce dernier d'en demander le remboursement par la suite au salarié¹³³². Une attention particulière doit être portée au paiement des amendes directement par l'employeur¹³³³, les tribunaux considérant alors que

¹³³¹ C.cass., 27 janvier 1998, *Pas.*, 1998, p.137.

¹³³² C. Trav. Liège, 23 mars 1988, *R.D.S.*, 1989, p.216.

¹³³³ Aux termes de l'article 67 de la loi relative à la police de la circulation routière du 16 mars 1968, « *les personnes civilement responsables, aux termes de l'article 1384 du Code civil, des dommages et intérêts et frais, le sont également de l'amende* ».

ces paiements s'assimilent à une forme de rémunération du salarié qui doit être soumis à cotisations sociales¹³³⁴.

B. Le code pénal social belge

806. Le code pénal social belge n'a pas d'équivalent en droit français. Ce code pénal social est relativement récent car il émane d'une loi publiée au Moniteur le 1^{er} juillet 2010, entrée en vigueur au plus tard le 1^{er} juillet 2011. Face à la multiplication des textes au travers de différents codes, le législateur a souhaité rassembler l'ensemble des dispositions pénales ou administratives touchant les infractions aux règles du droit du travail et celles de la sécurité sociale. Le législateur entendait mettre fin à un défaut de précision et de clarté, mais également un manque de cohérence et de proportionnalité. Cette démarche s'inscrit dans une logique de sécurité juridique pour l'ensemble des citoyens, les sanctions étant plus faciles à appréhender.

807. Le code pénal social entend répondre à quelques grands principes, parmi lesquels on peut citer, la diversification des sanctions et la graduation de celles-ci en termes de sévérité, la diminution du recours systématique à des procédures judiciaires, la décriminalisation de certains comportements et l'accentuation des actions préventives visant ainsi à améliorer l'application de la loi sociale et ainsi diminuer le recours systématique au système répressif. Le nouveau système mis en place en 2010, introduit quatre niveaux de sanctions correspondant à quatre échelons de gravité des fautes, et la généralisation du recours aux amendes pénales et administratives.

808. Le droit pénal social présente une particularité fondamentale par rapport à d'autres branches du droit, en ce qu'il recourt à une forme d'imputabilité légale de la faute. L'imputabilité légale se distingue de l'imputabilité judiciaire qui exige qu'un juge détermine la personne physique ou morale qui est l'auteur de l'infraction. Dans le cadre de l'imputabilité légale, le législateur a souhaité désigner une personne en particulier, susceptible d'être punie pénalement. Dans ce cas, le fait que la faute soit commise par une autre personne n'a pas d'importance. Si l'employeur a délégué la responsabilité de l'application de la loi sociale à un de ses collaborateurs, c'est ce dernier qui, en tant que « préposé » sera condamné pénalement. Il semble nécessaire de souligner l'importance des délégations de pouvoirs qui doivent être

¹³³⁴ C. Trav. Anvers, 16 septembre 2004, *Chron. D.S.*, 2005, p.304.

mis en place dans les établissements. Ces dernières doivent être correctement pensées et expliquées à l'ensemble des acteurs : c'est une des conditions de leur validité. Les directions ne doivent pas imaginer que la délégation n'est qu'une simple figure de style. Au contraire, établir des délégations dans un établissement, c'est expliquer l'organisation que l'on souhaite mettre en place, développer la manière dont on souhaite piloter la structure. De bonnes délégations, correctement exposées, justement accompagnées dans le temps, permettent de déplacer le risque pénal.

Chapitre 2 : Les délégations de pouvoirs en établissement, une clarification des responsabilités

809. Dans le travail sur l'effectivité entendue dans une visée ascendante d'appropriation du droit, nous avons souhaité accorder une place particulière aux délégations de pouvoirs pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la notion de délégation de pouvoirs n'est pas spécifique aux établissements médico-sociaux. D'une manière générale, elle embrasse donc toutes les organisations sans exclusivité, que l'on travaille pour une association ou pour une société, qu'elle se situe à Brest ou à Mons. Ensuite, c'est un travail prétorien qui a fixé le cadre juridique de la délégation. En France, c'est par un arrêt du 28 juin 1902 que la Chambre criminelle de la Cour de cassation¹³³⁵ a reconnu le mécanisme des délégations permettant au chef d'entreprise de confier à un salarié le soin de veiller au respect de la réglementation. En Belgique, le travail prétorien a validé la reconnaissance de la notion de délégation de pouvoirs par un arrêt du 11 janvier 1965¹³³⁶. Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer sur l'auteur d'une infraction routière, l'administrateur de la société souhaitant être déchargé de ses obligations légales. Enfin, l'étude des délégations a forcément une résonance organisationnelle. Elle permet de comprendre la manière dont les pouvoirs ont été répartis et la manière dont les dirigeants envisagent leur positionnement car une délégation impose de ne plus intervenir dans les domaines délégués.

810. Dans la plupart des établissements médico-sociaux, la délégation de pouvoirs est assez mal appréhendée et les responsabilités subséquentes sont souvent ignorées. La jurisprudence ne facilite pas le travail d'appropriation en déterminant la personne responsable à l'aune des capacités financières d'indemnisation des victimes. Une délégation pourra rapidement être mise en cause et rejetée, au détriment d'un dirigeant solvable ou de la personne morale. Entrer dans une zone de délégation, c'est découvrir l'incertitude des solutions juridiques en nous obligeant à réfléchir sur la bonne organisation et sur les domaines à déléguer.

811. Afin de clarifier les domaines de responsabilité, il est nécessaire de saisir justement les contours de la notion de délégation (**Section 1**). Dans un second temps, il est indispensable de poursuivre l'étude des conséquences de la délégation en terme de responsabilité (**Section 2**).

¹³³⁵ C.cass. crim., 28 juin 1902, Bull. crim., n° 237, p. 425.

¹³³⁶ C.cass., 11 janvier 1965, *Pas.1965 I*, p.458.

Section 1 : Les contours de la notion

812. Dans son ouvrage¹³³⁷ d'analyse des différentes organisations des structures d'entreprise, Le professeur H. MINTZBERG nous invite, dès les premières pages, à suivre les traces d'une responsable d'atelier de poterie. Il choisit d'évoquer le cas de « *Madame RAKU [qui] faisait de la poterie dans son atelier aménagé dans le sous-sol de sa maison [...] la coordination entre ses tâches ne présentait aucun problème : Madame RAKU faisait tout elle-même* »¹³³⁸. Dans un contexte de création d'entreprise le travail solitaire ne nécessite, bien sûr, aucune coordination, aucun questionnement quant à la répartition des tâches ou des responsabilités. Poursuivant son exemple, l'auteur constate que le développement de son activité de poterie pousse Madame RAKU à s'entourer de collaborateurs professionnels. Après l'embauche de six personnes, Madame RAKU « *comprit que la coordination entre sept personnes de son petit atelier ne pouvait plus être uniquement faite de façon informelle (Dans un groupe de sept personnes, si l'on prend les membres deux à deux, il y a vingt et une paires différentes, donc autant de canaux de communication)* ». Le développement continu de son organisation amène, par la suite, Madame RAKU à coordonner « *de son bureau situé au cinquante-cinquième étage de la Tour de la Poterie [...] les activités des divisions, analysant leurs performances chaque trimestre* »¹³³⁹.

813. Au travers cet exemple, le professeur H. MINTZBERG accompagne le lecteur vers un constat évident en terme d'organisation : « *toute activité humaine organisée, de la poterie à l'envoi des hommes sur la lune, doit répondre à deux exigences fondamentales et contradictoires, la division du travail entre les différentes tâches à accomplir et la coordination de ces tâches pour l'accomplissement du travail. La structure d'une organisation peut être définie simplement comme la somme totale des moyens employés pour diviser le travail entre tâches distinctes et pour ensuite assurer la coordination nécessaire entre ces tâches* ».

814. A première vue, il peut paraître étonnant de mobiliser les écrits du professeur H. MINTZBERG pour établir un parallèle avec des situations présentes également dans le champ médico-social. En effet, les établissements proposent assez rarement des activités de poterie, et leur projet n'est aucunement « *l'envoi des hommes sur la lune* ». Et pourtant, ces quelques

¹³³⁷ MINTZBERG H., *Structure et dynamique des organisations*, Eyrolles, Janvier 2010.

¹³³⁸ *Ibid.*, page 17.

¹³³⁹ *Ibid.*, page 18.

lignes rappellent une donnée fondamentale qui est trop souvent ignorée dans les établissements. Si l'on souhaite que l'effectivité des droits ne soit pas bloquée par un voile jeté sur les organisations, ces dernières doivent exposer clairement les règles qui gouvernent les délégations de pouvoirs et les responsabilités subséquentes. Loin d'une simple rhétorique, la délégation de pouvoirs impose une vraie réflexion sur les répartitions de pouvoirs au sein des établissements. Chaque direction doit être capable de déléguer en toute transparence et en toute tranquillité. L'effectivité des droits des personnes handicapées dans les établissements se développe au cœur d'une organisation claire, où chaque acteur appréhende correctement sa place et sa responsabilité.

815. Ces quelques lignes nous enseignent donc que le développement des structures mais également leur pérennité, nécessitent la mise en place d'organisations spécifiques permettant une visibilité des missions et des responsabilités de chaque acteur. L'exemple de la poterie doit évidemment être dépassé pour se concentrer sur les enseignements que l'on peut en tirer pour le champ du handicap. Un constat s'impose d'emblée, nombreux sont les établissements qui réfléchissent à des mutualisations de moyens matériels et humains, au développement des coopérations et des rapprochements. Les autorités de tarification favorisent la propagation de ces démarches collaboratives permettant de revisiter des offres de prestations territoriales à coûts constants. On peut donc constater que certains établissements se rapprochent afin d'apporter une meilleure réponse aux besoins exprimés par les personnes qu'ils accompagnent. De simples conventions de partenariats, des mutualisations de postes ou des fusions de structures, poussent les directions à s'interroger sur les modifications d'organisation et de management, mais également sur le système de délégation de pouvoirs qu'il faut proposer afin que l'ensemble reste cohérent et efficient. Il s'agit alors pour elles, d'apporter des réponses adéquates aux questions de proximité et de clarifier le circuit des pouvoirs et des responsabilités dans les établissements.

816. Simple en apparence, ce travail exige de la pédagogie et de la communication en direction des acteurs (salariés, pouvoirs publics, parents et familles, autres établissements). Sur cette question des délégations, comme pour nombre de domaines dans le champ médico-social, les frontières ne sont jamais totalement claires et les définitions souvent mal interprétées. Le flou entretenu sur les questions de délégation peut bloquer un développement des droits des personnes handicapées en établissement, chaque acteur souhaitant connaître exactement les contours de sa responsabilité avant de penser les contours de l'accompagnement. Dans les faits,

la rédaction des délégations de pouvoirs au sein des ESSMS répond fréquemment à une rhétorique construite autour de trois axes principaux, celui de la compétence, de l'autorité et des moyens des délégataires. Le droit des délégations est avant tout d'origine jurisprudentielle et l'examen des arrêts de la Cour de Cassation démontre que ces seuls critères ne suffisent pas systématiquement à valider juridiquement la délégation. Mal appréhendé, l'acte de délégation au lieu de clarifier les responsabilités au sein des ESSMS, peut alors devenir un véritable piège juridique qui brouille l'architecture globale et ne facilite pas l'effectivité des droits. Nombre d'organisations peuvent reposer sur des délégations de pouvoirs qui ne résisteraient pas à l'analyse des services d'inspection du travail ou du parquet en cas d'infractions au droit du travail. Cette instabilité juridique est accentuée par le développement d'une jurisprudence évolutive.

817. La notion de délégation de pouvoirs nécessite donc un travail préalable de définition **(I)**, permettant d'opérer une distinction avec des obligations proches **(II)**. Une analyse complémentaire de la jurisprudence permet d'éclairer plus avant l'environnement de la notion de délégation **(III)**.

I. Un effort nécessaire de définition des notions voisines

818. A l'instar de ce que l'on a relevé concernant les questions de responsabilité civile et pénale, la notion de délégation nécessite un travail de définition. La délégation de signature impose également que l'on se pose pour justement la définir **(A)** et la différencier des notions sœurs, telles que le mandat **(B)**, la subdélégation **(C)** ou la co-délégation **(D)**.

A. La délégation de signature

819. La lecture du dictionnaire de « Vocabulaire juridique»¹³⁴⁰ nous fournit une définition de la délégation de signature, comme étant « *celle qui, investissant personnellement un délégataire, n'entraîne pas dessaisissement du délégant (ce dernier pouvant continuer à prendre lui-même les décisions dans les matières objet de la délégation)*. A l'exception des situations dans lesquelles, le délégataire ne respecte pas sa délégation, la délégation de

¹³⁴⁰ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.*, p. 312.

signature n'emporte aucun transfert de responsabilité. Le délégataire signe « à la place de », mais ne peut décider seul de « signer ou de ne pas signer ».

820. Par ailleurs, la délégation de signature peut être effective sans qu'il y ait obligatoirement un lien hiérarchique entre les deux signataires de l'acte. Néanmoins, la délégation de signature demeure un acte intuitu personae, ce qui signifie que la cessation des fonctions du délégant met automatiquement fin à la délégation de signature.

B. Le mandat

821. Le Code civil aborde la notion de mandat au travers de son titre 13 et des articles 1984 à 2010. L'article 1984 indique notamment que « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* ». Afin de s'assurer de la réalité des pouvoirs mis en avant par le mandataire, les tiers en s'appuyant sur l'article 1158 du Code civil, peuvent demander une confirmation écrite du périmètre du mandat dans un délai raisonnable¹³⁴¹. Le mandant peut être une personne physique ou une personne morale qui restera seul engagé, tant au niveau civil que pénal, par les actes du mandataire¹³⁴². C'est le sens constant du Code civil¹³⁴³ et de la jurisprudence dans la mesure où le mandataire n'a pas outrepassé ses pouvoirs.

822. Les exemples sont nombreux et concernent différents espaces. Concernant le domaine financier, par exemple, l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 16 janvier 2007 rejette le pourvoi formé contre une décision de la Cour d'appel de Versailles du 12 mai 2005. En l'espèce Monsieur G. s'était porté caution solidaire, en 1994, d'une société

¹³⁴¹ Code civil, Article 1158 qui crée une action interrogatoire en stipulant « *Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte* ».

¹³⁴² C.cass.com 16-01-2007 n°05-16.927 FS-PB.

¹³⁴³ Code civil, Article 1154 : « *Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté. Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant* ».

au profit de la banque BRO. A la suite d'une liquidation judiciaire, l'établissement de crédit demande le remboursement des comptes débiteurs à Monsieur G. Ce dernier conteste cette demande au motif que la déclaration de créance n'aurait pas été établie par une personne dûment habilitée. La Cour de cassation rejette le pourvoi en validant la délégation de signature et en confirmant que celle-ci engage le mandant et non le mandataire.

823. On peut citer d'autres exemples concernant le domaine commercial et celui de la navigation maritime qui affirme, dans un arrêt de la Cour de cassation du 21 mars 1995, que « *Le gérant d'un navire étant un mandataire qui agit au nom et pour le compte du propriétaire, il n'est pas tenu envers les tiers au contrat de mandat des obligations souscrites dans l'exécution de celui-ci* ». Enfin, on constate de plus en plus le recours à cette technique du mandat lorsque des organisations envisagent un rapprochement par le truchement d'une fusion. Le champ médicosocial fournit nombre d'exemples de personnes morales qui fusionnent, afin de réaliser des économies d'échelle et de pouvoir mieux répondre aux exigences des collectivités. Il est en effet fréquent que les organismes gestionnaires signent un mandat de gestion, permettant la préparation du processus de rapprochement. Les parties négocient librement le contenu du mandat qui peut recouvrir différents domaines, telles que la gestion des ressources humaines, la gestion financière et budgétaire, la représentation ou les relations avec les instances représentatives du personnel (CSE) auprès desquelles il sera nécessaire de présenter le périmètre du mandat. Le mandataire rend compte au mandant de la bonne exécution du mandat. Il est responsable, vis-à-vis du mandant, de la bonne exécution des obligations découlant du contrat.

C. La subdélégation ou délégation « en cascade »

824. Le procédé de la subdélégation, validé par la Cour de cassation¹³⁴⁴ à plusieurs reprises¹³⁴⁵, suit la même logique que la délégation elle-même. Elle s'inscrit dans une dimension de division du travail et des responsabilités, afin de rapprocher les centres de décisions et de contrôle des établissements ou des services. Au regard de l'organisation actuelle des établissements, la subdélégation trouve sa juste place dans la mesure où un directeur d'établissement ne peut et ne doit pas tout superviser seul. Les directeurs adjoints, les chefs de service ou, plus récemment les coordonnateurs, sont autant de collaborateurs qui doivent disposer d'une subdélégation de la direction d'établissement. En fonction de l'organisation adoptée dans les établissements, on pourra donc créer une véritable chaîne de délégation, solution validée par la jurisprudence de la Cour de cassation.

825. Dans les faits si l'on considère l'organisation d'une structure associative, le président d'une association gestionnaire d'établissements pourra accorder, par exemple, une délégation au directeur général qui pourra subdéléguer aux directeurs d'établissements. Ces derniers pourront, à leur tour, subdéléguer aux chefs de services ou aux coordonnateurs. Ces constructions juridiques doivent évidemment refléter l'organisation et ne doivent pas conduire à ce qu'un maillon de la chaîne ne se dessaisisse de l'ensemble de ses responsabilités. Concrètement, si le directeur général reçoit une délégation sur cinq secteurs il ne pourra en déléguer que quatre au directeur qui ne pourra, à son tour, n'en déléguer que trois au chef de service et ainsi de suite. La construction juridique des subdélégations ne doit pas mener à une irresponsabilité totale du délégant immédiatement supérieur. La subdélégation peut se mettre en place sans autorisation préalable du supérieur hiérarchique. Tel est le sens du revirement de

¹³⁴⁴ C.cass.crim.8 février 1983 – n° 82-92.364 – Premier arrêt qui admet la validité des subdélégations en mentionnant qu'« Aucune règle de droit ne s'oppose à ce qu'un chef d'entreprise qui délègue ses pouvoirs à une personne pleinement qualifiée, en l'occurrence, le directeur général d'une société commerciale, autorise ce dernier à subdéléguer, sous sa responsabilité, tout ou partie des pouvoirs qui lui sont dévolus. Dès lors ne justifie pas sa décision et doit être cassé l'arrêt qui, après avoir relevé que le délégataire avait confié ses pouvoirs avec la même faculté de subdélégation à un préposé qui avait à son tour subdélégué les pouvoirs dont il était investi, retient la faute personnelle du chef d'entreprise au motif que par le jeu des subdélégations qu'elle autorisait, la délégation aboutissait à une totale confusion sur le point de savoir qui devait répondre des infractions poursuivies alors qu'il résulte des constatations des juges du fond que le prévenu avait effectivement délégué ses pouvoirs au directeur général et que seul ce dernier avait été autorisé à subdéléguer ces mêmes pouvoirs ».

¹³⁴⁵ C.cass.crim. 14 février 1991 – n° 90-80.122, pour la reconnaissance de la validité du principe des subdélégations.

jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation¹³⁴⁶ qui précise à la suite d'un accident du travail que les subdélégations de pouvoirs sont valides « [...] Dès lors que celles-ci sont régulièrement consenties et que les subdélégataires sont pourvus de la compétence, de l'autorité et des moyens propres à l'accomplissement de leur mission ».

826. Pour être considérée comme valide et pour éviter la construction de systèmes de dilution de responsabilité, la subdélégation doit donc respecter les mêmes règles que celles applicables à la délégation elle-même. Les juridictions s'attachent à vérifier l'effectivité de la rhétorique de « la compétence, de l'autorité et des moyens », ainsi que la communication qui est organisée autour des subdélégations. C'est ce que souligne la chambre criminelle de la Cour de cassation¹³⁴⁷ dans son arrêt du 28 janvier 1997. La Cour indique que « Pour écarter le moyen de défense du prévenu tiré d'une prétendue subdélégation de pouvoirs consentie à Philippe Z [...], chef d'équipe, que celui-ci n'était ni formellement informé, ni investi de l'autorité nécessaire vis à vis de ses subordonnés pour faire respecter la réglementation relative à la sécurité; attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que le prévenu, qui n'avait pas valablement délégué ses pouvoirs, a commis une faute en s'abstenant de prévoir une protection collective adéquate ».

827. Il est important de s'intéresser au critère des moyens exigés par la jurisprudence. En effet, la plupart des établissements fonctionnent par le truchement de financements publics versés par les Conseils départementaux ou par les Agences régionales de santé, sous forme de prix de journée ou de dotation globale. Les actions qui peuvent être envisagées doivent être contenues dans un strict cadre budgétaire. Les dépassements, s'ils ne sont pas justifiés, peuvent être « rejetés » par les autorités de tarification et donc portés directement à la charge des organismes gestionnaires. Il appartient donc à chaque direction d'observer scrupuleusement sa consommation budgétaire. Ce faisant, les règles d'engagements financiers obéissent parfois à des circuits financiers qui ne sont pas toujours synchrones avec les subdélégations consenties. Cette dissonance peut invalider les subdélégations dans la mesure où le subdélégataire n'aurait pas le pouvoir d'engager des fonds pour prévenir un risque sans une autorisation préalable de son supérieur hiérarchique. Les circuits de décisions financières doivent donc être congruents

¹³⁴⁶ C.cass.crim – 30 octobre 1996 – n°94-83.650.

¹³⁴⁷ C.cass.crim. 28-01-1997 n° 95-85.895.

avec les circuits de responsabilité. En 2006, la chambre criminelle de la Cour de cassation¹³⁴⁸ confirme cette position en mentionnant dans un arrêt « *Que, toutefois, comme l'a relevé le tribunal, la subdélégation donnée à Antoine A. ... n'était pas pleine et entière et ne répondait pas aux conditions d'une véritable délégation, puisque celui-ci ne disposait pas des moyens financiers pour assurer le respect des règles de sécurité et qu'il devait en référer à Michel X. ... pour l'obtention de moyens supplémentaires lorsque la nécessité s'en faisait sentir* ».

828. Enfin même si elle n'est soumise à aucune condition de forme, il est conseillé que la subdélégation, à l'instar de la délégation de pouvoirs, puisse s'appuyer sur un écrit. En effet à de nombreuses reprises, la Cour de cassation a invalidé des subdélégations accordées par un directeur, au motif que leur forme ne permettait pas de considérer que l'organisation de la sécurité avait été subdéléguée¹³⁴⁹. Dans le même sens, une simple note de service rédigée pour prévoir une organisation pendant une période de congés ne peut être assimilée à une subdélégation¹³⁵⁰. Cette jurisprudence mérite une attention particulière, car elle nous rappelle que la responsabilité des directions d'établissement « ne prend pas cinq semaines de congés payés ». Il est donc nécessaire de penser l'organisation des services et des responsabilités pendant les périodes d'absence prolongées. Il est indispensable que ces règles soient connues de tous les acteurs, afin qu'ils soient rassurés quant à leurs actions.

D. La co-délégation ou délégations multiples

829. La co-délégation ou les délégations multiples interrogent profondément les organisations dans le champ médico-social, dans la mesure où les conditions de validité juridique de ces actes exigent un découpage clair et précis des tâches et des secteurs dans les établissements. Cette division horizontale des pouvoirs est nécessaire, si l'on veut éviter que plusieurs personnes ne soient délégataires des mêmes pouvoirs sur un champ identique. C'est le sens d'une jurisprudence ancienne de la chambre criminelle de la Cour de cassation, à propos d'un accident de travail dans une entreprise¹³⁵¹. Afin de s'exonérer de sa responsabilité pénale, le chef d'entreprise invoquait la signature de deux délégations, la première à un technicien de chantier et la seconde au chef de chantier. La Cour de cassation, après avoir souligné « *que les*

¹³⁴⁸ C.cass.crim. 17-01-2006 n°05-81.254.

¹³⁴⁹ C.cass.crim. 28 février 1995 – n° 94-82.577.

¹³⁵⁰ C.cass.crim 17 juin 1997 – n° 95-83.010, Bull Crim. N° 237.

¹³⁵¹ C.cass.crim. 6-6-1989 n° 88-82.266.

deux délégations versées au débat sont rédigées en termes identiques », insiste sur le fait que sa jurisprudence constante « ne prévoit pas la possibilité de délégations multiples, mais exige qu'une délégation de responsabilité soit dévolue à une seule personne ». En toute hypothèse, « les cumuls de délégations sont licites à la condition qu'ils ne soient ni de nature à restreindre l'autorité des délégataires, ni à entraver les initiatives de chacun »¹³⁵². Il est également important de souligner que la co-délégation ou les délégations multiples doivent, en outre, respecter les mêmes règles de validation que les délégations simples.

830. Il paraît important de se questionner sur l'application de ces jurisprudences à la lumière des organisations qui sont mises en avant dans le secteur médico-social. En effet, nombre d'établissements sont appelés à se rapprocher, à envisager des actions communes, à mutualiser leurs moyens matériels et humains. Ce faisant, il est recherché une meilleure efficacité des accompagnements à coût moindre. Cet objectif d'efficience peut générer des confusions quant à la gestion des risques au sein des établissements. Les délégataires ont tendance à se multiplier et, d'une manière subséquente, les frontières de leurs actions à se confondre. Dans la continuité des jurisprudences citées plus haut, lorsque les champs d'interventions se croisent, les délégations sont invalides. En matière de responsabilité, les délégants demeurent alors pleinement responsables tant au niveau pénal qu'au niveau civil des conséquences des infractions commises.

831. Avant de mettre en place un schéma de délégation dans un établissement, il est fondamental de prendre du temps pour que les acteurs en appréhendent complètement les contours juridiques. Conscient des limites de ce qu'il est autorisé à entreprendre, le salarié pourra accompagner plus sereinement les droits des personnes handicapées afin de garantir leur effectivité. C'est au prix de cette transparence et de cette acculturation que l'établissement deviendra une institution juste au sens de Paul Ricœur¹³⁵³.

¹³⁵²C.cass.crim. 26-6-1990 n°89-81.022, qui confirme cette position en indiquant que « le chef d'entreprise ne saurait s'exonérer de sa responsabilité pénale en invoquant un cumul de délégations de nature à restreindre l'autorité et l'initiative de chacun des prétendus délégataires ». Egalement, C.cass.crim. 23-11-2004 n° 04-81.601 F-PF et C.cass.crim. 12-12-2006 n° 05-87.125 F-D.

¹³⁵³ RICOEUR P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Éditions du Seuil, Points no 330, 2015.

II. Le document unique de délégation, document différent et obligatoire

832. Apparemment simple, la notion de la délégation de pouvoirs mérite que les directions d'établissement y consacrent du temps avant de la saisir complètement. Le document unique de délégation est l'exemple d'une erreur d'interprétation que l'on peut commettre lorsqu'on n'a pas pris le temps de comprendre la portée réelle du document. La loi (A) ainsi que les règlements (B) et les circulaires (C) fournissent une vision exhaustive du document unique de délégation, et exigent un temps pédagogique (D).

A. Le cadre législatif

833. Comme nous l'avons déjà souligné, la loi 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale¹³⁵⁴, s'est centrée avant tout sur l'organisation de l'action sociale et médico-sociale. En effet, il est intéressant de relever que seuls quelques articles abordent directement le droit des usagers, six étant consacrés aux fondements de l'action sociale et soixante-quatorze à l'organisation du secteur. Aucun article n'aborde directement le sujet du document unique de délégation, renvoyant à la rédaction d'un décret.

834. A partir de 2002, de nombreuses réflexions collectives ont été menées avec les branches professionnelles pour aboutir à la publication d'un décret cinq ans après la loi 2002-2.

B. Le cadre réglementaire : le décret n°2007-221 du 19 février 2007¹³⁵⁵

835. L'article premier du décret ajoute une sous-section trois à la partie réglementaire¹³⁵⁶ concernant l'obligation pour les personnes physiques ou morales, gestionnaires d'établissements, de rédiger un document unique récapitulant les missions confiées par délégation au directeur. Le décret précise, par ailleurs, les domaines et l'étendue des pouvoirs délégués. Il s'agit des domaines ayant trait à la conduite de la définition et de la mise en œuvre

¹³⁵⁴ Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002, JORF du 3 janvier 2002, page 124.

¹³⁵⁵ Décret n° 2007-221 du 19 février 2007 pris en application du II de l'article L 312-1 du code de l'action sociale et des familles relatif aux modalités de délégation et au niveau de qualification des professionnels chargés de la direction d'un ou plusieurs établissements ou services sociaux ou médico-sociaux, JORF n°44 du 21 février 2007 page 3081.

¹³⁵⁶ Décret n° 2007-221, Article D.312-176-5.

du projet d'établissement ou de service, de la gestion et animation des ressources humaines, de la gestion budgétaire, financière et comptable en application des articles R. 314-9 à R. 314-55 du CASF et de la coordination avec les institutions et intervenants extérieurs.

836. Les autres articles du décret abordent les questions des diplômes nécessaires pour occuper un poste de directeur. Comme indiqué ci-dessus, la problématique des qualifications a exigé l'examen de nombreux cas de figure, ainsi que de nombreux report de dates pour l'obtention d'un diplôme de niveau un. Par ailleurs, il faut noter que l'absence de qualification idoine pour le directeur permet aux autorités de tarification de refuser la prise en charge des appointements¹³⁵⁷.

837. Poursuivant un objectif de transparence des organisations et des responsabilités entre les acteurs, le décret rend obligatoire la communication du document unique de délégation aux *« autorités publiques qui ont délivré l'autorisation du ou des établissements ou services concernés, ainsi que le conseil de la vie sociale visé à l'article L 311-6 du CASF »*¹³⁵⁸. La production d'un document unique n'impacte pas qu'une seule catégorie d'établissement. A titre d'exemple, un décret du 20 février 2007¹³⁵⁹ fixe des obligations similaires pour les établissements intervenant dans le champ de la petite enfance. Le défaut de délégation permet aux financeurs de refuser la prise en charge des frais de siège. C'est le sens de l'article R 314-88, alinéa sept du CASF, lequel dispose, *« L'autorisation est en outre subordonnée à l'existence de délégations de pouvoirs précises entre les administrateurs de l'organisme gestionnaire, les membres de sa direction générale et les agents de direction des établissements et services. Ces règles de délégation doivent être formalisées dans un document unique »*.

¹³⁵⁷ CASF, Article D.312-176-12 : *« En cas de non-respect des dispositions prévues aux article D.312-176-5 à D.312-176-10, les dépenses afférentes aux rémunérations et avantages en nature de la personne chargée de la direction d'un établissement ou service social ou médico-social sans en réunir les conditions de qualification, peuvent être déclarées non opposables aux autorités de tarification »*.

¹³⁵⁸ CASF, Article L.311-6 : *« Afin d'associer les personnes bénéficiaires des prestations au fonctionnement de l'établissement ou du service, il est institué soit un conseil de la vie sociale, soit d'autres formes de participation. Les catégories d'établissements ou de services qui doivent mettre en œuvre obligatoirement le conseil de la vie sociale sont précisées par décret. Le présent article s'applique également aux établissements et services assurant l'accueil, l'évaluation, le soutien, l'hébergement et l'accompagnement des personnes ou familles mentionnées au premier alinéa de l'article L. 345-2-4 et ne relevant pas du régime du 8° du I de l'article L. 312-1. Le décret précise également, d'une part, la composition et les compétences de ce conseil et, d'autre part, les autres formes de participation possibles »*.

¹³⁵⁹ Décret n° 2007-230 du 20 février 2007 relatif aux établissements et services d'accueil des enfants de moins de six ans et modifiant le code de la santé publique.

C. La circulaire du 30 avril 2007¹³⁶⁰

838. En appui du décret ci-dessus, la circulaire vient compléter le sens des mots utilisés et rappelle que « *Le terme « délégation » s'entend ici au sens large, indépendamment de la formalisation juridique de la délégation de pouvoirs* ». Le document unique de délégation ne doit donc pas être assimilé aux délégations que les organisations peuvent être amenées à mettre en place. Le document unique n'est donc pas un document contractuel entre la structure médico-sociale et le directeur salarié. A ce titre d'ailleurs, il ne doit pas être signé par le directeur, il ne crée pas de droits supplémentaires et n'opère aucun transfert de responsabilité pénale.

839. L'objectif de ce document est de décrire de manière la plus exhaustive, l'organisation et les pouvoirs de chaque acteur. Il doit donc partir du « haut de la pyramide », conseil d'administration et bureau dans les associations, pour descendre jusqu'au directeur d'établissement. Et la circulaire de poursuivre « *Cette disposition est fondamentale puisque c'est sur cette base que l'obligation de qualification va pouvoir être réellement constatée. Elle suppose la transparence de l'organisation de la personne morale gestionnaire et de la direction de l'établissement ou du service, s'agissant des délégations données au professionnel appelé à exercer la fonction de direction. La personne morale, qu'il s'agisse du propriétaire de son entreprise, d'une association ou d'un siège social, garde toutefois l'entière liberté d'en déterminer le contenu et les limites* ». L'objectif de la circulaire est avant tout d'accompagner la progression de formation des directeurs d'établissements. Le document unique de délégation vient en appui de cet objectif, en poussant les établissements à jouer la carte de la transparence des organisations et des délégations. Ce faisant, les structures sont invitées à faire un effort de formation.

D. Une pédagogie nécessaire

840. Face à cette réglementation, un effort pédagogique est nécessaire afin que les organisations ne confondent pas « délégations de pouvoirs » et « document unique de délégation ». On peut d'ores et déjà affirmer que la sémantique convoquée n'est pas un vecteur facilitant l'appréhension de ces notions juridiques vraiment différentes. D'autant plus que le

¹³⁶⁰ Circulaire n° DGAS/ATTS/4D/2007/179 du 30 avril 2007 relative à la qualification des professionnels chargés de la direction d'établissements ou services médico-sociaux (NOR : SANA0730364C).

secteur du médico-social, à l'instar de nombre d'autres secteurs, doit tenir à jour un autre document unique¹³⁶¹, celui de l'évaluation des risques professionnels (DUERP). L'article R 4121-1 du code du travail rappelle que « *L'employeur transcrit et met à jour dans un document unique les résultats de l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs à laquelle il procède en application de l'article L. 4121-3. Cette évaluation comporte un inventaire des risques identifiés dans chaque unité de travail de l'entreprise ou de l'établissement* ».

841. Cette prolifération de « *documents uniques* » entraîne parfois des confusions. D'autant plus que les échanges se nourrissent parfois que du terme « document unique », sans plus de précisions quant à la qualification de celui-ci. S'agit-il de celui évoqué dans le code du travail ou dans celui de l'action sociale, la réponse est souvent difficile à obtenir. Le législateur a souhaité que le travail de rédaction du document unique de délégation devienne l'occasion, pour les structures, d'exposer leur organisation ainsi que la répartition des pouvoirs. Au-delà de la rhétorique, cet exercice permet de s'assurer que la chaîne des délégations mise en place est bien effective. C'est le moment privilégié qui doit être saisi pour vérifier si le Président d'une association a correctement délégué une partie de ses pouvoirs au directeur général, et ainsi de suite jusqu'au chef de service ou au coordonnateur. Lorsque cette étape est négligée et que la chaîne de délégation se brise, l'analyse de la jurisprudence atteste que le directeur laisse quelques fois sa place à la barre du tribunal correctionnel à des administrateurs d'association qui n'ont pas correctement sécurisé les premières délégations. Ces mises en cause suivent la même tendance que celle visant à rechercher le plus souvent possible la responsabilité pénale de la personne morale afin de garantir l'indemnisation des victimes.

¹³⁶¹ DUERP, Code travail, Article L4121-3, « *L'employeur, compte tenu de la nature des activités de l'établissement, évalue les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, y compris dans le choix des procédés de fabrication, des équipements de travail, des substances ou préparations chimiques, dans l'aménagement ou le réaménagement des lieux de travail ou des installations et dans la définition des postes de travail. Cette évaluation des risques tient compte de l'impact différencié de l'exposition au risque en fonction du sexe.*

A la suite de cette évaluation, l'employeur met en œuvre les actions de prévention ainsi que les méthodes de travail et de production garantissant un meilleur niveau de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Il intègre ces actions et ces méthodes dans l'ensemble des activités de l'établissement et à tous les niveaux de l'encadrement.

Lorsque les documents prévus par les dispositions réglementaires prises pour l'application du présent article doivent faire l'objet d'une mise à jour, celle-ci peut être moins fréquente dans les entreprises de moins de onze salariés, sous réserve que soit garanti un niveau équivalent de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat après avis des organisations professionnelles concernées ».

III. La jurisprudence autour des délégations de pouvoirs

842. La notion de délégation est présente dans plusieurs codes. Le Code civil¹³⁶² l'aborde au travers de l'article 1336. Au niveau du droit administratif, c'est l'article 1411-1 du code général des collectivités territoriales qui est mis en avant pour traiter la question des délégations de service public. Malgré ces différentes mentions, on peut affirmer que l'acte juridique de délégation s'est nourri d'une construction jurisprudentielle. En France, la première décision de reconnaissance émane de la chambre criminelle de la Cour de cassation en 1902¹³⁶³ dans les termes suivants «[...] *La loi ne peut s'entendre que comme faisant peser la responsabilité pénale de chaque infraction aux mesures qu'elle prescrit sur le chef immédiat et effectif du service où elle s'est produite ; d'où il suit que si le chef d'industrie doit, à ce titre, être tenu pour pénalement responsable, comme étant l'auteur des contraventions commises dans les parties de l'entreprise qu'il administre directement, la responsabilité pénale de celles qui se produisent dans ceux de ses services dont il a délégué la direction pèse au même titre sur le directeur, gérant ou préposé qui l'y représente comme chef immédiat, avec la compétence et l'autorité nécessaires pour y veiller efficacement à l'observation des lois* ».

843. Depuis ce premier arrêt, les décisions de la haute juridiction se sont succédées en affichant une grande constance quant à la validité des délégations. A titre d'exemple, on peut citer un autre arrêt de la même chambre rendu plus de soixante ans après¹³⁶⁴, qui reprend à peu de choses près, les mêmes termes : « *Le chef d'entreprise ne peut être exonéré de sa responsabilité que s'il démontre que l'infraction a été commise dans un service dont il a confié la direction et la surveillance à un préposé désigné par lui et pourvu de la compétence ainsi que de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur* ».

844. L'examen de la jurisprudence nous indique que la délégation de pouvoirs, limitée aux domaines de l'hygiène et de la sécurité des travailleurs, a irrigué nombre d'autres domaines afin de prévenir les risques. D'une part, cet outil juridique doit permettre d'assurer la sécurité des

¹³⁶² Code civil, Article 1336 : « *La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur. Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire* ».

¹³⁶³ C.cass.crim., 28 juin 1902, Bull.crim., n° 237, p 425.

¹³⁶⁴ C.cass.crim., 13 novembre 1968, n° 68-92.659, Bull.crim., n° 297 p 717.

personnes accueillies en établissement médico-social en reconnaissant la compétence et la place des responsables de proximité, capables de prendre les bonnes décisions le plus rapidement possible. D'autre part, la jurisprudence a évolué au fil des années, affinant les conditions de validité des délégations ainsi que leurs effets à l'égard de toutes les personnes physiques ou morales. Son analyse nous indique que la validité d'une délégation est appréciée de plus en plus strictement par les tribunaux et la signature d'une délégation, même parfaitement rédigée, n'est pas une garantie absolue de sécurité juridique.

845. Pour conforter leur organisation et sécuriser le parcours des personnes accueillies dans les établissements, les directeurs après être devenus délégataires de pouvoirs, deviendront à leur tour délégataires subdéléguants, répartissant leurs pouvoirs auprès des directeurs adjoints ou des chef (fes) de services. Cette construction juridique repose parfois sur des bases instables, qui sont interrogées par les autorités en charge des enquêtes préliminaires ou par les juges lors du traitement des affaires devant les tribunaux. L'étude de la jurisprudence nous rappelle qu'il ne suffit pas que l'acte de délégation mentionne le fait que le délégataire dispose de la compétence, de l'autorité et des moyens pour qu'il soit validé par les juges. Lors des enquêtes ou du démarrage des procédures judiciaires, il est fréquent que le délégataire soit incapable de décrire justement le périmètre de sa délégation. Cette difficulté d'explication peut être due à un manque d'informations des délégations, mais peut également être le fruit d'une stratégie du délégataire qui tente de faire invalider l'acte par les juges. Les directeurs d'établissements médico-sociaux doivent donc anticiper ces risques qui peuvent avoir pour effet de leur faire directement porter la responsabilité des dommages. Ils doivent se rappeler que « *Le dirigeant qui s'est abstenu de désigner une personne chargée de veiller au respect des règles de sécurité, a contribué à créer la situation dommageable [...] et a commis une faute caractérisée* ».

846. A ce stade, il semble nécessaire d'évoquer les conditions nécessaires pour assurer la validité des délégations du point de vue du délégant (A), du délégataire (B) et de la délégation elle-même (C). Les délégués journaliers en Belgique proposent une organisation différente (D).

A. Les conditions de validité tenant au délégant

847. L'acte juridique de délégation de pouvoirs doit, pour être valide, obéir à des conditions cumulatives de fond et de forme. Les juges du fond apprécient souverainement ces conditions

pour valider la réalité de l'acte¹³⁶⁵. Dans tous les cas, la taille de l'organisation doit justifier la mise en place d'un système de délégation. Les tribunaux s'attachent notamment aux critères des effectifs, de la masse salariale ou de l'éloignement pour examiner les actes. C'est le sens de la décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation¹³⁶⁶ qui s'est prononcée à l'occasion d'un litige entre la Société française des Nouvelles Galeries et un de ses fournisseurs à propos de la reproduction d'une création artistique sans autorisation de ce dernier. Selon les termes utilisés, « *La cour [...] retient que n'ayant pas, en raison de l'importance de la société, la possibilité de gérer personnellement tous les secteurs d'activité commerciale de celle-ci, il avait consenti une délégation de pouvoirs au directeur responsable du secteur commercial de l'habillement, « personne compétente, investie de l'autorité nécessaire ».* Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a justifié sa décision ».

848. Dans les associations, une attention particulière devra être portée aux pouvoirs donnés au président par les statuts. En effet, toute la chaîne de délégation peut être contestée dans le cas où le président ne respecte pas le périmètre qu'il a lui-même reçu. Dans ce cas de figure, les administrateurs peuvent voir leur responsabilité engagée du fait de la contestation de la délégation du président au directeur de l'association. Pour garantir le processus juridique, il est nécessaire de porter une attention particulière à la lecture des statuts.

B. Les conditions de validité tenant au délégataire

849. Pour être délégataire, il est nécessaire d'avoir un lien hiérarchique avec le délégant. Cette obligation interdit donc toute forme de délégation entre deux personnes travaillant dans deux sociétés différentes. Cette limite concerne les domaines pris en charge par des prestataires extérieurs, mais également l'ensemble des coopérations que les établissements sont invités à développer avec d'autres partenaires.

850. Les conditions concernant le délégataire présentent l'avantage d'être connues de tous. Elles figurent dans tous les actes signés par les parties qui considèrent que la seule évocation des trois critères de compétence, d'autorité et de moyens suffit à valider la délégation. Pour les mêmes raisons, cette rhétorique est source d'insécurité juridique. En effet, lorsqu'une procédure

¹³⁶⁵ C.cass.crim., 8 avril 2008, n°07-80.535.

¹³⁶⁶ C.cass.crim., 11 mars 1993, n° 90-84.931.

débute, il ne suffit pas d'affirmer que l'on détient une compétence pour que celle-ci soit effectivement reconnue. En effet, le délégataire doit maîtriser les aspects techniques mais également juridiques des domaines dont il a la responsabilité. Cette condition est examinée par les juges du fond qui analysent un faisceau d'indices autour de la qualification professionnelle, de l'ancienneté, de l'expérience professionnelle ou encore de l'âge du délégataire. C'est le sens de la décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 25 juillet 1991¹³⁶⁷ qui dispose que les juges du fond « retiennent que [...] la preuve d'une délégation de pouvoirs n'est pas rapportée, dès lors qu'il n'est pas établi que le susnommé ait disposé de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'exécution de ces fonctions, et qu'il apparaît que ce chargé d'affaires, dont la qualification exacte est demeurée incertaine, n'avait été investi que d'une simple mission de pilotage technique des travaux ».

851. Dans la même dynamique il est intéressant de signaler deux décisions de la chambre criminelle de la Cour de cassation. La première, en date du 8 décembre 2009, devait statuer sur la validité d'une délégation accordée à un salarié âgé de vingt et un ans lors de la signature de l'acte. La Cour confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes (3^{ème} chambre, 26 février 2009) qui dispose « Que, pour rejeter l'argumentation de Jean X... qui sollicitait sa relaxe en invoquant les délégations de pouvoirs consenties en 2001 et 2003 à un chef d'équipe devenu chef de chantier, le tribunal a retenu qu'il n'était pas établi que le préposé concerné, âgé de vingt et un ans lors de la signature de la première délégation, moins d'une année après son arrivée dans l'entreprise, ait disposé d'une compétence et d'une autorité suffisantes et ont déclaré la prévention établie ».

852. La seconde, en date du 2 septembre 2008¹³⁶⁸, confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 11^{ème} chambre du 10 décembre 2007, qui avait invalidé une délégation de pouvoirs au motif qu'elle avait été « consentie le jour même de son embauche », qu'elle « était beaucoup trop générale et dès lors ambiguë sur son étendue ».

853. En conclusion on peut relever, à la lumière des différentes jurisprudences, que le critère de la compétence ne se résume pas à une affirmation conjointe des signataires de l'acte. Les juges du fond examinent ce critère très concrètement. L'expérience, l'âge, la date d'entrée, le

¹³⁶⁷ C.cass.crim., 25 juillet 1991, n°90-85.362.

¹³⁶⁸ C.cass.crim., 2 septembre 2008, n° 08-80.408.

lien contractuel sont autant d'indices permettant de valider ou d'invalider la délégation. Afin de sécuriser ce critère de la compétence, il est conseillé de conserver dans le dossier personnel du délégataire les convocations aux sessions de formation, les attestations de stages suivis, les programmes avec les objectifs pédagogiques ainsi que le résultat des évaluations individuelles réalisées à la fin du stage (QCM). La même démarche s'applique lorsque la formation est organisée, au sein de l'établissement, par des personnels qualifiés dans les domaines délégués.

854. Le deuxième critère exigé est celui de l'autorité du délégataire. Ce dernier doit disposer d'un pouvoir hiérarchique lui permettant de faire appliquer la réglementation sur les domaines qui ont été délégués. Le délégataire doit pouvoir prendre seul des décisions, donner des ordres, contrôler le travail et sanctionner les manquements constatés. Le fait de s'appuyer sur les services support des sièges ou des directions afin d'obtenir des conseils, n'invalidé pas la délégation. Les marges de manœuvre doivent permettre d'avoir, d'une part, un pouvoir réel sur les événements en faisant cesser les situations dangereuses et d'autre part, un pouvoir sur les domaines délégués.

855. Afin que l'autorité du délégataire reste juridiquement valide, il est nécessaire qu'il y ait aucune immixtion dans les domaines délégués. Cette limite est rappelée à plusieurs reprises par la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 21 novembre 2000¹³⁶⁹, la Cour confirme la décision de la Cour d'appel d'Angers¹³⁷⁰ dans les termes suivants, « *Mais attendu qu'un salarié titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière de sécurité du travail ne peut se voir reprocher une faute dans l'accomplissement de la mission d'organisation et de surveillance qui lui a été confiée lorsque le chef d'entreprise ou l'un de ses supérieurs hiérarchiques s'immisce dans le déroulement des tâches en rapport avec cette mission, supprimant ainsi l'autonomie d'initiative inhérente à toute délégation effective* ».

856. Lorsque le délégant intervient dans les domaines délégués, l'acte juridique perd alors son effet exonératoire de responsabilité pénale. C'est le sens de l'arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1983 qui dispose, « *Attendu que, sans mettre en doute l'existence de la délégation délivrée à X, les juges énoncent qu'il résulte des constatations formelles de l'inspecteur du travail que si ce préposé paraissait effectivement compétent pour enregistrer ses observations,*

¹³⁶⁹ C.cass.crim., 21 novembre 2000, n° 98-45.420.

¹³⁷⁰ CA Angers, 2 juillet 1998.

il ne possédait pas de pouvoir de décision et était obligé d'en référer constamment à la direction ; qu'ils en déduisent que le document présenté constituait, en réalité, une directive de service. X ne jouissait pas de l'autonomie correspondant à l'exercice d'une véritable délégation de pouvoirs et de responsabilité ».

857. Bien entendu, l'indépendance du délégataire ne doit pas avoir pour effet de décharger totalement le délégant de son devoir de prudence. Il est important que les difficultés puissent être l'objet d'échanges entre les parties, sur les difficultés rencontrées et les éventuels moyens qui feraient défaut.

858. Enfin, le dernier critère retenu par la jurisprudence est celui des moyens dont dispose le délégataire. Cette condition est également examinée au cas par cas par les juridictions. Les juges examinent l'adéquation entre la délégation et les moyens mis à disposition, qu'ils soient humains, techniques, financiers ou encore juridiques. Le critère des moyens nous prouve une fois de plus, que les situations ne peuvent recevoir une solution unique, ce qui doit inviter les directions des établissements à beaucoup de prudence. Les juges refusent de reconnaître la responsabilité d'une directrice qui « *ne dispose d'aucun moyen pour prévenir le comportement imprudent d'un salarié* »¹³⁷¹. La réflexion autour des moyens prend un relief particulier au regard des modalités de financement des établissements. En effet, les procédures budgétaires en vigueur ne permettent pas toujours un dialogue de gestion équilibré entre les directions des établissements et les autorités de tarification (Agence régionale de santé et Conseil départemental). Aussi, nombreux sont les budgets qui ne facilitent pas la mise en place de moyens à la hauteur des demandes initiales. Sans exagérer, ni stigmatiser, il est d'ailleurs assez facile de penser que cette inadéquation entre le budget proposé et celui qui est alloué devient la norme.

859. Face à ce déséquilibre, il devient intéressant de se questionner sur la validité des délégations, le critère des moyens pouvant assez facilement être remis en cause par les juges. D'autant plus, que la jurisprudence fournit déjà des orientations claires pour invalider les délégations. A titre d'exemples, on peut citer un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation de 2012 qui considère qu'une délégation est invalide si le délégataire doit obtenir un accord préalable pour engager des dépenses de fonctionnement supérieures à mille cinq cents

¹³⁷¹ C.cass.crim., 11 décembre 1996, n° 95-85.341 D.

euros¹³⁷². Des orientations analogues sont adoptées par la chambre criminelle de la Cour de cassation s'agissant des décisions relatives aux investissements de mise en conformité du matériel¹³⁷³, ou encore aux engagements des budgets pour la formation à la sécurité. Pour illustrer ces propos, on peut citer la décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 12 mai 2009¹³⁷⁴ qui est conforme à l'arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 26 juin 2007 à propos de la désignation des responsables d'un accident de travail. La Cour indique que la délégation de pouvoirs ne peut être prise en considération du fait de l'absence de moyens du délégataire. Elle précise qu' « *Attendu que, pour rejeter l'argumentation du prévenu qui soutenait avoir donné une délégation de pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité à Olivier Z..., l'arrêt retient que ce dernier ne disposait pas de la possibilité d'engagement financier, n'avait pas de budget pour la sécurité et que cette délégation était en outre expirée depuis le 2 novembre 2002, date à laquelle Olivier Z... avait refusé de signer une nouvelle délégation de pouvoirs* ». La Cour poursuit en concluant à la responsabilité du délégant, « *Attendu qu'en l'état de ces énonciations, exemptes d'insuffisance et de contradiction et d'où il résulte que le prévenu, qui a contribué à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage et n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter en assurant une formation spécifique à la maintenance de l'extrudeuse, a violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, au sens de l'article 121-3, alinéa 4, du code pénal, la cour d'appel a justifié sa décision* ».

C. Les conditions tenant à la délégation

860. Les conditions de fond tenant à la délégation elle-même sont nombreuses. D'après une jurisprudence ancienne, l'acte juridique doit avoir été porté à la connaissance des autres parties afin qu'il soit valable. La chambre criminelle de la Cour de cassation avait affirmé cette condition dans un arrêt de 1972, à propos d'une délégation de pouvoirs qui n'avait pas été portée à la connaissance de l'administration. En l'occurrence, le délégant n'a pu se décharger complètement de sa responsabilité puisqu' « *il n'a justifié d'aucune mesure de publicité, légale ou de fait, de la délégation de pouvoirs* »¹³⁷⁵. Au regard de la législation actuellement en vigueur, l'information d'une délégation doit être réalisée auprès du comité économique et social

¹³⁷² C.cass.crim., 14 février 2012, n° 11-82.220.

¹³⁷³ C.cass.crim., 25 mai 2004, n°03-84.734.

¹³⁷⁴ C.cass.crim., 12 mai 2009, n° 08-82.187.

¹³⁷⁵ C.cass.crim., 13 janvier 1972, n° 70-90.649 : Bull.crim, n°23.

(CSE) pour les domaines touchant à la réglementation sociale ou auprès de la commission santé sécurité et conditions de travail (CSCT), pour les domaines relatifs à la santé et la sécurité dans les établissements. Cette démarche d'information permet un échange avec les élus du personnel sur le périmètre exact des pouvoirs délégués, ainsi que sur les personnes responsables. A chaque changement de périmètre de la délégation, il est important que les instances représentatives soient informées.

861. Par ailleurs, d'autres critères de validation sont exigés tenant à l'objet, au temps et à l'espace. La délégation doit être limitée dans l'espace en indiquant clairement les établissements qui sont concernés, car il arrive que les directeurs gèrent plusieurs établissements simultanément. Il faut également prévoir une limitation d'objet de la délégation. En effet comme il a déjà été rappelé, un délégant ne doit pas transférer l'ensemble de ses pouvoirs à un délégataire. Enfin, il est nécessaire que l'acte juridique précise sa durée, qui doit être calquée sur celle du contrat du délégataire ou prévoir une période déterminée.

D. La délégation à la gestion journalière en Belgique

862. Le code des sociétés et des associations reconnaît la possibilité pour l'organe d'administration de l'organisation de nommer une ou plusieurs personnes pour accomplir certains actes de la gestion journalière de la structure. Cette possibilité est inscrite à l'article 9-10 de ce code¹³⁷⁶. Il est intéressant de noter que ce code concerne à la fois les sociétés et les associations sans but lucratif (ASBL). Quel que soit la forme d'organisation choisie, les établissements qui accompagnent les personnes handicapées peuvent donc décider que les actes de gestion journalière seront officiellement délégués. Par gestion journalière, il faut comprendre

¹³⁷⁶ Code des sociétés et des associations, Article 9-10 : « L'organe d'administration peut charger une ou plusieurs personnes, qui agissent chacune individuellement, conjointement ou collégalement, de la gestion journalière de l'association, ainsi que de la représentation de l'association en ce qui concerne cette gestion. L'organe d'administration qui a désigné l'organe de gestion journalière est chargé de la surveillance de celui-ci. La gestion journalière comprend aussi bien les actes et les décisions qui n'excèdent pas les besoins de la vie quotidienne de l'association que les actes et les décisions qui, soit en raison de l'intérêt mineur qu'ils représentent, soit en raison de leur caractère urgent, ne justifient pas l'intervention de l'organe d'administration. La disposition selon laquelle la gestion journalière est confiée à une ou plusieurs personnes qui agissent chacune individuellement, conjointement ou collégalement, est opposable aux tiers aux conditions fixées à l'article 2:18. Les limitations au pouvoir de représentation de l'organe de gestion journalière ne sont toutefois pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées ».

les actes de la vie quotidienne de la vie de l'organisation qui représentent un intérêt mineur ou ceux rendus nécessaires au regard de l'urgence de la situation.

863. Le code, par l'intermédiaire de l'article 9-10, admet que l'organe d'administration puisse désigner une ou plusieurs personnes en charge de la gestion journalière. Cette possibilité de délégation doit être inscrite dans les statuts pour être reconnue par le droit et doit faire l'objet d'une publication aux annexes du Moniteur belge. Il est nécessaire que la rédaction des statuts permette de délimiter clairement les domaines délégués dans la mesure où il peut s'agir de délégation individuelle, conjointe ou collégiale. La délégation individuelle n'interdit le fait de prévoir plusieurs délégués qui pourront agir concurremment. S'ils agissent conjointement pour assurer la gestion journalière, les délégués doivent agir deux par deux. La délégation collégiale impose aux délégués l'obligation d'agir ensemble.

864. Une liberté est donc laissée à l'organe d'administration de l'organisation pour nommer des délégués à la gestion journalière. Des administrateurs ou des salariés peuvent être choisis pour effectuer ces actes courants (relations bancaires, gestion du personnel). L'organe d'administration reste responsable des actes des délégués à la gestion journalière. Il est conseillé de rédiger un règlement d'ordre intérieur (ROI) afin de clarifier les missions de chacun.

Section2 : Délégations et responsabilité

865. Mettre en place des délégations de pouvoirs permet de répondre à des obligations et des clarifications d'organisation. La délégation apporte une réponse à des obligations dans la mesure où les jurisprudences françaises et belges considèrent que la délégation s'impose dans les organisations importantes. Son absence est assimilée à un comportement fautif de la direction. La délégation permet également de clarifier les organisations en rendant plus visible les différents centres de décisions. Dans une démarche de transparence, les directions doivent clairement identifier les conséquences des délégations de pouvoirs pour chacun. Il ne s'agit pas uniquement d'obtenir individuellement plus de pouvoirs, mais également, de comprendre qu'ils s'accompagnent d'une plus grande responsabilité pénale.

866. Présenter les délégations doit permettre également de clarifier la responsabilité des acteurs (I) et ce faisant, participe de l'effectivité des droits par la suppression des zones de doutes dans les établissements. Chaque responsabilité induit des sanctions et des poursuites en matière de droit du travail (II) qu'il nous faut évoquer.

I. La responsabilité des différents acteurs

867. Parler de responsabilité, nous impose d'aborder la responsabilité de tous les acteurs, c'est à dire celle des délégués (A), des délégataires (B), mais aussi celle des personnes morales (C). Une évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation belge bouleverse les règles de responsabilité (D).

A. Responsabilité des délégués

868. En préambule, il est important de noter que les conséquences en termes de responsabilité des délégations vont être analysées en partant du postulat que les délégations répondent à toutes les conditions de validité énoncées ci-dessus. Dans le cas contraire, la chaîne des actes étant invalidée, la responsabilité incombe le plus souvent au directeur général ou au président dans le cadre d'une gestion associative. Pour autant, une délégation valide n'exonère pas le délégué de son devoir de vigilance. Il doit, en effet, s'assurer que le délégataire bénéficie d'un environnement favorable au bon exercice de ses missions. Il ne s'agit pas d'un abandon de périmètre de la part du délégué, s'en désintéresser peut même être analysé comme constitutif

d'une faute de gestion. C'est en ce sens qu'a statué la chambre criminelle de la Cour de cassation en 1991, en relevant que le dirigeant « *n'a pas accordé toute son attention à la gestion d'une entreprise naissante et fragile* », et, « *qu'il n'était présent au siège de l'entreprise qu'un jour par semaine, délégrant la plupart de ses pouvoirs* »¹³⁷⁷. Dans le même esprit, il appartient au délégrant de vérifier la manière dont l'acte de délégation est mis en œuvre, en veillant scrupuleusement à ne pas intervenir dans les champs délégués sous peine d'invalider l'acte.

869. En matière de responsabilité pénale, la délégation valide a pour effet de transférer la responsabilité du délégrant au délégataire. Par principe, les deux personnes ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée pour les mêmes faits. La chambre criminelle de la Cour de cassation, en 2006, casse un arrêt de la Cour d'appel de Douai en date du 17 mars 2005, qui avait retenu simultanément la responsabilité du délégrant et du délégataire pour « *le même manquement* »¹³⁷⁸. A côté de cette solution de principe, la jurisprudence de la Cour reconnaît une responsabilité pénale du délégrant dans plusieurs situations. En premier lieu, malgré la validation de l'acte, le délégrant peut être considéré comme coauteur de l'infraction. Dans une décision de 2003, la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle « *qu'en effet, le chef d'entreprise qui a personnellement participé à la réalisation de l'infraction ne saurait s'exonérer de sa responsabilité pénale en invoquant une délégation de pouvoirs* »¹³⁷⁹. Suivant cette jurisprudence, le coauteur doit donc être regardé comme étant l'auteur matériel, celui qui a personnellement accompli les actes constitutifs de l'infraction. Du point de vue pénal, le coauteur est un auteur « à part entière ».

870. En complément, il faut noter que le délégrant peut également être poursuivi en tant que complice s'il a participé à l'infraction. L'article 121.7 du code pénal indique précisément qu'« *est complice d'un crime ou d'un délit, la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice, la personne qui, par don, promesses, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoirs aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre* ». Enfin en matière de responsabilité civile, la délégation n'emporte aucun transfert de responsabilité vers le délégataire, chacun restant responsable des actes à l'origine du dommage.

¹³⁷⁷ C.cass.crim., 11 juin 1991, n°89-20.653 D.

¹³⁷⁸ C.cass.crim., 14 novembre 2006, n° 05-83.367 FD.

¹³⁷⁹ C.cass.crim., 20 mai 2003, n° 02-84.307 F-PF.

B. Responsabilité des délégataires

871. Au regard des règles de responsabilité pénale, comme il a déjà été souligné plus haut, une délégation de pouvoirs valide entraîne la mise en cause du délégataire. Il devra ainsi répondre des faits constitutifs du délit ou du crime, mais également des négligences commises dans l'exécution de sa délégation. C'est le sens de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation en 1997¹³⁸⁰ qui s'est prononcée sur des faits ayant causé le décès d'un salarié pendant la période de congés du délégataire. Dans un premier temps, les juges écartent « *une prétendue délégation* » invoquée pour s'exonérer de sa responsabilité pénale en énonçant « *que la note du 12 juin 1991...est une note de service qui ne contient aucune subdélégation de pouvoirs* ». La Cour poursuit son raisonnement en constatant « *que le prévenu, pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'exercice de ses missions, n'a pas accompli, avant son départ en congés annuels, les délégations normales qui lui incombait pour assurer le respect des règles relatives à la sécurité des travailleurs chargés d'effectuer en son absence les travaux prévus au cours de cette période et qui exigeait des précautions particulières* ». A la lecture de cette décision, il est important de noter que la responsabilité du délégataire n'est pas suspendue du seul fait de son absence. Afin de garantir la chaîne des délégations dans les établissements médicosociaux, il apparaît nécessaire de faire figurer dans l'acte, l'obligation, pour le délégataire, d'informer le délégant des dispositions prises pendant son absence afin de garantir la sécurité des personnes accueillies, ainsi que des collaborateurs.

872. S'agissant des règles en matière de responsabilité civile, le délégataire reste responsable de ses actes selon le droit commun. En cela, la solution ne varie apparemment pas de celle dégagée pour le délégant. Il faut toutefois indiquer une différence de traitement lorsque l'acte mis en cause, entre dans le périmètre de la délégation reçue. Dans ce cas, la responsabilité de l'employeur est engagée sur la base de l'article 1242 du Code civil¹³⁸¹. Seule la faute intentionnelle du délégataire qui reçoit une qualification pénale peut engager la responsabilité directe de son auteur même si elle ne sort pas du périmètre de la délégation.

¹³⁸⁰ C.cass.crim, 17 juin 1997, n°95-83.010 PF.

¹³⁸¹ Code civil, Article 1242 (ancien article 1384, modification ordonnance 2016-131, 10 février 2016) qui dispose : « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre...Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ».

C. Responsabilité des personnes morales

873. Quel que soit le mode d'organisation juridique des organismes gestionnaires d'établissements, association, fondation ou société de droit privée, ils sont tous reconnus comme étant des personnes morales susceptibles « *d'intervenir sur la scène juridique* »¹³⁸², et susceptible de voir leur responsabilité engagée. Sur le plan civil, la responsabilité de l'employeur peut être retenue sur la base de l'article 1242 alinéa 5 du code, sous la condition que le salarié agisse dans le cadre de ses fonctions. Par un arrêt de principe en date du 19 mai 1988¹³⁸³, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a élaboré les conditions d'exonération de sa responsabilité par le commettant. En l'espèce, il s'agissait de savoir si la prospection d'assurances à domicile ayant mené à un détournement partiel d'argent au profit de l'agent, engageait la responsabilité de la compagnie d'assurances. La compagnie mettait en avant le fait que « *M. Y [...] n'aurait pas agi pour le compte et dans l'intérêt de la société " La Cité ", mais utilisé ses fonctions à des fins étrangères à celles que son employeur lui avait assignées, de sorte que la cour d'appel aurait violé l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, et l'article 593 du Code de procédure pénale* ».

874. L'assemblée plénière de la Cour de cassation rejette cette approche au motif « *que le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions* ». Et les juges de poursuivre : « *Et attendu que l'arrêt relève que M. Y.[...], en faisant souscrire à Mme X.[...] des contrats de capitalisation, était dans l'exercice de ses fonctions et avait agi avec autorisation conformément à ses attributions ; que Mme X.[...] avait la certitude qu'il agissait pour le compte de " La Cité ", laquelle avait, au surplus, régulièrement enregistré les souscriptions et en avait tiré profit* ».

Les trois conditions énoncées par la Cour sont cumulatives, il est nécessaire que le salarié agisse hors de ses fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions. La première d'entre elles est complexe à mettre en avant, car le fait dommageable est souvent commis sur le lieu de l'établissement et pendant le temps de travail. La jurisprudence, à plusieurs occasions, a confirmé que l'absence d'une des conditions entraînait la mise en jeu de la responsabilité de l'employeur. C'est notamment le cas de la mise en cause de l'employeur

¹³⁸² R. Encinas de Munagorri, *Introduction générale au droit*, Flammarion, 2019, page 35.

¹³⁸³ C.cass.ass.plén., 19 mai 1988, n°87-82.654.

coupable d'abus de faiblesse en raison des agissements délictueux d'une gardienne¹³⁸⁴, ou encore d'une autre association jugée responsable du viol commis par un professeur de musique qu'elle emploie¹³⁸⁵.

875. Cette orientation jurisprudentielle revêt une importance toute particulière dans le champ médicosocial, dans la mesure où les contours du droit de la responsabilité sont assez mal appréhendés par les acteurs. Une fois de plus, il est nécessaire d'insister sur la pédagogie qu'il faudra déployer afin que ces règles afférentes à la responsabilité des employeurs soient comprises. Dans de trop nombreuses situations, les actions d'accompagnement peuvent être freiner au quotidien par peur d'engager sa responsabilité individuelle. Ces blocages ont des effets négatifs sur l'exécution des projets individualisés des personnes accueillies au sein des établissements.

876. Sur le plan pénal, l'établissement peut voir sa responsabilité engagée par les infractions non intentionnelles du délégataire sur la base de l'article 121-2 du code pénal¹³⁸⁶, lorsque celui-ci a agi dans le cadre de ses fonctions et pour le compte de la société en tant que représentant de la personne morale. La jurisprudence interprète assez largement cette responsabilité pénale, condamnant pour homicide involontaire, une association à la suite d'un accident lié à une activité de baignade au bord du lac de Serre-Ponçon¹³⁸⁷. Dans cette affaire, la Cour relève tout d'abord que *« le directeur de l'établissement à l'époque des faits n'assumait pas avec suffisamment de rigueur ses responsabilités propres et déléguait de fait très largement à chacun des éducateurs ses responsabilités quant à l'organisation des activités et aux mesures de sécurité qui devaient les accompagner »*. L'association, elle-même, *« n'assurait guère de contrôle sur son fonctionnement et laissait au directeur une grande liberté d'action, y compris dans la délégation qu'il pouvait faire de ses propres responsabilités »*.

¹³⁸⁴ C.cass. 2^{ème} civ, 16 juin 2005, n°03-19.706 ; n°947 FS- P+B.

¹³⁸⁵ C.cass. 2^{ème} civ, 17 mars 2011, n°10-14.468, n° 569 FS-P+B.

¹³⁸⁶ Code pénal, Article 121-2 : *« Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits »*.

¹³⁸⁷ C.cass.crim., 27 mai 2014, n°13-82-148.

Pour confirmer la condamnation, la Cour confirme « *qu'il est de principe qu'une faute ordinaire commise par un décideur, les erreurs d'organisation, les insuffisances d'investissement ou les défaillances de contrôle imputables aux personnes investies d'un pouvoir de direction sont de nature à engager la responsabilité de la personne morale si elles sont la cause indirecte du dommage* ».

D. La jurisprudence belge concernant le risque pénal lié à la délégation

877. Une des conséquences de la délégation de pouvoirs est le transfert de la responsabilité pénale vers le délégataire. A l'instar de la jurisprudence française, la haute juridiction belge exige que le délégataire exerce une mission de direction et de contrôle pour que la délégation soit reconnue juridiquement, ce qui signifie que le délégataire doit être plus que le simple exécutant matériel d'une décision prise par le délégant. Dans les établissements médico-sociaux, il est important que les directions insistent sur les conséquences pénales de la délégation. Les pouvoirs supplémentaires, les augmentations de rémunération s'accompagnent souvent d'un développement de responsabilités. Depuis une jurisprudence du 11 janvier 1965, la Cour de cassation belge reconnaît la délégation de pouvoirs¹³⁸⁸. Pour autant, établir une délégation n'induit pas automatiquement un transfert de responsabilité pénale. Telle peut être la conclusion tirée du revirement de la jurisprudence de l'arrêt de la section francophone de la deuxième chambre de la Cour de cassation de 2023¹³⁸⁹.

878. En l'espèce, il s'agissait de déterminer la personne responsable d'un accident de travail sur un chantier consistant dans la rénovation d'un immeuble de bureaux. Un ouvrier était décédé en tombant du huitième étage du bâtiment. Le tribunal correctionnel francophone de Bruxelles a reconnu la responsabilité du maître d'œuvre malgré l'existence d'un contrat de sous-traitance transférant la responsabilité des mesures de sécurité relatives aux travailleurs et aux tiers. La Cour d'appel rejette cette approche en reconnaissant le contrat de sous-traitance et en affirmant « *qu'il n'était pas établi que la prévenue ait manqué, en sa qualité de maître d'œuvre, aux obligations légales en matière de sécurité visées aux préventions* ».

¹³⁸⁸ En France, la délégation est admise depuis un arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 1902 (Bull.Crim, n°237).

¹³⁸⁹ C.cass section francophone 2^{ème} chambre, 11 janvier 2023, R.G.P.22.1275 F.

879. En rupture avec sa jurisprudence, la Cour de cassation rappelle que « *Le transfert de la responsabilité pénale n'est admissible que lorsqu'il est autorisé, fût-ce implicitement, par le législateur ou l'autorité réglementaire, à charge pour le délégant de prouver la délégation opérée sur la tête du tiers qu'il prétend tenu de remplir certaines obligations à sa décharge* ». Pour la Cour, la délégation de pouvoirs ne peut entraîner une absence de responsabilité pénale du délégant lorsque la loi a entendu mettre une obligation directement à sa charge. Cet arrêt rompt avec un mouvement jurisprudentiel qui considère que la taille de l'entreprise est un critère pouvant justifier la délégation. D'après cette jurisprudence, l'absence de délégation est assimilée à une négligence dans la gestion du risque pénal de l'organisation. En d'autres termes, on peut considérer que la délégation de pouvoirs est un devoir de diligence dans le cadre d'une bonne gouvernance.

880. Cet arrêt de la Cour de cassation belge mérite encore d'être suivi dans le temps, mais il ouvre la voie à une approche visant à privilégier l'assurance et l'indemnisation des victimes. En désignant légalement une personne et en refusant qu'une délégation puisse désigner un autre responsable, la Cour entend faire en sorte qu'une organisation ne constitue pas un paravent permettant de fuir ses responsabilités.

881. La délégation de pouvoirs ne doit pas être vécue comme une simple obligation supplémentaire dans les établissements médico-sociaux. Cette notion jurisprudentielle exige un travail de définition auprès des équipes afin que l'acte de délégation soit correctement appréhendé par tous. La délégation exige également un travail de présentation officiel et constant. Cet aspect est particulièrement regardé lors des procédures judiciaires pour déterminer avec précision la personne qui est pénalement responsable. Pour cette raison, la présentation de la délégation doit s'accompagner d'une présentation des responsabilités subséquentes.

II. L'organisation des sanctions et poursuites en matière de droit du travail

882. Les délégations de pouvoirs permettent de mieux organiser les ESSMS. Elles impactent également la répartition des responsabilités entre les acteurs. Correctement rédigée, la délégation entraîne un transfert de responsabilité vers le délégataire, ce dernier étant alors susceptible d'être sanctionné en cas de manquement aux règles du droit du travail. En la matière, les sanctions peuvent être de nature administrative et/ou de nature pénale. Afin de respecter la

maxime latine *Non bis in idem*¹³⁹⁰, le dictionnaire de vocabulaire juridique précise que « *le juge, lorsqu'un fait matériel peut tomber sous le coup de plusieurs incriminations ne peut retenir qu'une seule des qualifications possibles de telle sorte que le délinquant ne soit pas puni deux fois pour le même fait* ». Le législateur a voté la loi du 6 août 2015¹³⁹¹, qui dresse une liste des thèmes qui doivent faire l'objet d'une attention de la part du droit du travail. A titre d'exemples, la loi cite le thème de l'urbanisme, la libéralisation des activités, l'innovation, l'allègement des obligations des entreprises ainsi que les dispositifs de contrôle de l'application du droit. A l'instar des entreprises, les ESAT¹³⁹² et leurs directeurs sont donc directement concernés par cette disposition législative.

883. L'article 261 de la loi autorise le gouvernement à recourir aux ordonnances¹³⁹³ pour la mise en application des dispositifs de contrôle de l'application du droit du travail, en précisant :

« Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans un délai de neuf mois à compter de la promulgation de la présente loi, les mesures relevant du domaine de la loi et modifiant le code de procédure pénale, le code rural et de la pêche maritime, le code des transports et le code du travail afin de :

1° Renforcer le rôle de surveillance et les prérogatives du système d'inspection du travail, étendre et coordonner les différents modes de sanction et, en matière de santé et de sécurité au travail, réviser l'échelle des peines ;

2° Abroger les dispositions devenues sans objet et assurer la cohérence rédactionnelle dans le code du travail et entre le code du travail et les autres codes.

¹³⁹⁰ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.*, p. 682. « *Non bis in idem* » est une maxime latine qui signifie « *Pas deux fois la même chose* ».

¹³⁹¹ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques – JORF n° 0181 du 7 août 2015.

¹³⁹² ESAT, Etablissement ou services d'aide par le service, création de la Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

¹³⁹³ Article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif* ».

Dans les mêmes conditions, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi relatives à l'accès au corps de l'inspection du travail par voie d'un concours réservé aux agents relevant du corps des contrôleurs du travail et remplissant des conditions d'ancienneté ».

884. La loi du 6 août 2015 a été suivie de plusieurs textes complémentaires. En premier lieu, une ordonnance datée du 7 avril 2016¹³⁹⁴ relative au contrôle de l'application du droit du travail (A), ensuite un décret en date du 25 avril 2016¹³⁹⁵ (B), une instruction de la Direction Générale du Travail du 12 juillet 2016¹³⁹⁶ (D), et enfin, une circulaire¹³⁹⁷ du 18 juillet 2016 relative au droit pénal du travail (C). De nombreuses poursuites trouvent leur justification sur la base du code du travail (E).

A. L'ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016

885. L'ordonnance comporte treize articles au total. L'article deux¹³⁹⁸ mérite une attention particulière dans la mesure où il insiste sur le changement de sémantique, le terme de « salarié » est remplacé par celui de « travailleur ». Dans le cadre des ESAT, ce changement prend un relief bien particulier. En effet, les personnes handicapées en ESAT, ne peuvent être assimilées à des salariés de droit commun soumis aux dispositions du code du travail. Elles ne sont pas titulaires d'un contrat de travail¹³⁹⁹, ne peuvent pas être licenciées¹⁴⁰⁰ et ne bénéficient pas d'indemnités compensatrices congés payés si le congé n'a pu être pris en raison d'un arrêt de

¹³⁹⁴ Ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail-JORF n° 0083 du 8 avril 2016.

¹³⁹⁵ Décret n° 2016-510 du 25 avril 2016 relatif au contrôle de l'application du droit du travail, JORF n° 0099 du 27 avril 2016.

¹³⁹⁶ Instruction DGT n° 2016/03 du 12 juillet 2016 sur la mise en place de l'ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail.

¹³⁹⁷ Circulaire du 18 juillet 2016 du droit pénal du travail. Présentation de l'ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016. Coordination des sanctions administratives et pénales en droit du travail.

¹³⁹⁸ Ordonnance n° 2016-413, article 2, VII, b « Le mot salarié est remplacé par le mot travailleur.

¹³⁹⁹ C.cass.soc, 6 février 2013, n° 11-14.424 qui précise : « Mais attendu que la cour d'appel a retenu à bon droit que les personnes admises, en raison de leur handicap, dans un CAT, par décision de la COTOREP devenue la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées, ne sont pas liées à cet établissement par un contrat de travail ».

¹⁴⁰⁰ C.cass.soc, 6 février 2013, n° 11-14.24.

travail¹⁴⁰¹. Pour autant, malgré ces distorsions, il est important de noter que la personne handicapée qui travaille en ESAT doit être assimilée à un « travailleur » au sens de la Directive de l'union européenne¹⁴⁰² sur l'aménagement du temps de travail. Au sens large, la directive considère comme « travailleur », *« Toute personne qui exerce des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires. La caractéristique de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération »*.

886. La directive rappelle, par ailleurs, que *« l'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs au travail représente un objectif qui ne saurait être subordonné à des considérations de caractère purement économique »*. Cette mention nous rapproche de l'essence même des délégations de pouvoirs prises dans leur dimension de protection et de sécurité des travailleurs.

887. La CJUE, dans un arrêt du 26 mars 2015¹⁴⁰³, à la suite d'une question préjudicielle¹⁴⁰⁴ au titre de l'article 267 TFUE introduite par la chambre sociale de la Cour de cassation le 29 mai 2013¹⁴⁰⁵, va considérer que la directive sur l'aménagement du temps de travail du 4 novembre 2003 peut trouver application dans le cadre du travail des personnes handicapées au sein des ESAT. Concrètement, la CJUE était interrogée sur le point de savoir si une personne handicapée en ESAT pouvait être considérée comme « travailleur » au sens de la directive. La cour répond par l'affirmative en disposant que *« Dans ce contexte, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, la notion de «travailleur» dans le cadre de la directive 2003/88 doit être définie selon des critères objectifs qui caractérisent la relation de travail en considération des droits et des devoirs des personnes concernées. Ainsi, doit être*

¹⁴⁰¹ Il est important de noter l'évolution du cadre réglementaire des ESAT avec la publication du décret n° 2022-1561 du 13 décembre 2022 relatif au parcours professionnel et aux droits des travailleurs handicapés admis en établissements et services d'aide par le travail.

¹⁴⁰² Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

¹⁴⁰³ CJUE, 26 mars 2015, , *Fenoll c/ APEI d'Avignon*, n°C-316/13.

¹⁴⁰⁴ Le dictionnaire de vocabulaire juridique indique que la question préjudicielle porte *« sur l'interprétation d'une règle communautaire ou la validité des actes des institutions communautaires qui doit être renvoyée à la Cour de justice lorsqu'elle se pose devant une juridiction statuant en dernier ressort (anc. Traité CEE, article 177, al 3, TFUE, article 267, al 3) »*.

¹⁴⁰⁵ C.cass.soc. , 29 mai 2013, n° 11-22.376.

considérée comme « travailleur » toute personne qui exerce des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires. La caractéristique de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération ».

888. La cour précise également que le niveau de rémunération perçue par la personne en ESAT n'influe aucunement sur la qualification juridique de travailleur, *« Troisièmement, il ressort également du dossier soumis à la Cour que les prestations de M. Fenoll, s'insérant ainsi dans le programme économico-social du CAT « La Jouvène », étaient dotées, en contrepartie, d'une rémunération. Dans ce contexte, il importe de relever que le fait que cette dernière ait pu se situer nettement en dessous du salaire minimal garanti en France ne saurait être pris en considération en vue de la qualification de M. Fenoll en tant que «travailleur» au sens du droit de l'Union ».*

889. L'examen de l'ordonnance met également en relief l'importance des relations entre l'inspection du travail et les services du Parquet. Cette proximité apporte un éclairage particulier aux délégations de pouvoirs, dans la mesure où nombre d'infractions relevées par l'inspection du travail peuvent faire l'objet de poursuites pénales à l'encontre des dirigeants ou des délégataires. L'ordonnance crée un article L 8114-4 dans le code du travail qui dispose que *« L'autorité administrative compétente peut, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, transiger avec les personnes physiques et les personnes morales sur la poursuite d'une infraction constituant une contravention ou un délit, prévue ou réprimée »*. Par un effet de balancier, l'ordonnance affirme dans son article L 8114-6 que *« Lorsqu'elle a été acceptée par l'auteur de l'infraction, la proposition de transaction est soumise à l'homologation du procureur de la République »*. L'article 5 s'inscrit dans la même dynamique de lien entre les poursuites administratives et pénales en indiquant que par le biais de l'article L 8115-2 du code du travail, que *« L'autorité administrative compétente informe par tout moyen le procureur de la République des suites données au rapport de l'agent de contrôle »*.

890. La lecture de l'ordonnance met en lumière une volonté de pénaliser les infractions liées à la santé et la sécurité des travailleurs. Cette tendance oblige les directions d'ESMS à plus de vigilance dans la rédaction des délégations qu'elles consentent. La même vigilance doit être

observée relativement aux délégations que les directeurs acceptent. En effet, les conditions de validité posées par la jurisprudence appellent à la prudence, tant les décisions varient.

B. Décret n° 2016-510 du 25 avril 2016 relatif au contrôle de l'application du droit

891. Le décret ne compte que quatorze articles, dont la plupart concernent des dispositions diverses. Les premiers articles s'attachent à définir les conditions de forme de la transaction pénale qui peut être rédigée entre les services d'inspection du travail et l'établissement à la suite d'infractions à la législation du travail. L'article R.8114-3 du code du travail liste six conditions de forme à respecter lors de la proposition de transaction. Il s'agit de :

1. La nature des faits reprochés et leur qualification juridique ;
2. Le montant des peines encourues ;
3. Le montant de l'amende transactionnelle ;
4. Les délais impartis pour le paiement et, s'il y a lieu, pour l'exécution des obligations ;
5. Le cas échéant, la nature et les modalités d'exécution des obligations imposées en vue de faire cesser l'infraction, d'éviter son renouvellement, ou de remettre en conformité les situations de travail ;
6. L'indication que la proposition, une fois acceptée par l'auteur de l'infraction, doit être homologuée par le procureur de la République.

L'alinéa six rappelle la place prépondérante du procureur de la République dans la mise en œuvre de la transaction pénale. La seule proposition des services d'inspection du travail ne suffit donc pas à valider juridiquement la transaction et à éteindre les poursuites pénales. Le procureur, en refusant l'homologation de la transaction, peut décider que le volet pénal doit être prédominant.

C. Circulaire du 18 juillet 2016 du droit pénal du travail

892. En titre, il est inscrit dans la circulaire qu'il s'agit d'une « *présentation de l'ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016* », et insiste sur la « *coordination des sanctions administratives et pénales* ». Cette circulaire a clairement pour objectif de « *reconsidérer tant les relations entre les parquets et les directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la*

consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE¹⁴⁰⁶) que les principes et modalités de mise en œuvre de la politique pénale ». A l'instar des textes référencés ci-dessus, la circulaire insiste sur les relations entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire¹⁴⁰⁷. Cette dimension judiciaire doit être appréhendée à sa juste place lors de la signature des délégations de pouvoirs.

893. Cette coopération renforcée a pour objectif l'effectivité des sanctions pénales en cas de contraventions ou de délits constatés en matière de droit du travail. Le texte est très clair sur ce point en indiquant¹⁴⁰⁸, « *Afin d'assurer une meilleure cohérence de la réponse pénale, les parquets désigneront un référent en matière de droit pénal du travail qui sera l'interlocuteur privilégié des services de l'inspection du travail. De même, chaque DIRECCTE désignera un ou plusieurs référents, interlocuteur(s) privilégié(s) du parquet. Afin de l'identifier, les parquets pourront prendre attache avec le responsable de l'unité départementale de la DIRECCTE qui leur indiquera la personne désignée* ». Et la circulaire de proposer la mise en place de « *Rencontres régulières entre les parquets et les DIRECCTE. Des réunions opérationnelles régulières pourront être organisées entre le magistrat référent en matière de droit pénal du travail et le référent désigné au sein de la DIRECCTE afin que ce dernier présente les dossiers proposés à la transaction et que le ministère public se prononce sur leur homologation* ».

D. Instruction Direction générale du travail N°2016/03 du 12 juillet 2016¹⁴⁰⁹

894. L'instruction figure en annexe de la circulaire du 18 juillet 2016 et s'inscrit évidemment dans la même dynamique que les textes ci-dessus. Il s'agit d'être « *efficace* », et pour atteindre cet objectif, « *la sanction doit être effective et intervenir rapidement. L'élargissement du champ des amendes administratives, auquel elle procède, ne fait pas obstacle à ce que la voie pénale conserve sa pleine dimension. En effet, il est des domaines où celle-ci demeure plus pertinente et doit au contraire être plus fréquemment empruntée et avec davantage de célérité* ».

¹⁴⁰⁶ DIRECCTE, Direction régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

¹⁴⁰⁷ Circulaire du 18 juillet 2016, Point n° 3, « *les relations entre les parquets et les administrations du travail* ».

¹⁴⁰⁸ Circulaire du 18 juillet 2016, Page 8.

¹⁴⁰⁹ Instruction DGT N°2016/03 du 12 juillet 2016 sur la mise en œuvre de l'ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail.

895. Afin de fluidifier et d'accélérer les sanctions, l'instruction invite l'administration du travail ainsi que le parquet à développer des réunions communes permettant d'échanger sur les infractions relevées ainsi que les transactions proposées. Des référents sont également nommés au sein de la DIRECCTE et du parquet. Cette coopération s'étend jusqu'à la présence des représentants de l'inspection du travail à l'audience lorsque les poursuites pénales sont engagées par le parquet. L'instruction précise, « *Par ailleurs, il est nécessaire que le parquet avise de l'audience l'inspection du travail lorsque doit y être évoqué un dossier fondé sur l'un de ses procès-verbaux. La présence à l'audience membre de l'inspection du travail apparaît d'autant plus utile que l'introduction des sanctions administratives ne devrait réserver à l'audience correctionnelle que les dossiers les plus complexes, nécessitant une certaine expertise et une explication du contexte économique. Cette présence permettra également d'informer la juridiction des suites administratives données à la procédure, afin de s'assurer du respect des règles relatives au cumul de sanctions. Il conviendra que soient requises à l'audience des peines à la hauteur de la complexité et de la gravité des affaires soumises à la juridiction de jugement, ainsi que le prononcé de peines complémentaires, particulièrement efficaces dans cette matière. Dans l'hypothèse, où ces réquisitions ne seraient pas suivies, un appel devra être envisagé* ».

E. Poursuites sur le fondement du code du travail

896. Une même infraction constatée ne peut faire l'objet de deux mises en cause. Cette règle a été rappelée par la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation en 1988¹⁴¹⁰ dans les termes suivants :

« le chef d'entreprise, tenu de veiller personnellement à la stricte et constante exécution des dispositions édictées par le code du travail pour les règlements pris pour son application en vue d'assurer l'hygiène et la sécurité des travailleurs, est pénalement responsable des infractions constatées à cet égard sur ses chantiers ; qu'il ne peut être exonéré de cette responsabilité que s'il rapporte la preuve qu'il a délégué la direction du chantier à un préposé investi et pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur, auquel cas sa responsabilité est transférée à son

¹⁴¹⁰ C.cass.crim., 12 janvier 1988, n° 85-95950.

délégué ; qu'il s'ensuit qu'en cette matière, la même infraction ne peut être retenue à la fois contre le chef d'entreprise et contre le préposé délégué par lui ».

897. Dans cette affaire, un salarié est décédé par asphyxie lors du chargement, sur un chantier, de sables concassés dans un véhicule. Suite à cet accident, le gérant ainsi que le directeur technique sont poursuivis sur la base de l'article 319 du code pénal¹⁴¹¹. La Cour d'appel de Pau justifie sa décision en indiquant « que la prévention était établie à l'encontre de Robert X... pour n'avoir pas, en sa qualité de gérant, équipé la trémie utilisée le jour de l'accident d'un système d'obturation, et également, à l'encontre de Jean X..., pour n'avoir pas veillé à l'observation des normes de sécurité, alors qu'il était chargé d'en assurer le respect ». La chambre criminelle de la Cour de cassation annule l'arrêt de la cour d'appel de Pau aux motifs qu'il aurait fallu tenir compte de l'existence d'une délégation de pouvoirs entre le gérant et le directeur technique, qui a des incidences en matière de responsabilité pénale.

898. Un autre arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 14 octobre 1997 confirme cette impossibilité de cumul des responsabilités¹⁴¹², en indiquant « qu'en matière d'hygiène et de sécurité la même infraction ne peut être retenue à la fois contre le chef d'entreprise et contre son délégataire. De la même manière, la chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que la participation personnelle de l'employeur à l'infraction neutralise les effets de la délégation. Dans un arrêt du 20 mai 2003¹⁴¹³, les juges confirment que « le chef d'entreprise qui a personnellement participé à la réalisation de l'infraction ne saurait s'exonérer de sa responsabilité pénale en invoquant une délégation de ses pouvoirs ».

¹⁴¹¹ Article 319 Code pénal ancien (abrogé par la Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 – art 372) qui dispose « Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements aura commis involontairement un homicide ou en aura été involontairement la cause sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans *sanction, durée, montant* et d'une amende de 1.000 F à 30.000 F *taux résultant de la loi du 30 décembre 1977 ».

¹⁴¹² C.cass.crim., 14 octobre 1997, n°96-83196.

¹⁴¹³ C.cass.crim., 20 mai 2003, n° 02-84307.

899. Le champ du handicap, à l'instar de nombreux secteurs, connaît beaucoup de modifications d'environnement. Les établissements français ou belges sont obligés de s'adapter aux demandes des personnes ou de leurs parents et aux exigences des partenaires institutionnels qui demandent que l'on conjugue le respect des droits avec celui d'un cadre budgétaire rigoureux. Face à ces instabilités inhérentes à la vie des établissements, la direction doit rassurer les acteurs quant aux responsabilités encourues. Cette notion de responsabilité est souvent mal connue et donc mal appréhendée. Ce faisant, elle est susceptible de bloquer certains accompagnements de personne handicapée et de nourrir nombre d'interrogations dans le cadre du dialogue social d'entreprise.

900. Parmi les actions de formation qu'il faut prévoir, il paraît indispensable de prendre un temps permettant d'expliquer les contours de la responsabilité extracontractuelle et de la responsabilité pénale. Le respect des droits des personnes handicapées en établissement au sens de la CIDPH nécessite que l'ensemble des acteurs maîtrise les règles de la responsabilité. La direction doit faire en sorte que cette thématique soit transparente dans le sens où toutes les zones de flou et d'incertitudes doivent disparaître.

901. Le thème des délégations de pouvoirs doit être également mis à l'agenda des établissements. Il représente souvent une zone grise dans la mesure où il est rarement maîtrisé par les directions d'établissement. Plusieurs raisons peuvent expliquer cet état de fait. Tout d'abord, il faut souligner que le thème est complexe et qu'il est nécessaire de mobiliser du temps pour aborder la littérature idoine et la jurisprudence. Ensuite, il faut reconnaître que les textes ne facilitent pas l'approche du thème en utilisant des termes proches pour décrire une réalité différente. Enfin, le thème de la délégation n'est pas facile à aborder car il nécessite que l'on examine plus avant chaque délimitation de pouvoirs au sein de l'organisation. En matière de délégation, la réflexion juridique doit se mener conjointement avec une analyse de la répartition des pouvoirs. Déléguer ses pouvoirs, c'est accepter « d'abandonner » une partie de ses pouvoirs au profit d'une autre personne et de ne plus intervenir sur les domaines délégués. L'explication de ces mécanismes est indispensable avant d'envisager un travail juridique efficace. La lecture de la jurisprudence permet de saisir toute la difficulté du thème de la délégation et les nombreux obstacles qu'il faut surmonter.

902. Dans une vision ascendante de l'effectivité des droits, il est donc nécessaire que tous les acteurs soient correctement informés. L'environnement de l'établissement doit également

permettre une diffusion d'informations lorsque les droits ne sont pas respectés, en assurant une protection de la personne qui a lancé l'alerte. Des mécanismes de mobilisation autour des situations de carences de droit existent à un niveau plus général. Par le biais des réclamations déposées auprès du Conseil de l'Europe, les organisations infra-étatiques peuvent alerter les citoyens sur les carences des pouvoirs publics.

903. Les associations françaises et belges se sont unies à plusieurs reprises pour porter des réclamations devant le Conseil de l'Europe. Les actions devant le Conseil de l'Europe nécessitent que l'organisation qui porte la réclamation soit habilitée pour le faire. Cette obligation explique en partie la collaboration franco-belge, car les associations belges sont titulaires de cette habilitation. Pour autant, l'action franco-belge induit un accord entre toutes les associations pour reconnaître la violation des droits par l'État. Engagée et reconnue, l'action franco-belge servira ensuite de base pour mener des actions de plaidoyer.

Titre 2 : La promotion des actions collectives franco-belges pour la défense des droits

904. Chaque mois de septembre nous offre le même spectacle. Pendant quelques jours, les médias donnent abondamment la parole aux personnes qui abandonnent, avec beaucoup de tristesse, leur costume de vacancier au profit de celui de salarié hâlé. Comme chaque année, il est conseillé de ne pas emprunter telle route au risque de prolonger son temps de transport de plusieurs heures. Le rôle de la communication faite autour des routes de retour de vacances est important et doit éclairer le citoyen sur les bonnes décisions à prendre pour gagner du temps, ou ne pas trop en perdre, tout en restant en sécurité. Le mois de septembre est également synonyme, pour les jeunes élèves, d'un retour sur les bancs de l'école et d'échanges autour des vacances qui viennent de s'écouler. Qui animera le cours de français ? quel sera la répartition des cours de mathématiques ? autant de questions que nombre d'élèves se posent et qui trouveront, pour certains, rapidement une réponse.

905. Pour les élèves en situation de handicap, le mois de septembre n'a souvent pas la même saveur et annonce une situation quelque peu différente. Les questions autour de l'animation des cours ou de leur répartition sont très éloignées de leurs préoccupations. Pour un certain nombre d'entre eux le mois de septembre est, au contraire, synonyme du début d'un combat pour obtenir une place dans un collège ou dans un lycée et, leur parent, de se demander quelle est la meilleure voie à emprunter pour accompagner leur enfant. Pour nombre d'enfants handicapés, les mois de septembre se succèdent et se ressemblent dans la mesure où l'absence de réponse satisfaisante des pouvoirs publics laisse trop d'enfants sur le trottoir, devant les grilles fermées des écoles. Pour l'UNAPEI, le combat pour l'éducation est ravivé à chaque rentrée scolaire et fait réapparaître la campagne « *jaipasecole* »¹⁴¹⁴. La photographie d'un enfant portant une pancarte indiquant « *jaipasecole* », témoigne de situations juridiquement choquantes et humainement intolérables. Les parents, les enfants et les personnels des établissements sont invités à apporter leurs témoignages afin que le public puisse prendre la juste mesure de la

¹⁴¹⁴ L'Unapei organise chaque année, une campagne visant à sensibiliser l'opinion publique sur le manque de places à l'école permettant d'accueillir des enfants en situation de handicap. Cette campagne dénonce la non effectivité des droits à l'éducation de milliers d'enfants en raison de leur différence que ce soit en école ordinaire ou spécialisée. Les parents, les enfants et tous les personnels éducatifs à faire connaître la dure réalité de leurs parcours en témoignant sur le site <http://www.marentree.org> pour sensibiliser le plus grand nombre au parcours souvent chaotique, source d'exclusion et de perte de chance. Quelques témoignages figurent en annexe de cette recherche.

réalité des situations vécues. Les images doivent mobiliser tous les acteurs de la société afin que des mesures soient prises. Cette action de sensibilisation et de plaidoyer a également pour objectif de pointer l'écart entre les messages délivrés par les autorités publiques et la réalité vécue par les familles. Paraphrasant la phrase d'un ancien Président de la République, la campagne de l'UNAPEI nous invite à considérer les situations réelles pour s'éloigner de la rhétorique inclusive ambiante, en indiquant qu'« *il faut prendre les choses comme elles sont, car on ne fait pas de politique autrement que sur des réalités* »¹⁴¹⁵.

906. Quelle leçon peut-on tirer de cette campagne menée par l'UNAPEI ? Dans quelle mesure, cette approche de communication pourrait-elle être utile dans le cadre de notre réflexion sur l'effectivité des droits des personnes handicapées ? La récurrence d'une communication organisée autour du non-respect des droits permet-elle de faire avancer la conscience de la société quant à l'absence de leur effectivité ? Une chose est certaine, pour les pouvoirs publics comme pour les directions d'établissement, les communications extérieures autour de situations dissonantes sont diversement appréciées. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les modèles de fiches d'événements indésirables proposés par les ARS pour constater que les autorités obligent les établissements à les informer rapidement sur le fait que la situation a déjà fait l'objet d'une communication vers l'extérieur.

907. Un constat s'impose donc rapidement : la seule production d'un droit national ne suffit pas à le rendre effectif, dans le sens où le droit n'inonde pas automatiquement toutes les strates de la société du seul fait de son émergence. Force est de constater que les lois n° 2002-2 du 2 janvier 2002 et la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 n'ont pas permis de reconnaître parfaitement les droits des personnes handicapées, dans les établissements médico-sociaux. Une remarque analogue peut être faite concernant la production d'un droit international. En 2022, le rapport d'application de la Convention internationale relative aux personnes handicapées par la France auprès du Comité des droits de l'ONU n'a fait que confirmer que l'État, lui-même, n'accordait qu'une place limitée à la convention. Le retard dans la production de ce rapport¹⁴¹⁶ est significatif de la place qu'occupe le droit conventionnel dans les esprits et dans la stratégie des pouvoirs publics, pour la mise en œuvre d'une politique en faveur des

¹⁴¹⁵ Cette phrase est extraite d'un entretien entre le général de Gaulle et Michel Droit entre les deux tours de l'élection présidentielle de 1965.

¹⁴¹⁶ Pour rappel, les États avaient l'obligation de rendre un rapport deux ans après sa ratification. En France, ce rapport était attendu en 2012, et il n'a été publié qu'en 2022.

personnes handicapées. En Belgique, l'impact de la Convention internationale relative aux personnes handicapées est différent. Les pouvoirs publics ont respecté les termes conventionnels quant à la production des rapports, malgré la crise sanitaire de 2020. Par ailleurs, il est important de souligner que le mouvement initié par la Convention internationale relative aux personnes handicapées a permis de modifier la Constitution fédérale en intégrant un article 22^{ter}. Désormais la « situation de handicap », « les aménagements raisonnables » et « l'inclusion » sont mentionnés dans la Constitution fédérale belge.

908. Pour autant, la seule production de droits ne suffit pas à les rendre effectifs, et leur multiplication plonge le citoyen dans le flou. Afin de pallier ces difficultés, il semble important d'explorer la voie de la communication et de la promotion autour des droits, afin de faciliter leur reconnaissance et leur appréhension par les acteurs sociaux. Cette démarche se vérifie, tout d'abord, pour les établissements médico-sociaux, dans la mesure où chaque direction reconnaît que la promotion réalisée autour des droits des personnes handicapées facilite leur respect. Chaque direction doit mettre en avant une démarche de « *glasnost* »¹⁴¹⁷ pour que les salariés, les parents et les personnes elles-mêmes deviennent les garants du respect des droits. La promotion des débats est une des garanties de l'effectivité des droits. L'organisation d'un Conseil de la vie sociale « *interactif* » est assurément la garantie des droits dans les établissements, lorsqu'elle permet la juste information des acteurs et le respect des pouvoirs de chacun. Comme il a déjà été souligné dans notre première partie, la transparence et la communication autour des droits permettent à chacun de s'exprimer et de mesurer le chemin qu'il reste encore à parcourir dans les établissements. Les établissements doivent considérer l'altérité et accepter qu'un œil extérieur porte un regard critique sur le fonctionnement.

909. On peut constater une démarche identique pour l'application de textes conventionnels au niveau paneuropéen. L'activité du Conseil de l'Europe, par le biais des différentes conventions, offre des processus de reconnaissance des droits permettant un rappel constant des efforts à produire, afin que les dispositions conventionnelles soient conformes au droit national. Au total, on compte près de 226 traités qui ont été approuvés par le Conseil de l'Europe sur des thèmes, aussi divers que la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés

¹⁴¹⁷ Ce terme russe est mis en avant par Mikhaïl Gorbatchev pour expliquer la politique de transparence et de liberté d'expression après l'accident nucléaire de Tchernobyl.

fondamentales¹⁴¹⁸, ou la Charte sociale européenne¹⁴¹⁹. L'examen de la Charte sociale européenne sera au centre de nos préoccupations dans le cadre de notre recherche, car elle accorde une place importante à l'application des textes plus qu'aux textes eux-mêmes. Dans le cadre de cette convention, il est demandé aux États de produire des rapports annuels retraçant les avancées enregistrées quant aux garanties accordées aux citoyens pour faire reconnaître leurs droits.

910. Suivant cette même logique, les États sont également invités à exposer les progrès suite aux réclamations collectives suivies par le Comité européen des droits sociaux. Ces procédures, devant l'ensemble des membres du Conseil de l'Europe, exposent les progrès attendus afin que l'État respecte parfaitement les droits énoncés dans la Charte sociale européenne. La réduction des écarts, entre l'état du droit dans le pays et celui de la Charte sociale européenne, fait donc l'objet d'une attention de la part du Comité européen des droits sociaux et l'État est amené à justifier tout retard dans la mise à niveau de sa législation interne. Ces techniques de suivi de la Charte sociale européenne méritent une attention particulière, dans la mesure où les pays sont contraints d'exposer les efforts réalisés pour rattraper leur retard. L'exposé permanent demandé

¹⁴¹⁸ Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (STE n° 005), Entrée en vigueur le 03/09/1953, « *La "Convention européenne des Droits de l'Homme" énonce une liste de droits et libertés fondamentaux (droit à la vie, interdiction de la torture, interdiction de l'esclavage et du travail forcé, droit à la liberté et à la sûreté, droit à un procès équitable, pas de peine sans loi, droit au respect de la vie privée et familiale, liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'expression, liberté de réunion et d'association, droit au mariage, droit à un recours effectif, interdiction de discrimination. D'autres droits ont été ajoutés par des protocoles additionnels à la Convention (Protocoles 1 (STE no. 009), 4 (STE no. 046), 6 (STE no. 114), 7 (STE no. 117), 12 (STE no. 177), 13 (STE no. 187), 14 (STCE no. 194), 15 (STCE no. 213) et 16 (STCE no. 214)),*

[En ligne], Disponible à l'adresse :<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list2?module=treaty-detail&treatynum=005>, [Consulté le 11 avril 2023].

¹⁴¹⁹ Charte sociale européenne (révisée) (STE n° 163). Entrée en vigueur le 01/07/1999, « *La Charte sociale européenne (révisée) de 1996 réunit en un seul instrument les droits garantis par la Charte de 1961 et son Protocole additionnel de 1988 (STE n° 128), ainsi que les nouveaux droits et amendements adoptés par les Parties. Elle se substitue progressivement au traité initial de 1961. La Charte (révisée) garantit les droits économiques et sociaux fondamentaux de tous les individus dans leur vie quotidienne. La Charte (révisée) est soumise au système de contrôle établi par la Charte de 1961, renforcé par le Protocole d'amendement de 1991 (STE n° 142) et par le Protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives (STE n° 158) »,*

[En ligne], Disponible à l'adresse :<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list2?module=treaty-detail&treatynum=163>, [Consulté le 11 avril 2023].

aux États, ainsi que les actions de plaidoyers portées par les associations, sont autant de voies complémentaires favorisant l'effectivité des droits.

911. Mettre en lumière les obstacles qui empêchent le droit à une vie autonome et incluse dans la société, obliger l'État à exposer les progrès déjà réalisés et ceux qui restent en perspective, tels sont les enjeux du Conseil de l'Europe par le truchement de la Charte sociale européenne. Rendre public, de manière récurrente, les droits qui ne sont pas respectés, constitue une voie complémentaire sur la route de l'effectivité.

912. Après avoir rappelé les procédures de promotion des réclamations auprès du Conseil de l'Europe (**Chapitre 1**), nous illustrerons la démarche autour d'une action franco-belge de plaidoyer (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La promotion des réclamations auprès du Conseil de l'Europe

913. Parce que certains acteurs nationaux considèrent que leur pays ne respecte pas les droits tels qu'énoncés par la Charte sociale européenne, il leur est possible de déposer une réclamation auprès de Conseil de l'Europe en respectant un certain nombre de conditions. A ce niveau, le débat ne se nourrit pas de difficultés personnelles entre une famille et un établissement, mais interroge plutôt l'application d'un droit qui ne semble pas suffisamment garanti par l'État. L'objectif final n'est pas, pour les acteurs nationaux, d'obtenir une condamnation judiciaire. L'action du Comité européen des droits sociaux n'a qu'une portée déclaratoire sans incidence judiciaire. A première vue, on pourrait considérer qu'il sera difficile de mobiliser les citoyens autour de réclamations collectives qui n'obligent pas l'État. Dans ce cadre, comment peut-on faire avancer la défense des droits des personnes handicapées ?

914. L'analyse des réclamations collectives vient compléter nos travaux sur l'effectivité en considérant une voie différente pour défendre les droits des personnes handicapées, celle de l'information du public autour des situations dissonantes. A titre d'exemple, la réclamation concernant l'autisme et la multiplication des témoignages ont mis en lumière les difficultés d'accompagnement afin de mobiliser le public. Par la suite, les pouvoirs publics se sont saisis des demandes des familles en proposant des plans d'actions spécifiques. Les réclamations collectives ne s'arrêtent pas au fait que les pouvoirs publics affirment se saisir d'une question. La procédure impose l'examen de la situation de l'État tant que la question n'est pas complètement résolue. On doit alors quitter la sphère rhétorique pour entrer dans l'examen des réalisations concrètes. Affirmer qu'une action est inclusive et que l'on favorise l'autonomie ne suffit pas à exonérer l'État d'accompagner des progrès réellement quantifiables. La réclamation restera active auprès du Conseil de l'Europe tant que l'État n'aura pas fait état des actions réalisées. Cette demande lancinante, exposée auprès des membres du Conseil de l'Europe, pousse les États à apporter des réponses aux questions posées.

915. Les réclamations collectives couvrent plusieurs domaines et obéissent à une procédure identique (**Section 1**). Il existe un certain nombre d'étapes précises qui détermineront la recevabilité et le bien-fondé de la réclamation. En Belgique comme en France, l'examen des réclamations collectives ne se résume pas autour d'un temps unique. L'examen peut mobiliser les acteurs sur un temps long (**Section 2**).

Section 1 : Plusieurs domaines couverts par une procédure identique

916. Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) doit contrôler la conformité du droit national à la Charte sociale européenne. Composé de quinze experts indépendants élus pour six ans¹⁴²⁰ par le Comité des ministres, le CEDS examine les rapports des États pour s'assurer que les mesures nationales prises correspondent à l'application de la Charte. Le contrôle porte à la fois sur la Charte sociale européenne initiale et sur la Charte sociale européenne révisée¹⁴²¹. Depuis le Protocole additionnel à la Charte, il est également possible, pour les syndicats ou les organisations non gouvernementales, de déposer des réclamations collectives auprès du CEDS, s'ils estiment qu'il y a violation de la Charte de la part de l'État.

917. L'examen fréquent de la situation de l'État au regard de la Charte et la promotion qui est faite autour des carences constatées participent de la diffusion des droits dans la société. Les différentes étapes d'examen des réclamations collectives donnent lieu à une publication des échanges des parties sur le site du Conseil de l'Europe. De cette manière, le citoyen peut suivre l'avancée de la procédure et l'argumentation de chacun, les syndicats ou les organisations non gouvernementales peuvent dans le même temps travailler leur plaidoyer.

918. Après avoir exposé les différentes étapes de la procédure (I), les réclamations collectives nous permettront d'illustrer la situation des personnes autistes, sur plusieurs années (II).

I. Les différentes étapes de la procédure de réclamation collective

919. Il est intéressant de s'arrêter sur les différentes étapes qui jalonnent les réclamations collectives, car celles-ci sont spécifiques et ne peuvent être comparées avec celles qui accompagnent les procédures judiciaires. En effet, chaque étape de la réclamation autorise des échanges entre les parties qui peuvent mettre en avant des arguments nouveaux à l'appui de leur démarche. Ces échanges ne sont pas limités dans les temps : le CEDS, suivant les règles prévues par le Protocole additionnel de 1995, peut déterminer librement le temps consacré aux

¹⁴²⁰ Le mandat des membres du CEDS peut être renouvelé une fois. Au total, on peut être membre du CEDS pendant douze ans.

¹⁴²¹ La Charte sociale européenne initiale a été signée le 18 octobre 1961, Série des traités européens n°35, et la Charte sociale européenne révisée date du 3 mai 1996, Série des traités européens n°163.

échanges entre les parties. L'article 7 du Protocole¹⁴²² illustre cette liberté dans la gestion du temps par l'utilisation de l'expression, « *dans un délai qu'il aura fixé* ».

920. Après avoir exposé les conditions de recevabilité des réclamations (A) on exposera le fait qu'une décision sur le bien-fondé de l'action est nécessaire (B).

A. La recevabilité de la réclamation

921. Le protocole additionnel est entré en vigueur le premier juillet 1998 et permet aux partenaires sociaux et aux organisations non gouvernementales de déposer une réclamation collective pour pointer les carences d'un État dans l'application des droits de la Charte. Il est important de noter que le CEDS ne peut recevoir des requêtes individuelles, portées par des personnes physiques. Au contraire, le caractère collectif de la réclamation doit permettre de soulever des questions générales concernant la non-conformité du droit, vis-à-vis des dispositions de la Charte. Les organisations qui portent la réclamation n'ont pas à être directement victimes de la violation de la Charte.

922. La réclamation collective doit respecter certaines règles pour être déclarée recevable. Il faut que la demande soit écrite et signée par une personne dûment habilitée à représenter l'organisation. Cette dernière doit être reconnue comme étant qualifiée dans le domaine sur lequel porte la réclamation collective. Pour soutenir une réclamation dans le champ du handicap il faudra, dès lors, que l'organisation non gouvernementale œuvre dans ce domaine et puisse exposer ses actions spécifiques de défense des droits. Dès l'étape de la recevabilité, le rapporteur nommé par le CEDS pour suivre la réclamation peut demander, à chaque partie, de faire valoir des observations par écrit. Toutes les réponses sont publiées sur le site internet du Conseil et peuvent donc être consultées par le public.

¹⁴²² Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, Série des traités européens n°158, Article 7 Alinéa 1 : « *S'il décide qu'une réclamation est recevable, le Comité d'experts indépendants en informe, par l'intermédiaire du Secrétaire Général, les Parties contractantes à la Charte. Il demande à la Partie contractante mise en cause et à l'organisation auteur de la réclamation de lui soumettre par écrit, dans un délai qu'il aura fixé, toutes explications ou informations appropriées, et aux autres Parties contractantes au présent Protocole les observations qu'elles souhaiteraient lui transmettre dans le même délai* ».

B. La décision sur le bien-fondé de la réclamation

923. La recevabilité étant acquise, le CEDS va, par la suite, s'interroger sur le bien-fondé de la réclamation. Une fois de plus, les parties sont invitées à ce stade à échanger leurs arguments sur les points d'application du droit qui les opposent. Le Président du CEDS peut inviter des personnes tierces à faire connaître leur opinion. En France, la Défenseure des droits peut alimenter le débat de ses commentaires ; en Belgique, c'est l'UNIA¹⁴²³ qui pourra intervenir pour apporter un éclairage. Les différents échanges sont publics, ainsi que les contributions tierces et peuvent donner lieu à des auditions.

924. A la suite des échanges, le CEDS fait connaître sa décision en publiant un rapport remis aux parties et au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Le document résume les différentes étapes de la procédure et met en évidence la position et les arguments de chacune des parties. Le document est publié sur le site internet du Conseil de l'Europe et nourrit les éventuels plaidoyers, en faveur d'une meilleure prise en compte de la Charte.

925. Lorsque l'État affiche son intention de mettre le droit interne en conformité avec la Charte, le Comité des Ministres adopte une résolution à la majorité des votants. Si les échanges n'ont pas produit leurs fruits et que l'État n'envisage pas de mettre sa situation en conformité, le Conseil des Ministres peut proposer le vote d'une recommandation à la majorité des deux tiers des votants. Au final, la publication finale du rapport relatif au bien-fondé sera rendue publique, dans un délai de quatre mois, après la transmission au Comité des Ministres. Pour autant, le processus ne s'arrête pas après la publication d'une résolution ou d'une recommandation ; l'État devra mettre en avant, dans ses futurs rapports, les dispositions prises pour effacer les points de violation de la Charte. Cette démarche est intéressante dans la mesure où elle oblige les parties à s'éloigner de la sphère rhétorique pour se concentrer sur les actes réels. L'inclusion devient une démarche concrète que l'on peut évaluer.

¹⁴²³ Le site internet de l'UNIA permet de découvrir ce mécanisme indépendant permettant de lutter contre toutes les formes de discrimination. Il est spécifié que l'« *Unia est une institution publique indépendante qui lutte contre la discrimination et défend l'égalité en Belgique. Nous défendons la participation égale et inclusive de tous et toutes dans tous les secteurs de la société. Et nous veillons au respect des droits humains en Belgique* », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.unia.be/fr/a-propos-dunia>, [Consulté le 15 octobre 2023].

II. L'accompagnement du handicap, l'autisme en lumière

926. Une réclamation collective a, pour objectif, de mettre en lumière une ou plusieurs violations de la Charte par un État. L'exposition publique des constats de carence devant l'ensemble des membres du Conseil de l'Europe, induit une promotion négative pour l'État. Les acteurs du champ du handicap se sont saisis, assez rapidement de cette possibilité, pour faire savoir que les actions des pouvoirs publics n'étaient pas satisfaisantes.

927. Les associations françaises et belges ont déposé une réclamation collective 13/2002 auprès du CEDS, peu de temps après la publication du protocole idoine (A). Dès 2002, le CEDS a été saisi d'une réclamation¹⁴²⁴ portée par l'Association internationale Autisme-Europe, contre l'État français¹⁴²⁵ (B). L'analyse de cette réclamation nous indique que le travail couvre plusieurs années (C).

A. La réclamation 13/2002, une collaboration entre associations françaises et belges

928. Le processus de dépôt d'une réclamation exige une congruence d'intérêts entre plusieurs structures. Les unes ont souvent un rayon d'action nationale et les autres ont le plus souvent une dynamique d'action européenne, reconnue par le Conseil de l'Europe. La réclamation 13/2002 est une illustration d'un travail commun qui s'instaure entre associations françaises et belges. La proximité géographique et historique des deux pays conjuguée au développement des accueils de personnes françaises handicapées sur le territoire belge (plus particulièrement la Wallonie), facilite la mise en commun des forces quand il s'agit de dénoncer des violations de la Charte. Il apparaît évident que les situations de personnes handicapées dans le département des Hauts-de-France ainsi qu'en Wallonie sont proches et appellent des réponses analogues de la part des pouvoirs publics. L'exemple de la réclamation 13/2002 n'est pas unique. L'analyse de la base de données de la Charte fournit d'autres exemples de coopération entre les structures des deux pays. En 2013, par exemple, une réclamation a été exposée par les associations

¹⁴²⁴ Comité européen des droits sociaux, Réclamation n°13/2002, Association internationale Autisme-Europe, présentée le 26 juillet 2002, Décision de recevabilité le 12 décembre 2002.

¹⁴²⁵ Conformément aux règles de fonctionnement du CEDS, l'Association internationale Autisme-Europe exprime la voie de l'association française « *Vaincre l'autisme* ». Pour être recevable, une réclamation doit être portée par une institution reconnue par le Conseil de l'Europe, c'est le cas de l'Association internationale Autisme-Europe.

AEH¹⁴²⁶ et Autisme France¹⁴²⁷ contre la France. La réclamation de l'UNAPEI, de l'APF et de l'UNAFAM exposée ci-après, est aussi le signe d'une entente entre des structures françaises et belges.

929. Ces exemples de réclamations collectives, proposées par des associations françaises et portées par des institutions belges devant le Conseil de l'Europe, illustrent une même vision du champ du handicap de part et d'autre de la frontière. La ratification de la Charte oblige les États à aligner leur législation interne et leurs pratiques afin d'éviter une mise en lumière de leurs carences. Il est intéressant de mettre en miroir les réclamations collectives contre la France et la démarche des pouvoirs publics français, dans le cadre de la convention franco-wallonne. D'un côté, le Conseil de l'Europe pointe les violations de l'État français quant à l'application de la Charte et, de l'autre, la France a souhaité que la Wallonie modifie sa législation de manière à ce qu'elle encadre mieux la gestion des accueils de français en établissement. Ces situations questionnent les citoyens quant à la valeur accordée au droit des personnes handicapées. Elles nous invitent à considérer que l'effectivité des droits se conjugue parfois avec des impératifs financiers assez éloignés de l'environnement juridique¹⁴²⁸. Dans le cadre de sa convention avec

¹⁴²⁶ Sur le site internet de l'association, on peut lire qu'« *L'Action Européenne des Handicapés (AEH), une organisation non gouvernementale qui rassemble actuellement 8 organisations, toutes concernées par la défense des droits des personnes handicapées. Ces organisations ont leur siège dans différents états membres de l'Union Européenne comme par exemple la France, le Luxembourg, la Belgique, l'Allemagne, les Pays Bas, l'Autriche et la Slovénie* », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.aeh-europe.de/fr/ID64049>, [Consulté le 11 avril 2023].

¹⁴²⁷ Sur le site internet de l'association, on peut lire qu'« *Autisme France, association de parents reconnue d'utilité publique, représente environ 9.000 familles au sein de son mouvement associatif, composé de plus de 100 associations membres, partenaires et affiliées. Elle est née en 1989 d'un constat : les personnes autistes en France n'ont pas toujours droit à un diagnostic correct et à un accompagnement décent tout au long de leur vie. Certaines des associations partenaires gèrent des structures et services médico-sociaux* », [En ligne], Disponible à l'adresse <https://www.autisme-france.fr/qui-sommes-nous>, [Consulté le 11 avril 2023].

¹⁴²⁸ Les pouvoirs publics français souhaitent désormais maîtriser les coûts liés à l'accueil des personnes handicapées françaises en Wallonie. Le 21 janvier 2021, un communiqué de presse commun entre les deux pays, dressait les lignes directrices des futures collaborations en évoquant l'idée d'un moratoire. « *Le 21 janvier 2021, lors de la réunion de la commission mixte paritaire en application de l'accord cadre franco-wallon de 2011 relatif à l'accueil des personnes en situation de handicap en Belgique, un moratoire sur la capacité d'accueil des adultes handicapés français en Belgique au 28 février 2021 a été annoncé. Il sera suivi, sur le plan qualitatif, du déploiement du conventionnement prévu dans le cadre de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020, afin de garantir la qualité de la prise en charge et l'accompagnement des personnes* »,

la Wallonie, les pouvoirs publics français expose une vision impérative et répressive du droit, éloignée de la philosophie wallonne. De ce point de vue, il est intéressant de comparer le discours tenu par les ministres en 2011 lors de la signature de la Convention et son évolution au fil du temps. D'une reconnaissance du savoir-faire wallons en matière d'accompagnement des personnes handicapées, on s'est dirigé vers la volonté française d'organiser des contrôles communs entre les deux pays.

B. La réclamation 13/2002, les bases de la violation de la Charte

930. Le 12 décembre 2002, une décision sur la recevabilité a été rendue par le CEDS sur la base des articles 15§1¹⁴²⁹, 17§1¹⁴³⁰ et l'article E¹⁴³¹ de la Charte révisée¹⁴³². L'association internationale Autisme-Europe soutient que la France, malgré l'existence d'un droit positif pour les personnes handicapées, souffre d'un manque de financement budgétaire suffisant afin que le droit soit effectif. L'association soutenait que les enfants et adultes n'ont pas accès au système éducatif ordinaire ou aux institutions spécialisées. Des observations complémentaires¹⁴³³ ont

[En ligne], Disponible à l'adresse : [21012021- cp - moratoire des places en belgique et accélération de la création de solutions d'accueil de proximité pour les personnes en situation de handicap en france.pdf](#), [Consulté le 15 octobre 2023].

¹⁴²⁹ Conseil de l'Europe, Charte sociale européenne, Série des traités européens n°163, Article 15§1 : « *En vue de garantir aux personnes handicapées, quel que soit leur âge, la nature et l'origine de leur handicap, l'exercice effectif du droit à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté, les Parties s'engagent notamment : à prendre les mesures nécessaires pour fournir aux personnes handicapées une orientation, une éducation et une formation professionnelle dans le cadre du droit commun chaque fois que possible ou, si tel n'est pas le cas, par le biais d'institutions spécialisées publiques ou privées* ».

¹⁴³⁰ Ibid., Article 17§1 : « *En vue d'assurer aux enfants et aux adolescents l'exercice effectif du droit de grandir dans un milieu favorable à l'épanouissement de leur personnalité et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales, les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques ou privées, toutes les mesures nécessaires et appropriées tendant : à assurer aux enfants et aux adolescents, compte tenu des droits et des devoirs des parents, les soins, l'assistance, l'éducation et la formation dont ils ont besoin, notamment en prévoyant la création ou le maintien d'institutions ou de services adéquats et suffisants à cette fin* ».

¹⁴³¹ Ibid., Article E : « *La jouissance des droits reconnus dans la présente Charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation* ».

¹⁴³² Conseil de l'Europe, Charte sociale européenne, Série des traités européens n°163.

¹⁴³³ Des observations complémentaires ont été faites par la Confédération européenne des Syndicats (CES), l'Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs d'Europe (UNICE) et par l'Organisation internationale des Employeurs (OIE).

été faites par plusieurs organisations syndicales et une audition publique¹⁴³⁴ a été organisée pour permettre une mise en lumière des arguments.

931. Les échanges entre les parties vont mettre en évidence un accord quant au manque de places pour les personnes autistes. Malgré un plan de rattrapage (1995-2000), l'association estime que le compte n'est pas suffisant et subséquemment que le droit n'est pas respecté. A partir des chiffres officiels, l'association affirme ironiquement qu'« *à ce rythme, il faudrait un siècle pour résorber le déficit de places, sans compter l'accroissement naturel de la population autiste que l'on peut estimer, d'après les chiffres officiels, à 160 personnes par an* ». En réponse, le gouvernement français reconnaît qu'une partie de sa communication repose sur des chiffres généraux qui ne concernent pas exclusivement les personnes autistes, mais considère qu'il existe de nombreux textes visant à garantir les droits des personnes handicapées.

932. Dans la décision sur le bien-fondé de la réclamation¹⁴³⁵, le CEDS apporte un éclairage intéressant quant à la lecture de l'article E de la Charte. Bien que le handicap ne figure pas explicitement dans l'article E, le CEDS considère qu'il est couvert par les termes « *toute autre situation* ». Par ailleurs, pour asseoir cette interprétation, le CEDS indique que le libellé de l'article E et celui de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴³⁶ sont proches. Dans un arrêt du 6 avril 2000¹⁴³⁷, la Cour européenne des droits de l'homme donnait une illustration sur la manière d'interpréter l'article 14 à l'aune de la discrimination. En l'espèce, la Cour devait se prononcer sur la situation d'une personne dont la candidature n'avait pas été retenue au regard d'une condamnation pénale. La lecture du paragraphe 44 de l'arrêt permet d'avoir une vision exhaustive de la notion de discrimination, au sens de la Cour européenne des droits de l'homme. L'arrêt dispose qu'il ne faut pas que l'on subisse un

¹⁴³⁴ Le système d'audition publique est prévu par l'article 7§4 du Protocole prévoyant un système de réclamations collectives et de l'article 29§1 du règlement du Comité.

¹⁴³⁵ Comité européen des droits sociaux, Décision sur le bien-fondé, Réclamation n°13/2002, publicité 8 mars 2004.

¹⁴³⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Article 14, Interdiction de discrimination : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

¹⁴³⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Thlimmenos c. Grèce*, Requête n°34369/97, 6 avril 2000.

traitement différent si l'on se trouve dans une situation analogue¹⁴³⁸, et indique qu' « *Au regard de l'article 14, une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». La notion de discrimination doit s'entendre comme étant une notion « vivante », qui peut évoluer en fonction des mouvements de la société. Dans le champ du handicap, l'évolution de la notion de discrimination suivra celle de la notion de situation de handicap, qui introduit l'environnement comme facteur principal de création de situation handicapante. La vision biomédicale doit donc laisser la place à la responsabilité de l'environnement au sens large, en tant que source de handicap.

933. Poursuivant la lecture de l'arrêt (*Par. 44*), il est indiqué que la discrimination peut être regardée d'une manière différente. La violation de la Charte peut également être constatée lorsque les personnes ne reçoivent pas un traitement différent, alors que leur situation pourrait le justifier¹⁴³⁹. Dans l'arrêt, la Cour estime que le requérant aurait dû être considéré différemment au regard des motifs de sa condamnation, et déclare « *qu'infliger une autre sanction à l'intéressé était disproportionné. Il s'ensuit que l'exclusion du requérant de la profession d'expert-comptable ne poursuivait pas un but légitime. Partant, la Cour considère que le refus de traiter le requérant, différemment des autres personnes reconnues coupables d'un crime, n'avait aucune justification objective et raisonnable* » (*Par. 47*). Sanction disproportionnée, poursuite d'un but légitime et refus d'un traitement dépourvu de justification objective et raisonnable, tels sont les critères posés par la Cour européenne des droits de l'homme pour déterminer un comportement discriminatoire.

934. Au regard des apports de la Cour, le CEDS considère que la discrimination peut être directe ou indirecte, et impose que l'État prenne des initiatives pour faire évoluer la situation.

¹⁴³⁸ Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt *Inze c. Autriche* du 28 octobre 1987, série A n° 126, Requête n°8695/79.

¹⁴³⁹ Cour européenne des droits de l'homme, Affaire *Thlimmenos c. Grèce*, Paragraphe 44, Requête n°34369/97, 6 avril 2000 : « *La Cour a conclu jusqu'à présent à la violation du droit garanti par l'article 14 de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention lorsque les Etats font subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues (arrêt Inze précité, p. 18, § 41). Toutefois, elle estime que ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes* ».

Les initiatives peuvent couvrir plusieurs champs, elles peuvent être juridiques pour que le droit national ne soit pas en violation de la Charte, et doivent avoir une portée concrète. Dans sa décision de bien-fondé relative à la réclamation 13/2002, le CEDS rappelle que chaque situation cache des difficultés personnelles et familiales qui exigent des solutions rapides et efficaces, permettant de faire disparaître « *un écrasant fardeau* » (Par. 53). Le CEDS invite donc l'État à « *atteindre les objectifs de la Charte à une échéance raisonnable, au prix de progrès mesurables, en utilisant au mieux les ressources qu'il peut mobiliser* ».

935. En conclusion, le CEDS tout en reconnaissant que le débat relatif à l'accompagnement des personnes autistes est ancien, considère que la vision française de l'autisme est surannée et qu'elle est dissonante par rapport à celle de l'Organisation mondiale de la Santé. Par ailleurs, les structures d'accompagnement sont insuffisantes au regard du nombre de personnes autistes à accompagner. Ce faisant, le CEDS conclut que les articles 15§1, 17§1 et l'article E ne sont pas respectés par la France.

C. Les suites de la réclamation de l'Association internationale Autisme-Europe

936. La reconnaissance de la part du Conseil, de la violation de la Charte par la France participe de la prise de conscience des pouvoirs publics et fournit aux acteurs de la société civile, les bases juridiques de futures réclamations. Il est peut-être osé de considérer que c'est la réclamation collective 13/2002 qui a donné naissance aux différents « plans Autismes » en France. Pour autant, à partir de l'année 2005¹⁴⁴⁰ se sont succédés plusieurs plans, initiés par le gouvernement, visant à apporter des solutions d'accompagnement idoines pour les personnes autistes. Pour expliquer le développement de ces plans, on ne peut pas négliger l'impact du travail du législateur et les lois n° 2002-2 du 2 janvier 2002 et la loi n° 2005-102 du 11 février 2005. Ces mouvements successifs, en faveur des personnes autistes, ont permis une prise de conscience que la société devait apporter un soutien particulier à ces personnes, autant qu'à ces familles. Cette dynamique a pris également corps, du fait de la promotion des situations qui a été mise en lumière dans les médias. Des reportages ont mis en évidence des familles

¹⁴⁴⁰ En 2023, le gouvernement va s'engager sur la mise en œuvre d'un 5^{ème} plan Autisme. Le premier plan portait sur la période 2005 à 2007, le deuxième de 2008 à 2010, le troisième de 2013 à 2017 et le quatrième de 2018 à 2022.

d'artistes¹⁴⁴¹ confrontée aux difficultés d'accompagnement de leur enfant autiste, ainsi que les méthodes utilisées pour que la vie de la personne autiste et celle de toute la famille, devienne plus simple. L'exemple du philosophe Josef Schovanec a également permis que l'autisme soit connu dans toutes les sphères de la société et que les pouvoirs publics s'interrogent sur les mesures qu'il fallait prendre. Il suffit d'écouter une conférence de ce philosophe¹⁴⁴² pour appréhender les différences apparentes entre les personnes autistes et les autres, ainsi que les mouvements qui sont obligatoires pour éliminer les traitements discriminatoires. A la demande du Ministère des affaires sociales et de la santé, Josef Schovanec a publié un rapport relatif au devenir professionnel des personnes autistes¹⁴⁴³, dans lequel il dresse une liste des chantiers qu'il faut encore mener pour faciliter la vie professionnelle des personnes autistes. Ce faisant, il démontre qu'une personne autiste peut rédiger un rapport de plus de soixante-dix pages en direction du public et qu'elle ne doit pas être réduite à une pathologie.

937. La réclamation 13/2002 a ouvert la voie à d'autres OING, afin qu'elles fassent entendre leur voix dans le combat en faveur de la scolarisation des enfants autistes. Près de dix ans après la réclamation 13/2002, le CEDS a été saisi d'une démarche similaire portée par l'association AEH contre la France¹⁴⁴⁴. Ce sont toujours les mêmes articles qui sont mis en évidence dans la réclamation 81/2012. Le CEDS devait statuer sur la violation de l'article 15§1 et l'article E de la Charte. L'association AEH soutenait que les jeunes autistes ne bénéficiaient pas des mêmes conditions d'enseignement que l'ensemble de la population et que les actions éducatives ne constituaient pas l'axe prédominant du travail des institutions spécialisées. Dans le cadre de la réclamation, les départs vers la Belgique sont cités comme étant une illustration de la discrimination envers les personnes autistes. Il est noté que la procédure devant le CEDS n'a pas permis de mettre en lumière des situations de départ vers la Belgique, « *des enfants, des adolescents et des jeunes adultes qui sont intellectuellement et physiquement valides, en vue de leur scolarisation ou de leur formation professionnelle*¹⁴⁴⁵ ». L'obligation de partir vers un

¹⁴⁴¹ Il est fait ici référence à la vie de l'acteur Francis Perrin et de sa famille. Grâce à la mobilisation de nombreuses méthodes d'accompagnement, son fils Louis peut aujourd'hui vivre une vie normale et participer, avec son père, à des représentations théâtrales.

¹⁴⁴² Lors d'une conférence à l'EHESP, Josef Schovanec a expliqué qu'une société « normale » était une société « autiste », et que les personnes « non autistes » étaient l'exception. Au travers nombre d'exemples, le philosophe nous a fait comprendre que tout réside dans la différence de point de vue.

¹⁴⁴³ [En ligne], Disponible à l'adresse : https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_josef_schovanec.pdf, [Consulté le 13 avril 2023].

¹⁴⁴⁴ Conseil de l'Europe, *Action européenne des handicapées (AEH) c. France*, Réclamation n°81/2012.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, Paragraphe 134.

établissement wallon pour suivre une scolarité du fait de son handicap, expose les personnes autistes et leur famille à un « *curriculum de vie différent de celui qui est réservé à des personnes non atteintes d’handicap mental ou physique et sont dans un état identique du point de vue de demande de scolarisation*¹⁴⁴⁶ ». Le CEDS reconnaît la violation de l’article 15§1 combiné avec l’article E, en ce sens que les restrictions budgétaires constatées ne permettent pas la scolarisation des enfants et adolescents autistes. Cet état de fait induit un désavantage indirect des personnes handicapées.

938. Il est intéressant que la décision sur le bien-fondé de la réclamation n°81/2012 aborde le volet financier de l’application du droit. Dans une réflexion globale sur l’effectivité du droit, on se heurte très vite à ces barrières financières qui n’autorisent une juste application du droit, et nous invitent à explorer la voie de l’effectivité partielle du droit. Le focus mis sur les aspects financiers permet aussi de lever un tabou dans les discussions avec les collectivités et de faire tomber le paravent de l’inclusion. L’examen de l’évolution de la loi portant évolution du logement, de l’aménagement et du numérique, dite « loi ELAN », apporte un excellent exemple illustratif de l’impact de l’environnement financier sur le respect des droits. L’article 64 de la loi allège l’obligation d’accessibilité des immeubles collectifs. Désormais, les normes imposées par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 ne s’appliquent que pour 20 pour cent des logements neufs. La construction d’un ascenseur n’est plus obligatoire si l’immeuble a plus de trois étages : une personne handicapée, à mobilité réduite, ne pourra plus acquérir l’appartement du quatrième étage avec terrasse puisque l’immeuble a été construit sans ascenseur. Le juriste ne peut que questionner cette disposition législative qui éloigne les personnes handicapées des appartements ensoleillés du dernier étage.

939. Il est intéressant d’analyser la position du CEDS face à ces différentes réclamations. D’emblée, on constate que la procédure de réclamation collective est utilisée assez fréquemment pour dénoncer des situations discriminatoires quel que soit le handicap en cause. L’absence de force contraignante des décisions du CEDS est contrebalancée par une mise en lumière des difficultés vécues. Le CEDS n’hésite pas à mobiliser l’expression de « *curriculum de vie* » pour décrire l’impact des situations handicapantes qui marquent durablement la vie des personnes tant elles ne peuvent s’effacer. Par ailleurs, il est important de noter l’éclairage du CEDS quant à l’interprétation de l’article E de la charte. Alors que la notion de handicap

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, Paragraphe 135.

n'apparaît pas, le CEDS l'accompagne tout de même dans le débat autour des réclamations collectives par le truchement de l'expression « *toute autre situation* » qui permet d'embrasser tous les handicaps. Pour conforter cette interprétation, le CEDS note la proximité de sa position avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Les réclamations collectives permettent de faire vivre le droit des personnes handicapées et réclament un suivi des situations dans le temps.

Section 2 : Une mobilisation des acteurs sur un temps long

940. Les réclamations collectives inscrivent les procédures d'examen des situations nationales dans le temps. On pourrait rapprocher la procédure d'examen des réclamations collectives de celle en vigueur pour les rapports présentés au Comité des droits de l'ONU. Dans les deux cas, il y a des échanges entre les parties et un suivi dans le temps pour évaluer les progrès. Dans le détail, on constate une exposition fréquente de la situation du pays devant plus de quarante pays. Tant que la situation n'est pas apurée, l'État sera invité à exposer les actions entreprises ainsi que les chiffres permettant de valider les avancées. Aux yeux du CEDS, les seules déclamations politiques ne suffisent pas à justifier de la mobilisation des pouvoirs publics et à éteindre les critiques.

941. L'exemple belge illustre également le fait que l'examen des réclamations dans le temps, peut amener le Conseil de l'Europe à porter une attention particulière sur des législations en cours ou en devenir. Le Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations n'a pas hésité à indiquer qu'une loi fédérale ne garantissait pas encore à suffisance les droits.

942. L'exemple de l'autisme illustre le fait que les décisions sur le bien-fondé des réclamations nécessitent un suivi sur plusieurs années (I). En Belgique, on constate que les réclamations collectives peuvent guider les pouvoirs publics dans leur volonté de mettre en avant l'inclusion et de faire évoluer le droit interne (II).

I. Les décisions sur le bien-fondé des réclamations, le suivi sur plusieurs années

943. Comme il a déjà été indiqué, les décisions du CEDS sont déclaratoires et ont pour objectif de rappeler le droit. Il ne s'agit pas de sanctionner l'État pour violation de ses obligations conventionnelles car les décisions n'ont pas de caractère contraignant. D'emblée, on peut alors se poser la question de l'impact réel des réclamations collectives ; en d'autres termes, le processus de réclamation permet-il de faire évaluer les situations juridiques des personnes handicapées vers plus d'effectivité ? La mise en lumière des situations de violation de la Charte par l'État peut avoir un poids important dans la mesure où elle permet la mobilisation de la société. Ce faisant, nous pensons que ces actions participent aux côtés des

décisions de justice, de l'effectivité des droits. Néanmoins, il subsiste une différence importante entre une décision de juridiction nationale et une décision du CEDS qui tient au suivi des décisions dans le temps. Contrairement aux décisions de justice contraignantes qui acquièrent le plus souvent une « notoriété d'un jour », sauf dans les cas où elles représentent des ruptures de jurisprudence, les décisions déclaratoires du CEDS se perdent moins dans les couloirs du temps. Des années après avoir statué sur le bien-fondé d'une réclamation collective, le CEDS édite des rapports qui permettent de suivre les actions des États. Le volet « moins contraignant » des décisions du CEDS se trouve donc contre balancé, par des examens récurrents des progrès réalisés par l'État. Par ce processus, les carences des pouvoirs publics sont exposées au grand jour et relancent le débat public sur les droits des personnes handicapées. La lecture du rapport d'activités du CEDS pour l'année 2021¹⁴⁴⁷ illustre ce « temps long », réservé aux réclamations collectives¹⁴⁴⁸. En introduction du rapport de suivi des décisions sur le bien-fondé des réclamations collectives, il est rappelé qu'un certain nombre de pays¹⁴⁴⁹ sont invités à exposer, de nouveau, leurs actions dans des rapports simplifiés.

944. Après avoir rappelé le fonctionnement général du système de rapports successifs (A), un exposé de la réclamation de l'association Autisme-Europe (B) sera complété par celle de l'association AEH (C).

A. Le fonctionnement du système de rapports successifs

945. La production de rapports successifs est le second moyen prévu, par le CEDS, pour s'assurer du respect de la Charte¹⁴⁵⁰. Chaque pays doit transmettre au CEDS un rapport éclairant le cadre juridique national en rapport avec la Charte, ainsi que les mesures déjà prises ou envisagées pour que le droit interne soit conforme aux engagements conventionnels. Le site

¹⁴⁴⁷ Rapport d'activités 2021 du CEDS, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://rm.coe.int/ceds-rapport-d-activites-2021/1680a923cf>, [Consulté le 14 avril 2023].

¹⁴⁴⁸ Constats 2021 du CEDS, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://rm.coe.int/findings-2021-fr/1680a5eed9>, [Consulté le 14 avril 2023].

¹⁴⁴⁹ Les pays suivants sont appelés à déposer leurs conclusions sur la suite donnée aux réclamations collectives, Belgique, Bulgarie, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie et Portugal.

¹⁴⁵⁰ Il existe deux procédures pour faire respecter le droit tel qu'énoncé par la Charte, d'un côté les réclamations collectives et de l'autre les rapports étatiques. Le système de rapports est prévu par la Partie IV de la Charte de 1961, telle qu'amendée par le Protocole de Turin de 1991 (STE n° 142).

internet du Conseil fournit un exemple¹⁴⁵¹ de formulaire à utiliser pour exposer son rapport. Pour chacun des articles de la Charte qui fait l'objet d'interrogations de la part du CEDS, le rapport doit, en outre, présenter des données chiffrées : les statistiques, attestant des actions mises en place par l'État. Depuis 2007, le Comité gouvernemental a adopté un nouveau système de présentation de la Charte et de la Charte révisée, afin de segmenter les présentations des rapports et de les rendre obligatoires tous les quatre ans. Au regard du nombre d'États et du nombre d'articles, le système propose un découpage en quatre groupes des articles de la Charte¹⁴⁵². Les rapports seront présentés le 31 octobre de chaque année et le CEDS rend ses conclusions publiques, avant le 31 décembre de chaque année. Chaque disposition de la Charte fera donc l'objet d'un rapport une fois tous les quatre ans¹⁴⁵³. Chaque réclamation collective, lorsque son bien-fondé est reconnu, continue à exister par l'intermédiaire des rapports. Tous les quatre ans, l'État va devoir rendre public les progrès réalisés, et accepter que le CEDS réfute les arguments exposés en pointant les limites d'un exposé trop général de la politique du pays. La rhétorique inclusive et la vie autonome ne peuvent plus être mises en lumière sans que l'État apporte des faits et des chiffres permettant de valider ses propos. Le discours ne résiste pas devant une réalité qui ne fait pas avancer les droits. Cette analyse objective des rapports successifs constitue une réponse répétée aux démarches effectuées par les États.

B. 20 ans après la réclamation d'Autisme-Europe, quelles suites ?

946. Quel poids accordé aux décisions déclaratoires de droit ? Qu'advient-il des réclamations collectives dans le temps ? Habitué à être confronté à des décisions de justice qui condamnent l'État lorsque le droit n'est pas respecté, le citoyen peut se poser ces questions devant des

¹⁴⁵¹ Conseil de l'Europe, Formulaire pour l'établissement des rapports à présenter en application de la Charte sociale européenne (révisée) tel qu'adopté par le Conseil des Ministres le 26 mars 2008, Strasbourg, 31 mars 2008,

[En ligne], Disponible à l'adresse :

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804922f9>, [Consulté le 14 avril 2023].

¹⁴⁵² Le groupe 1 traite de l'emploi, la formation et l'égalité des chances et concerne les articles 1,9,10,15,18,20,24 et 25. Le groupe 2 traite de la santé, de la sécurité sociale et de la protection sociale et concerne les articles 3,11,12,13,14,23 et 30. Le groupe 3 traite des droits liés au travail et concerne les articles 2,4,5,6,21,22,26,28 et 29. Le groupe 4 traite des droits des enfants, des familles et des migrants et concerne les articles 7,8,16,17,19,27 et 31.

¹⁴⁵³ A titre d'exemple, une réclamation collective fondée sur la violation de l'article 15 de la Charte exigera un rapport de l'Etat lors de l'examen des droits figurant dans le groupe 1. Si les réponses de l'Etat ne mettent pas fin à la violation des droits de la Charte, l'Etat sera invité à exposer sa situation quatre ans après et ainsi de suite jusqu'à l'extinction des violations.

décisions qui ne font que constater qu'il y a eu une violation des règles. C'est sans compter sur le processus de réclamation dans sa globalité. En effet, après avoir reconnu la recevabilité de la réclamation et par la suite, son bien-fondé, les parties pourront ensuite bénéficier d'un suivi des actions de l'État sur les points de la réclamation. Ainsi, la violation du droit de la Charte ne sera pas constatée qu'une seule fois par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, mais bénéficiera d'un suivi régulier qui sera rendu public. Les rappels permanents des violations de droit obligent l'État à dévoiler plus avant ses actions qui feront l'objet d'une publication.

947. La réclamation n°13/2002 portée par l'association Autisme-Europe contre l'Etat français illustre le processus de suivi des décisions de bien-fondé. Le rapport de 2021 fait état de la quatrième évaluation du suivi de cette réclamation, cet exemple indique qu'une violation des droits mis en lumière en 2002 demeure active en 2021. Pour l'État, le démarrage de la procédure de réclamation constitue donc le début d'un long parcours d'examen public de sa situation qui ne s'arrêtera qu'avec la disparition des violations de droit. Le suivi débute par le rappel des articles qui n'étaient pas respectés. En l'espèce, la décision portait sur les articles 15§1, 17§1 et sur l'article E. Il avait été demandé de statuer sur la violation des deux premiers articles, pris isolément, et sur la combinaison de ces deux articles avec l'article E concernant la discrimination.

948. A l'appui de cette quatrième évaluation, le gouvernement reconnaît qu'il n'est pas en mesure de fournir des chiffres exacts, permettant de rendre compte finement de la situation des personnes autistes. Il confirme que de nouveaux systèmes de recueil d'informations sont à l'étude et que cette démarche a déjà été spécifiée, lors de la troisième évaluation du suivi de l'examen de la réclamation de l'association AEH n°81/2012. Par ailleurs, le gouvernement dresse la liste des évolutions législatives récentes. Il est fait mention de la loi de 2019 pour une école de confiance¹⁴⁵⁴ qui promeut une forme nouvelle de scolarisation et le développement d'une école inclusive. Nombre d'axes avaient déjà été mentionnés dans le cadre du troisième suivi et sont à nouveau mis en lumière cette fois-ci. Le Comité note ces progrès tout en signalant que des annonces similaires avaient déjà été réalisées, lors des précédents suivis. Sans entrer dans le détail des explications, on constate que le Comité ne souhaite pas se contenter

¹⁴⁵⁴ Loi n°2019-791 du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance, JORF n°0174 du 28 juillet 2019, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038829065/>, [Consulté le 15 avril 2023].

d'annonces, mais veut examiner des chiffres permettant de mesurer les progrès. Il dresse également les informations dont il souhaite disposer pour le prochain rapport¹⁴⁵⁵ et conclue que la violation des trois articles est toujours d'actualité.

C. La réclamation de l'association AEH, encore d'actualité 10 ans après

949. Plus proche de nous, la réclamation de l'association AEH a également été l'objet d'un suivi de la part du Comité¹⁴⁵⁶. La décision de bien-fondé avait mis en lumière les carences quant à l'offre de formation en direction des autistes, le droit d'être scolarisé dans un établissement de droit commun et l'absence d'actions éducatives significatives dans les établissements spécialisés. Les départs vers la Belgique étaient dénoncés, au même titre les conséquences d'une politique financière restrictive. Le rapport de suivi est l'occasion de répondre sur chacun des points de la réclamation. Le gouvernement français rappelle les efforts réalisés par l'intermédiaire du quatrième plan Autisme qui permet d'augmenter le nombre d'élèves autistes scolarisés. Un effort identique doit être noté, relativement à l'accès à la formation professionnelle des jeunes autistes. A l'appui de sa démonstration, le gouvernement rappelle une fois de plus, les données déjà transmises lors de son précédent rapport de suivi. Même si ces explications sont juridiquement justes, elles s'inscrivent dans un « *catalogue politique* » qui n'apporte aucun élément nouveau permettant de juger différemment la réclamation. Il est intéressant de constater une fois de plus que le Comité examine au plus près les progrès réalisés par l'État, sans s'attacher aux actions passées sur lesquelles il a déjà posé une appréciation. En lisant ces rapports, on comprend que les discours généraux sur l'autonomie et l'inclusion n'auront que peu d'impact sur l'opinion du Comité.

950. Dans l'évaluation du rapport, le Comité souligne le lien qui peut être tissé entre la présente évaluation et la décision sur la réclamation n°13/2002 de l'association Autisme-Europe. Le Comité relève que les informations fournies éclairent l'action des pouvoirs publics, mais demeurent trop générales. On peut lire le commentaire suivant : « *Toutefois, il relève que*

¹⁴⁵⁵ Pour le prochain rapport, le Comité souhaite pouvoir disposer des informations suivantes : la proportion d'enfants autistes par rapport à l'effectif total du groupe scolarisé dans les établissements ordinaires ou spécialisés ; le nombre d'enfants autistes exemptés de la scolarité obligatoire et qui ne reçoivent aucune instruction ; les recours intentés pour refus de scolarisation d'enfants autistes et le taux de succès de ces recours.

¹⁴⁵⁶ Action européenne des handicapés (AEH) c. France, Réclamation n°81/2012, décision sur le bien-fondé du 11 septembre 2013, Résolution CM/ResChS (2014)2.

le rapport ne contient que des informations très générales sur la formation professionnelle des jeunes autistes (accessibilité du centre de formation des apprentis, et augmentation du soutien financier aux contrats d'apprentissage) », et le Comité de porter cette remarque quant aux conséquences de cette généralité : « Ces informations ne permettent pas au Comité d'évaluer si le droit des jeunes autistes à la formation professionnelle est garanti ».

951. Le Comité interpelle le gouvernement quant aux suites des engagements de la Conférence nationale du handicap (CNH). Tous les trois ans, le Comité Interministériel du Handicap réunit une conférence sous l'autorité du Président de la République¹⁴⁵⁷. Lors de la CNH du 11 février 2020, plusieurs engagements ont été pris par le gouvernement¹⁴⁵⁸. Le Comité inscrit son suivi dans la continuité de ces engagements, en demandant à l'État davantage d'éléments permettant d'objectiver la situation des personnes autistes dans le pays. Une mention particulière est faite autour de l'engagement numéro sept qui demande que l'État accélère la mise en place de solutions d'accompagnement sur le territoire, afin d'éviter les départs vers la Belgique. « *Accélérer le déploiement de solutions adaptées* » ne signifie pas interdire les départs en Belgique, si ceux-ci sont souhaités par les personnes ou les familles. Le choix des personnes doit être au centre des réflexions, ce qui explique que la justice française ait refusé l'interdiction faite aux départements d'autoriser les accueils au sein des établissements wallons. Malgré toutes ces explications, il est demandé à l'État de fournir des informations complémentaires lors d'un prochain rapport de suivi.

¹⁴⁵⁷ Le Site internet du Ministère des solidarités, de l'autonomie et des personnes handicapées indique que trois CNH se sont tenues, le 11 décembre 2014, le 19 mai 2016 et le 11 février 2020, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://handicap.gouv.fr/la-conference-nationale-du-handicap-cnh>, [Consulté le 16 avril 2023].

¹⁴⁵⁸ La CNH a mis en lumière les 12 engagements suivants : **Engagement n°1** : Réussir l'école inclusive, **Engagement n°2** : Gagner le pari de la qualification et de l'emploi, **Engagement n°3** : Prendre en compte le handicap dans le système universel de retraite, **Engagement n°4** : Accélérer la mise en accessibilité universelle, **Engagement n°5** : Sensibiliser pour mobiliser, **Engagement n°6** : Organiser l'inconditionnalité de l'accompagnement et rompre l'isolement des familles, via la mise en place du « 360 », numéro unique d'appui, en partenariat avec les territoires, **Engagement n°7** : Accélérer le déploiement de solutions adaptées aux personnes ayant les besoins les plus soutenus, et stopper l'exil en Belgique, **Engagement n°8** : Accompagner les projets de vie en créant des places « de transition » sécurisant les choix des personnes (emploi, école, logement, etc.), **Engagement n°9** : Améliorer la prise en charge par l'Assurance maladie des parcours de soins de rééducation pour les enfants en situation de handicap ou mentales, **Engagement n°10** : Étendre la compensation individuelle des besoins, et reconnaître les personnes handicapées dans leur rôle de parents, **Engagement n°11** : Lancer un grand programme national pour l'innovation technologique au service de la vie quotidienne et de l'autonomie, **Engagement n°12** : Mettre en place une « garantie délai » pour l'octroi des prestations.

II. En Belgique, l'inclusion et l'évolution du droit interne

952. Le système de réclamation collective a permis de contester l'action de l'État belge en matière de défense des droits des personnes handicapées. Le 30 avril 2014, le Centre de défense des droits des personnes handicapées mentales (MDAC) (« le MDAC ») a formé une réclamation contre la Communauté flamande de Belgique¹⁴⁵⁹. La procédure repose sur l'idée que la Communauté ne permet pas un accès à l'enseignement ordinaire aux personnes atteintes d'une déficience intellectuelle, ce qui représente une forme de discrimination. Trois violations d'articles viennent en appui de la démarche : l'article 15§1, l'article 17§1 et l'article E de la Charte. Dans sa décision sur la recevabilité de la réclamation, le gouvernement demandait que la demande soit déclarée infondée du fait des nouvelles dispositions réglementaires adoptées par le parlement flamand¹⁴⁶⁰. Ce faisant, les autorités belges soulèvent la question du lien entre les dispositions conventionnelles et les lois et règlements nationaux.

953. La réclamation collective peut être vue comme un outil permettant de faire évoluer le droit national belge (A) et de définir plus justement les termes utilisés (B).

A. La réclamation et l'évolution du droit national de la Belgique

954. Le gouvernement, à l'appui de sa défense, faisait valoir que le droit interne évolue en ce sens que le parlement a adopté le 21 mars 2014, une disposition réglementaire entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2015. La réclamation du MDAC entend interroger la portée de la législation flamande dès sa publication. Dans le cadre des interventions autorisées pour les tiers, le Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations¹⁴⁶¹, tout en reconnaissant les progrès réalisés par l'introduction du décret « M » de 2014, indique « *qu'il ne garantit pas encore à suffisance* » les droits tels qu'ils résultent des dispositions de la Charte.

¹⁴⁵⁹ Conseil de l'Europe, Décision sur la recevabilité et le bien-fondé de la réclamation n°109/2014, *Centre de Défense des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Belgique*, Adoption le 16 octobre 2017.

¹⁴⁶⁰ Le moniteur belge a publié le 28 août 2014, le décret relatif à des mesures pour les élèves à besoins éducatifs spécifiques, 21 mars 2014, [En ligne], Disponible à l'adresse : [Decret du 21/03/2014 decret relatif a des mesures pour les eleves a besoins educatifs specifiques \(openjustice.be\)](https://openjustice.be/decret-du-21-03-2014-decret-relatif-a-des-mesures-pour-les-eleves-a-besoins-educatifs-specifiques), [Consulté le 18 avril 2023].

¹⁴⁶¹ [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.unia.be/fr>, [Consulté le 18 avril 2023].

955. L'examen d'une réclamation permet donc de porter une appréciation sur les droits en vigueur, qu'ils soient « anciens » ou « nouveaux » et invite le pays à les compléter. En l'espèce, l'UNIA porte son attention sur la situation des enfants ayant un « handicap lourd » et ne pouvant encore suivre une scolarité normale. Et l'UNIA poursuit la liste des violations de la Charte, notamment les difficultés d'accessibilité, la faible connaissance des droits ainsi que le manque de formations spécifiques des enseignants. Il note, par ailleurs, une absence de cadre juridique permettant de connaître clairement les contours de la responsabilité de chacun, en matière de soins médicaux délivrés à l'intérieur du cadre scolaire.

956. Au travers de l'intervention de l'UNIA, on comprend que la question de la responsabilité civile est toujours présente, lorsqu'on aborde l'accompagnement de la vie quotidienne des personnes handicapées. L'UNIA évoque « *un vide juridique* » qui pousse les acteurs à limiter les activités de manière, à ne pas engager leur responsabilité. On se trouve ici devant le débat déjà soulevé entre respect et effectivité des droits et souci de sécurité pour la personne handicapée, ainsi que pour la personne qui l'accompagne. Sans évoquer clairement les incidences de ce « *vide juridique* », on peut imaginer que la peur de voir sa responsabilité engagée induit une limitation prudente de la sphère d'interaction sociale des personnes handicapées. La résolution adoptée par le Comité des Ministres le 4 juillet 2018¹⁴⁶² a invité la Belgique à ce qu'il n'y ait plus de violation de la Charte.

957. La réclamation collective 98/2013¹⁴⁶³ concernant les châtiments corporels, fournit des exemples supplémentaires de modifications de la législation interne pour être en conformité avec la Charte. Pour faire suite aux constats de violation de la Charte, le parlement belge examine deux propositions de loi qui sont encore pendantes. Il s'agit, d'une part, d'une proposition de loi du 27 avril 2021¹⁴⁶⁴ modifiant l'ancien Code civil afin d'ancrer le droit de l'enfant à une éducation non violente et d'interdire toute forme de violence à l'égard des enfants

¹⁴⁶² Résolution CM/ResChS (2018)3, Le Centre de défense des droits des personnes handicapées mentales (MDAC) c. Belgique, Réclamation n°109/2014.

¹⁴⁶³ La Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) a introduit une réclamation à l'encontre de la Belgique en ce qui concerne une violation de l'article 17§1 (droit à la protection sociale et économique de la mère et de l'enfant - soin, assistance, éducation, formation), décision sur le bien-fondé du 20 janvier 2015.

¹⁴⁶⁴ [En ligne], Disponible à l'adresse :

<https://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=/flwb&language=fr&cfm=/site/wwwcfm/flwb/flwbn.cfm?legislist=legisnr&dossierID=1956>, [Consulté le 19 avril 2023].

et d'autre part, une proposition de loi du 9 mars 2021¹⁴⁶⁵, modifiant le Code civil en vue d'interdire toute violence systématique entre les parents et leurs enfants.

B. La réclamation, une occasion de définir correctement les termes

958. Il a déjà été évoqué le fait que le champ du handicap requiert des efforts constants d'apprentissage, de manière à ce que les acteurs s'assurent qu'ils apportent la même signification aux mots. Les acronymes succèdent aux acronymes et les nouveaux salariés des établissements s'accordent pour mesurer l'effort à réaliser, avant d'appréhender correctement les décisions prises en réunion. S'ajoutent à ces difficultés de vocabulaire, le fait que les établissements regroupent des acteurs ayant des parcours de formation différents et une approche du handicap qui n'est pas identique. Même si cette diversité peut représenter une richesse dans le parcours d'accompagnement des personnes handicapées, il est évident qu'elle exige un effort de formation de la part des directions d'établissement permettant l'acculturation des acteurs de l'accompagnement.

959. La réclamation a pointé le fait que le décret « *M* » du gouvernement flamand répond à une logique d'intégration des enfants handicapés, au lieu d'une logique d'inclusion. Cette différence d'approche est centrale car elle correspond à celle de la Convention internationale relative aux personnes handicapées pour laquelle chaque personne doit être considérée comme étant un sujet de droit, plutôt qu'un objet de soins qu'il faudrait intégrer à l'école. Le décret du 21 mars 2014 énonce le terme « *inclusion* » seulement à deux reprises, à propos du développement d'un réseau d'inclusion secondaire. Au contraire, le terme « *intégration* » apparaît vingt-cinq fois, le décret évoquant à plusieurs reprises l'importance d'une « *phase d'intégration* » scolaire. Une fois de plus, il est important de noter que le travail de suivi porte, non seulement sur l'application de la Charte stricto sensu, mais aussi sur la conformité de la législation interne à l'aune de la Charte.

960. Concernant les réclamations collectives, évoquer un suivi dans le temps, c'est mettre en lumière une des principales caractéristiques de ces actions. Une réclamation dont le bien-fondé

¹⁴⁶⁵[En ligne], Disponible à l'adresse :

<https://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=/flwb&language=fr&cfm=/site/wwwcfm/flwb/flwbn.cfm?legislist=legisnr&dossierID=1840>, [Consulté le 19 avril 2023].

est reconnu, ne s'éteint que si la situation handicapante s'arrête. Les exemples des associations Autisme-Europe et AEH (Action européenne des handicapés) sont de ce point de vue assez significatifs. Pour la première, la situation n'étant toujours pas conforme à la Charte, la France est interrogée une quatrième fois sur les actions entreprises. Alors que la France propose « *le même plat* » que lors de sa troisième audition, il est intéressant de noter que le CEDS refuse des « *plats réchauffés* » et le fait savoir aux autorités, à charge pour la France de s'en expliquer. Plus proche de nous, la réclamation de l'association AEH produit les mêmes réactions de la part du CEDS. Il est rejeté un discours qui ressemble à un catalogue politique sans impacts concrets pour les personnes autistes et leur famille. Cette volonté du CEDS de suivre au plus près les progrès des pouvoirs publics dans le temps, offre une occasion pour les acteurs associatifs d'engager des actions de plaidoyer.

961. L'action franco-belge de 2022 est l'illustration récente d'une coopération entre des structures désireuses de faire reconnaître les droits des personnes handicapées. Cette action est le fruit d'un long travail de préparation avant qu'il ne soit exposé devant le Conseil. Elle permet de faire constater les carences de l'État français qui va devoir démontrer, dans le temps, l'évolution des situations.

Chapitre 2 : Une action franco-belge de plaidoyer

962. Notre travail a déjà mis en avant la coopération entre la France et la Belgique au travers de l'accord visant à encadrer les accueils de personnes handicapées françaises en Wallonie. Depuis 2011, les deux pays multiplient les réunions interministérielles dans le but de faire évoluer la convention afin qu'elle intègre de nombreux volets. On retrouve la même volonté de coopération franco-belge lorsqu'on analyse les actions communes de plaidoyer en faveur des droits des personnes handicapées. Il ne s'agit pas à ce stade de réclamer la création de droits supplémentaires, mais d'inviter les États à respecter les textes qui existent ainsi que les accords déjà validés.

963. L'action franco-belge de plaidoyer s'est nourrie de plusieurs actions préalables. Un livre noir du handicap dénonçait les départs des personnes handicapées françaises vers des établissements wallons qui étaient assimilés à de véritables exils. Pour illustrer les situations vécues, le livre agrège des témoignages de personnes handicapées et de leur famille. Un rapport s'inscrit dans cette dynamique en pointant les difficultés rencontrées par les personnes handicapées dans leur recherche de solutions de vie quotidienne. Pour l'auteur du rapport, aucune personne ne doit rester sans solution.

964. Le plaidoyer s'inscrit dans la continuité d'actions judiciaires engagées par les familles. Le recours à la justice n'est pas fréquent pour les personnes handicapées ou leur entourage. Les familles craignent que l'appel aux tribunaux soit mal vécu. Les pouvoirs publics éprouvent les mêmes craintes face à des difficultés portées à la connaissance du public. La transparence, même si elle permet souvent de garantir les droits, n'est pas l'action mise en exergue par les acteurs. Face à l'absence de places en établissement, les pouvoirs publics feront rapidement le nécessaire afin qu'un établissement puisse accueillir pour que les actions judiciaires et la communication autour des carences cessent.

965. L'action franco-belge de plaidoyer a accompagné la réclamation de plusieurs associations françaises soutenue par des associations belges habilitées à intervenir devant le Conseil de l'Europe. Elle représente un cadre d'actions permettant aux acteurs associatifs de promouvoir la communication autour des carences d'application du droit.

966. La réclamation collective représente un exemple d'action commune entre la Belgique et la France. La coopération entre les deux pays pour organiser l'accueil des personnes handicapées a permis de mettre en lumière les actions qu'il fallait initier afin que les droits des personnes handicapées soient garantis. L'étude de la naissance de l'action (**Section 1**) nous permet d'appréhender les suites de la suite et notamment les attentes des parties à la suite de la réclamation collective (**Section II**).

Section 1 : La naissance de l'action

967. L'action de plaidoyer est née du constat des carences des pouvoirs publics français dans le respect des droits des personnes handicapées. Au quotidien, plusieurs associations ont écouté les plaintes de leurs adhérents qui mettaient en avant le manque de places dans les établissements français. Certaines familles n'ont pas hésité à mobiliser le juge afin qu'il puisse rétablir les équilibres entre les parties. Dans tous les cas, on constatait une voie commune empruntée par les pouvoirs publics dans la mesure où il fallait éviter qu'une communication publique soit organisée à propos de ses carences.

968. La réclamation collective « *Urgence Handicap* » prend son envol en France, mais requiert l'appui d'associations belges pour être recevable devant le Conseil de l'Europe. Sans cette congruence d'actions entre des structures de différents pays, la procédure ne peut aboutir. La réclamation collective appelle des interventions tierces pour appuyer une démarche qui avance à bas bruit tant qu'aucune décision n'est prise par le Conseil de l'Europe. Pour la France, la Défenseure des droits et la Commission nationale consultative des droits de l'homme sont intervenus pour apporter leur opinion à propos des points soulevés par la réclamation collective.

969. Après avoir analysé la genèse de la réclamation « *Urgence Handicap* » (I), nous étudierons les bases de la réclamation (II) ainsi que les attentes des parties (III).

I. La genèse de la réclamation collective « *Urgence Handicap* »

970. La réclamation collective « *Urgence Handicap* » va connaître une conclusion publique au mois d'avril 2023. Il aura fallu attendre cinq ans pour que le processus parvienne à son terme et détermine si l'État français respecte ou non les droits des personnes handicapées et leur famille. La crise sanitaire de la COVID 19 a rallongé le traitement de la réclamation collective de plusieurs mois, donnant l'impression que les procédures devant le Conseil de l'Europe sont aussi longues que les procédures judiciaires nationales. La réclamation collective s'inscrit dans un continuum d'actions menées par les associations, afin de faire constater les carences étatiques et de mobiliser les acteurs sociaux.

971. La production d'un livre par un collectif associatif (A), la publication d'un rapport et la poursuite d'actions judiciaires (B) nous fournissent des exemples distincts de mobilisation pour que les droits évoluent.

A. Les bannis de la République, le livre noir du handicap en France

972. En 2014, l'association UNAPEI décide de produire un livre pour mettre en avant les carences et les incohérences des pouvoirs publics. Le titre choisi indique que les actions des pouvoirs publics n'ont pas permis l'inclusion des personnes handicapées dans la société française, et pousse le lecteur à s'interroger sur les écarts persistants dans la société entre les personnes handicapées et la société en général, ainsi que sur les actions à mener. La multiplication de ces actions de plaidoyer démontre qu'une voie existe aux côtés de la production de textes ou des actions judiciaires. Il ne s'agit pas d'opposer les actions les unes aux autres, mais de considérer que la conjugaison de chacune d'entre elles permet de faire évoluer l'effectivité des droits. A l'image d'une marée qui revient visiter les plages toutes les six heures, les actions de promotion des droits des personnes handicapées, de leur non-respect, sont aussi utiles et efficaces que des nouveaux textes pour inonder naturellement les différentes strates de la société. Dans un établissement, l'organisation d'un Conseil de la vie sociale « ouvert » aux discussions et qui accorde une place à l'altérité, balise une voie de reconnaissance des droits des personnes handicapées que l'on peut accompagner.

973. L'association UNAPEI a choisi d'évoquer « *les bannis de la République* » pour illustrer le sort des personnes handicapées et de leur famille qui sont obligées de quitter le territoire français, pour trouver un accueil dans un établissement wallon. Ces départs sont dénoncés (1) et les actions de plaidoyer sont mobilisées, à l'aune de la défense des droits¹⁴⁶⁶ (2).

1. Les départs dénoncés vers la Belgique

974. Dénoncer les départs en Wallonie, c'est inscrire son action dans une continuité de revendications de l'ensemble des acteurs du champ du handicap. De nombreux rapports parlementaires ont mis en évidence la problématique du manque de places dans les établissements français qui se conjugue avec une vacuité des solutions offertes aux personnes comme aux familles. Les conclusions étaient identiques, quelle que soit la tendance politique de l'auteur du rapport parlementaire, une absence de solutions plaçait les familles dans d'énormes difficultés. Des directeurs d'établissement informaient l'UNAPEI de situations

¹⁴⁶⁶ La première partie de notre développement est consacrée à l'étude des droits et de leur défense à partir des textes nationaux et internationaux.

critiques, lorsqu'ils constataient que certaines familles débutaient leur semaine de travail par des trajets de plusieurs dizaines de kilomètres pour accompagner leur enfant dans un établissement en France ou à l'étranger. En 2011, les pouvoirs publics se sont saisis de cette problématique de places et du développement des départs vers des établissements wallons. La lecture de la convention bilatérale signée, entre le gouvernement français et le gouvernement wallon, indiquait que le manque de places n'était pas au centre des préoccupations françaises. Au-delà des formules de politesse, les échanges des pouvoirs publics se sont ensuite focalisés sur le coût des accueils outre-quiévrain, ainsi que sur les contrôles qui devaient être mis en place dans les établissements wallons.

975. L'accueil des français en Wallonie fournit une belle illustration de ce que l'on souhaite démontrer. Tout d'abord, les difficultés d'accueil des personnes handicapées en établissement constituent le point de départ de la réflexion. Le constat est partagé par l'ensemble des acteurs. Ensuite, à la demande des pouvoirs publics, les parlementaires produisent des rapports afin d'éclairer sur la situation des personnes handicapées. Enfin, la signature d'une convention entre la France et la Belgique constitue la troisième étape du processus de règlement de la situation. En conclusion, une fois de plus, les pouvoirs publics ont créé du droit pour organiser les relations entre la France et la Belgique, sans que cette démarche ne résolve complètement les difficultés des familles.

976. Face à ce constat, l'UNAPEI a développé une communication visant à dénoncer les départs en Belgique. L'association met en lumière les « 47 000 personnes qui frappent vainement à la porte des établissements »¹⁴⁶⁷ et les « 6 500 personnes en désespoir qui n'ont pour seule issue que l'exil en Belgique ». A la suite de cette publication, l'association appelle les citoyens à signer une pétition pour mettre un terme définitif à l'exil des personnes handicapées¹⁴⁶⁸ et à la souffrance des familles, les représentants nationaux étant appelés à amender les textes en vigueur. La communication pointe également l'impact du manque de

¹⁴⁶⁷ Le livre noir du handicap en France, *Les bannis de la République*, Unapei, page 3.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, page 5 : « Plus de 6500 personnes handicapées françaises (1500 enfants et au moins 5000 adultes) ont vu reconnaître leur droit à bénéficier d'un accompagnement par les MDPH, instances de notre République. Toutefois, faute de place, la seule solution qui leur a été proposée est de partir en Belgique. Plus de 4000 personnes ne sont pas des « frontaliers ». Ils habitent dans une cinquantaine de départements en France, parfois à des centaines de kilomètres de l'établissement où se trouvent leurs proches...Ce départ vers la Belgique n'est pas un choix, mais un exil forcé, imposé par un manque de réponses adaptées sur le territoire national ».

places en établissement sur le budget de l'État et des collectivités, les accueils en Wallonie représentant autant de places qui ne sont installées sur le territoire national. La campagne de l'association s'appuie sur des témoignages de personnes handicapées et de familles qui exposent les difficultés inhérentes à ces départs en Belgique¹⁴⁶⁹. Elodie a 20 ans et s'interroge sur le fait de partir vers la Wallonie, Charlotte, 27 ans, est déjà accueillie en Belgique à 500 kilomètres de ses parents, et Céline, 26 ans, n'a pas trouvé de solutions d'accueil depuis quatre ans. Ces différentes situations illustrent les difficultés rencontrées, et la mobilisation réalisée autour de ces actions doit permettre une prise de conscience de la société, afin que les droits soient reconnus.

2. Défendre un modèle, défendre les droits ?

977. L'objectif du livre, publié par l'UNAPEI, est de dénoncer une approche des politiques publiques qui ne favorise pas le développement de solutions d'accueil sur le territoire national. Ce livre est un support aux actions de plaidoyer de l'association, visant à défendre un modèle d'accompagnement des personnes handicapées en France. Il est important de s'arrêter un moment pour définir ce que représente le plaidoyer. Le site du réseau mondial d'organisations nationales indépendantes¹⁴⁷⁰ définit le plaidoyer comme étant un moyen d'influencer les politiques publiques, par le biais d'un processus délibéré, tant dans leur élaboration que dans leur modification. Le plaidoyer est donc un processus choisi à dessein, impliquant une action intentionnelle. En toute logique, avant d'instaurer une stratégie de plaidoyer, il est important de déterminer la personne ou le niveau de décision que la stratégie est censée influencer, et quelle politique est visée par les changements.

¹⁴⁶⁹ Les témoignages des personnes et de leur famille sont reproduits en annexe (N°1).

¹⁴⁷⁰ Présentation issu du site internet : « CARE International est un réseau mondial d'organisations nationales indépendantes, qui comprend des membres, des candidats et des affiliés de CARE, des entreprises sociales et des milliers d'organisations partenaires communautaires qui travaillent ensemble dans plus de 100 pays pour sauver des vies, mettre fin à la pauvreté et lutter contre l'injustice sociale. Avec une expertise mondiale en matière d'échelle et de réplique, un catalogue de ressources, d'outils et d'approches de meilleures pratiques, l'accès à des canaux d'influence à la fois localement et mondialement, CARE International est une voix très respectée et active dans l'élaboration des programmes et des politiques de développement mondiaux. Nous sommes connus pour notre engagement inébranlable en faveur de l'égalité des sexes et pour faire entendre la voix des personnes les plus vulnérables du monde », [En ligne], Disponible à l'adresse : [Réseau mondial | CARE International \(care-international.org\)](https://www.care-international.org), [Consulté le 21 mars 2023].

978. La publication du livre noir du handicap entre dans le cadre de la définition d'une action de plaidoyer. Il ne s'agit pas de réclamer des droits nouveaux par le biais d'un nouveau texte, mais d'influencer les décideurs afin qu'ils modifient l'environnement. Pour autant, il est important de faire un pas de côté, et de s'interroger sur le fond des demandes faites par l'association.

979. Tout d'abord, il faut rappeler que la publication de ce livre intervient en 2015 et que la compréhension de toutes les conséquences de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées n'était pas complète. Comme il a déjà été souligné par le Défenseur des droits, lors de sa conférence de 2016 pour célébrer les dix ans de la signature de la Convention, les acteurs de la société devraient s'emparer de cette convention pour faire valoir les droits des personnes handicapées. Ensuite, il faut faire le constat que ce livre met en évidence la fragilité du discours porté par l'association, du fait de sa double légitimité, celle d'une association gestionnaire d'établissements médico-sociaux et celle de défenseur des droits des personnes handicapées. Ce positionnement de l'UNAPEI peut limiter la portée de son plaidoyer pour les droits, car le discours se heurte à la défense des établissements médico-sociaux. Le livre illustre cette position ambiguë lorsqu'il aborde les accueils dans les établissements wallons. Ceux-ci ne sont analysés qu'à travers les départs qualifiés « d'exil forcé » et subis par les personnes et leur famille. Ces situations familiales existent, mais ne doivent pas masquer la volonté de certaines familles de choisir un établissement wallon en raison de ses capacités à accompagner les personnes souffrant de troubles du spectre de l'autisme (TSA). Le plaidoyer de l'association ne porte que sur le manque de places en établissement, et, ce faisant, ne met pas en valeur le fait que les personnes ont le droit de choisir leur mode d'accompagnement, le lieu de l'accompagnement ainsi que les personnes en charge de celui-ci. En se focalisant sur le besoin de création de places, le plaidoyer de l'association ne permet pas d'apporter un éclairage exhaustif des droits et peut perdre sa force.

980. De plus en plus, cette analyse de la situation est révisée en prenant en considération les souhaits des personnes handicapées. L'association est confrontée à des demandes individuelles conformes aux droits énoncés par la Convention, qui invitent les directions à accompagner les personnes différemment. S'invite alors dans le débat nouveau, la question de l'équilibre financier d'un modèle construit depuis les années soixante autour d'un établissement, d'une équipe et d'une organisation qui ne peuvent répondre à toutes les demandes individuelles, tout en assurant la sécurité et l'équilibre financier. Conjuguer la stabilité financière d'un modèle et

le respect des droits des personnes handicapées, est un pari qu'il n'est pas facile d'expliquer et de réussir. Le plaidoyer perd un peu de sa force en ne mettant en avant qu'une partie des demandes des personnes. Aujourd'hui encore cette question traverse l'association et chaque association adhérente.

B. La promotion des rapports et des décisions de justice

981. Existe-t-il une voie unique pour faire évoluer la reconnaissance des droits des personnes handicapées ? A cette question, le citoyen souhaiterait assurément apporter une réponse positive qui permettrait à chacun d'être rassuré, quant à l'encadrement de son action au quotidien. Comme souvent, la réalité est malheureusement différente, proposant une palette de propositions afin que les droits soient reconnus. Un point commun mérite toutefois d'être relevé : le droit des personnes handicapées avance d'autant plus vite que la société facilite sa promotion. Les associations soutiennent les personnes et leur famille dans leur combat judiciaire, en veillant que les décisions soient rendues publiques. La promotion des décisions de justice a pour objectif de transformer une action individuelle en revendications collectives.

982. Ces mouvements poussent les pouvoirs publics, contrairement à leurs souhaits, à médiatiser les affaires et les condamnations subséquentes. On peut noter qu'il existe une crainte de médiatisation qui se retrouve également dans la gestion des événements indésirables relevés dans les établissements. Lors de la déclaration d'un événement auprès des ARS, il est demandé à la direction de l'établissement d'indiquer si la presse a été avertie. Plusieurs décisions de justice ont amené les pouvoirs publics à mener une réflexion approfondie, pour que les droits des personnes handicapées soient plus effectifs.

983. La position de la jurisprudence administrative (1), les actions des familles (2) ainsi que les différents rapports (3), sont autant d'exemples permettant de mesurer les actions des pouvoirs publics.

1. La position du Conseil État français

984. Dans son rapport¹⁴⁷¹ sur le thème des parcours de vie sans rupture pour les personnes en situation de handicap et leurs proches, Monsieur le Conseiller d'État Denis PIVETEAU, confirme que *« l'action contentieuse a permis la prise de conscience des ruptures de parcours »*. Afin d'illustrer les carences dans l'accompagnement des personnes, le rapport met en exergue plusieurs arrêts du Conseil d'État, et l'obligation de résultat qui pèse sur l'État. Par deux arrêts de principe, le Conseil d'État a jugé que les pouvoirs publics ne pouvaient invoquer le nombre insuffisant de places d'accueil pour justifier le fait qu'une personne handicapée reste *« sans solution »* d'accompagnement. Par un arrêt du 08 avril 2009¹⁴⁷², le Conseil d'État reconnaît la responsabilité de l'État pour ne pas avoir permis à un enfant handicapé de recevoir une éducation adaptée à sa situation et pour ne pas avoir *« mis en œuvre les moyens nécessaires pour donner un caractère effectif au droit »*. La Cour refuse l'idée selon laquelle l'administration n'a qu'une obligation de moyens et ce faisant, elle ouvre la voie à une contestation accrue du manque d'actions de l'État.

985. Le 16 mai 2011¹⁴⁷³, le Conseil d'État confirme que *« Toute personne atteinte du handicap résultant du syndrome autistique et des troubles qui lui sont apparentés bénéficie, quel que soit son âge, d'une prise en charge pluridisciplinaire »*. L'arrêt de la Cour d'appel de Marseille doit être annulé car l'État est soumis à une obligation de résultat visant à assurer une véritable *« prise en charge pluridisciplinaire »*. Le droit à la scolarisation est un droit fondamental qui se fonde sur le principe de l'égal accès à l'instruction garanti par plusieurs textes. L'alinéa 13 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹⁴⁷⁴ indique que le droit à l'éducation est un devoir de l'État. La Cour européenne des droits de l'homme consacre

¹⁴⁷¹ Rapport du Conseiller d'État Denis PIVETEAU, *« Zéro sans solution » : le devoir collectif de permettre un parcours de vie sans rupture, pour les personnes en situation de handicap et pour leurs proches*, Tome 1, 10 juin 2014.

¹⁴⁷² CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 08/04/2009, 311434, Publié au recueil Lebon.

¹⁴⁷³ CE, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 16/05/2011, 318501, Publié au recueil Lebon.

¹⁴⁷⁴ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 13, *« La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État »*.

également le droit à l’instruction dans l’article 2 du Protocole numéro 1¹⁴⁷⁵. La carence des services de l’enseignement engage la responsabilité de l’État pour faute¹⁴⁷⁶.

986. Toutes les familles de personne handicapée ne portent pas leurs difficultés devant la justice. Les procédures sont souvent longues et onéreuses et, pour beaucoup, la voie judiciaire reste inaccessible. Pour autant, la multiplication des décisions et des arrêts rendus, ouvre la porte des revendications des parents et celle redoutée de la mise en lumière des défaillances de la puissance publique. Les associations se saisissent de ces procédures et de leurs résultats, afin de mobiliser les familles sur le thème du respect des droits des personnes. Les collectivités locales, ainsi que les délégations départementales des ARS seront sensibles aux demandes des familles lorsqu’elles s’inscrivent dans la continuité des décisions judiciaires rendues.

2. La décision du juge des référés de Cergy-Pontoise

987. L’affaire Amélie Loquet a fourni une occasion à l’UNAPEI en 2013, de soutenir la démarche d’une famille. Elle est également l’illustration de la force de la communication autour des carences des pouvoirs publics. Ces derniers sont témoins des difficultés rencontrées par des familles désemparées et constatent qu’un passage, de quelques minutes, dans les médias locaux ou nationaux est plus efficient que le lancement d’une procédure judiciaire. En l’espèce, il s’agissait dans cette affaire, de la demande d’une famille portée auprès du juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, afin que les ARS exécute la décision de la CDAPH du Val d’Oise pour rendre effective l’orientation de leur fille Amélie vers un foyer d’accueil médicalisé.

¹⁴⁷⁵ Cour Européenne des Droits de l’Homme, Droit à l’instruction, Guide sur l’article 2 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l’homme, Mis à jour au 31 août 2022, « *Nul ne peut se voir refuser le droit à l’instruction. L’État, dans l’exercice des fonctions qu’il assumera dans le domaine de l’éducation et de l’enseignement, respectera le droit des parents d’assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques* ». [En ligne], Disponible à l’adresse : <https://ks.echr.coe.int/>, [Consulté le 23 mars 2023].

¹⁴⁷⁶ TA Versailles 3 nov. 2003, *Kepeklian c/ Ministre de l’éducation nationale*, req. n° 0104490 : *AJDA* 2004. 937, note S. Deliancourt ;
TA Clermont-Ferrand 14 juin 2006, *Charasse*, req. n° 0500025 : *AJFP* 2006. 268, concl. M.-M. Chappuis ; *D.* 2006. 900, note E. Senna et O. Sautel ;
Tribunal des droits des personnes, 2 décembre 2009, *Commission des droits de la personne c Commission scolaire des Phares – ADL* du 10 décembre 2009.

988. Le tribunal rappelle que la décision d'urgence est justifiée par le fait des difficultés éprouvées par la famille à gérer la pathologie de la jeune fille¹⁴⁷⁷ à domicile. Il est mis en exergue les carences des ARS, dans la création de place en maison d'accueil spécialisé (MAS) ou en FAM. La défense de la famille pointe l'atteinte grave et manifestement illégale résultant du non-respect de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées. Le tribunal de Cergy-Pontoise note que l'article L 114-1 du code de l'action sociale et des familles fait peser sur l'État une obligation de prise en charge effective des personnes handicapées. La carence de place adaptée est donc imputable à l'ARS et justifie l'ordonnance prise par le tribunal.

989. Cette décision mettait clairement en lumière la responsabilité de l'État et ouvrait la voie à d'autres recours, visant à faire reconnaître les droits des personnes handicapées. Pour l'État, il était important de bloquer cette « potentielle vague » de mise en cause de son action en interjetant appel de cette décision. En droit, cette position était tout à fait valable et s'inscrivait dans un processus judiciaire normal. La mobilisation de la presse a fait bouger les lignes de défense et a poussé le gouvernement à modifier son choix de faire appel de la décision du tribunal. La ministre déléguée aux personnes handicapées, Marie-Arlette Carlotti, au sortir d'une réunion le 24 octobre avec les associations, déclarait : « *J'ai eu la conviction que nous pouvions travailler sur une solution qui ne soit pas judiciaire*¹⁴⁷⁸ ».

990. Cette affaire démontre l'impact que peut avoir une campagne de communication dans les relations que peut entretenir une famille avec les pouvoirs publics. Le 9 octobre 2013, la mère d'Amélie, lors d'une interview accordée au journal « Le Monde », déclarait : « *Qu'est-ce qu'ils attendent de familles comme la nôtre, les pouvoirs publics ? Qu'on se mette une balle dans la tête ?*¹⁴⁷⁹ » L'UNAPEI poursuivait l'interview en affirmant, « *l'Etat cherche à*

¹⁴⁷⁷ Amélie souffre du syndrome de Prader Willi, d'une obésité morbide, d'un syndrome autistique sévère, d'un retard mental moyen avec déficience du comportement significatif nécessitant surveillance et traitement.

¹⁴⁷⁸ L'Unapei restait vigilante en affirmant, par la voix de son Directeur général, Monsieur Thierry Nouvel, « *Nous continuons de privilégier des solutions avec les pouvoirs publics. Mais si cela n'aboutit pas, on continuera les démarches initiées, quitte à saisir les tribunaux* ». *Le quotidien du médecin*, [En ligne], Disponible à l'adresse : [L'État renonce à son appel dans l'affaire Amélie Loquet, jeune handicapée en mal d'hébergement | Le Quotidien du Médecin \(lequotidiendumedecin.fr\)](https://www.lequotidiendumedecin.fr/actualites/etat-renonce-a-son-appel-dans-laffaire-amelie-loquet-jeune-handicapee-en-mal-dhebergement). [Consulté le 23/03/2023].

¹⁴⁷⁹ [En ligne], Disponible à l'adresse : [Affaire Amélie : rebondissement, l'Etat fait appel ! \(handicap.fr\)](https://www.handicap.fr/actualites/affaire-amelie-rebondissement-l-etat-fait-appel) [Consulté le 23 mars 2023].

institutionnaliser un couloir de mort sociale pour les personnes handicapées et leurs familles! ». En apprenant que l'État faisait appel, l'avocat de la famille avait exprimé son indignation, en indiquant : « Vous imaginez ce que ça veut dire ? Cette réponse signifie qu'ils sont parfaitement au courant que des milliers de gens sont dans la même situation que les parents d'Amélie et qu'ils ont une trouille bleue que tous se mettent à saisir la justice. Voilà ce que ça veut dire ».

991. La démonstration est faite de la crainte des pouvoirs publics de constater qu'une carence d'action soit rendue publique et qu'elle puisse générer une condamnation de l'État. L'image de la détresse d'une famille face à une incapacité des pouvoirs publics est tellement forte qu'elle permet de faire avancer rapidement les droits. Mon propos n'est pas de mettre en exergue un mode d'expression au détriment d'un autre, les actions de communication au détriment des actions judiciaires ou la production de textes supplémentaires au détriment d'une exploitation de ceux qui sont déjà promulgués. Pour faire avancer les droits des personnes handicapées, les acteurs doivent mobiliser l'ensemble de ces vecteurs. Ils trouveront leur utilité à des moments différents. L'affaire Amélie Loquet s'est ouverte sur des textes législatifs qui étaient insuffisants pour trouver des solutions. La procédure judiciaire engagée pour faire reconnaître les droits s'est ensuite prolongée par une communication publique et des plaidoyers associatifs. Ces actions associatives ont mis un terme à l'affaire Amélie Loquet, sans résoudre de manière globale les difficultés du manque de places pour les personnes handicapées. La prise de conscience des situations critiques de certaines familles et les lacunes de notre organisation administrative ont amené les services de l'État à demander à Monsieur Denis PIVETEAU, Conseiller d'État, de formuler des pistes de réflexion pour éviter que les situations ne deviennent critiques.

3. Au-delà des décisions judiciaires, le rapport « zéro sans solution »

992. En annexe du rapport PIVETEAU¹⁴⁸⁰, le public peut prendre connaissance de la lettre de mission du Ministère qui rappelle l'origine des travaux demandés. Dès les premières phrases, l'impact des décisions de justice « *remarquées* » et « *médiatisées* » est mis en exergue. Des questions peuvent se poser à la lecture de cette lettre qui concerne l'incidence de la

¹⁴⁸⁰ Rapport du Conseiller d'Etat Denis PIVETEAU, « *Zéro sans solution* » : le devoir collectif de permettre un parcours de vie sans rupture, pour les personnes en situation de handicap et pour leurs proches, Tome 2, Annexe 1, p5,18 juin 2014.

médiatisation des affaires judiciaires, dans le fait d’avoir commandé ce rapport ?. De manière subséquente, on peut se demander si le rapport aurait été commandé s’il n’y avait pas eu l’intervention des tribunaux sur la scène publique. Il n’y a pas de réponse officielle à ces interrogations, mais on peut se risquer à affirmer que les pouvoirs publics n’apprécient pas que l’on communique autour de leurs carences. Nous sommes ici devant un exemple de l’impact d’une action de communication sur les carences des pouvoirs publics. Cette communication permet une sensibilisation du public, et une mobilisation autour des droits des personnes handicapées.

993. La demande du Ministère est double. A court terme, il s’agit de formuler des réponses à des situations critiques pour les familles. La réponse à l’urgence doit permettre d’éviter les ruptures de parcours d’accompagnement pour personnes handicapées. Ce faisant, les pouvoirs publics évitent de se retrouver confrontés à « *une nouvelle affaire Amélie* » : les pouvoirs publics attendent également que le rapport dresse les contours de réponses structurelles. Il s’agit de penser des dispositifs permettant un travail entre les différents acteurs. Force est de constater que le champ du handicap réunit une multitude d’acteurs et autant de situations différentes. Les différentes administrations, les personnes handicapées, les familles, collaborent pour construire des parcours. Les établissements obéissaient aux mêmes règles de spécialité, qui leur interdisaient de recevoir un public en particulier ou qui leur interdisaient de recevoir un nombre de personnes autistes, plus important que celui prévu dans l’agrément initial. Autant d’obstacles qui pouvaient engendrer des ruptures de parcours d’accompagnement et un retour forcé vers le foyer familial.

994. En toile de fond, la réflexion devait permettre une diminution des départs vers la Belgique. La dimension budgétaire n’est jamais absente de la réflexion sur les droits et leur effectivité. Les départs vers la Wallonie sont souvent analysés comme étant des décisions subies par les personnes et les familles, en oubliant que les établissements wallons ont une expérience reconnue dans l’accompagnement des personnes autistes. L’objectif de la Ministre Madame Sophie CLUZEL était de proposer une structuration pouvant « *répondre aux besoins* » des personnes et qui soit « *tourné vers le milieu ordinaire chaque fois que cela est possible* »¹⁴⁸¹.

¹⁴⁸¹ Intervention Madame la Ministre Sophie Cluzel devant le Conseil National consultatif des Personnes handicapées (CNCPPH), 18 janvier 2018, [En ligne], Disponible à l’adresse : <https://informations.handicap.fr/a-politique-emploi-cluzel-10530.php>, [Consulté le 25 mars 2023].

995. Le rapport « zéro sans solution » a fourni les bases d’une réflexion des pouvoirs publics, sur un nouveau dispositif nommé une « *réponse accompagnée pour tous* ». Le 2 février 2018, une journée nationale était organisée pour échanger sur les perspectives d’un essaimage de ce nouveau dispositif sur l’ensemble du territoire. En introduction de cette journée, la Ministre indiquait : « *Pour rendre impossible cet inadmissible, Denis PIVETEAU nous invitait à « cesser le bricolage » et mettre en place une organisation collective destinée à permettre un parcours de vie sans rupture, pour les personnes en situation de handicap et leurs proches [...] une vie la plus ordinaire possible* ». La mobilisation publique autour de la situation d’Amélie aura permis de faire bouger les lignes, en permettant une réflexion autour de situations individuelles et familiales complexes. Sans cette publicité, l’affaire Amélie aurait peut-être poursuivie une voie judiciaire classique, laissant face à face une famille désemparée et une administration.

II. Les bases de la réclamation collective

996. Le Conseil de l’Europe offre une formidable caisse de résonance pour les acteurs désireux de mettre en avant les carences dans la protection des droits des personnes handicapées. Nombreux sont les traités signés par le Conseil de l’Europe depuis sa création en mai 1949. Au total, la consultation du site internet du Conseil de l’Europe dénombre pas moins de 224 traités sur des domaines assez variés. L’accord intérimaire européen concernant les régimes de sécurité sociale relatifs à la vieillesse, à l’invalidité et aux survivants¹⁴⁸² côtoie la Convention du Conseil de l’Europe contre le trafic d’organes humains¹⁴⁸³, et fait entrevoir une large gamme d’accord de protection des droits. C’est donc assez naturellement, pour faire valoir les droits des personnes handicapées et pour pointer les défaillances de l’État français, que plusieurs associations ont décidé de saisir le Conseil de l’Europe en déposant une réclamation collective. Le choix de cette voie d’action peut se justifier de plusieurs manières. Tout d’abord, il faut signaler que le traitement d’une réclamation collective induit un délai relativement court, au regard du temps nécessaire pour obtenir une décision judiciaire définitive¹⁴⁸⁴. Dès le début, cette « *rapidité* » autorise une mobilisation plus efficace, les acteurs ayant la certitude que les

¹⁴⁸² Accord intérimaire européen concernant les régimes de sécurité sociale relatifs à la vieillesse, à l’invalidité et aux survivants, STE n°012, Annexe 2, 1^{er} juillet 1954, [En ligne], Disponible à l’adresse : <http://conventions.coe.int>, [Consulté le 26 mars 2023].

¹⁴⁸³ Convention du Conseil de l’Europe contre le trafic d’organes humains, STCE n°216, Annexe 2, 1^{er} mars 2018, [En ligne], Disponible à l’adresse : <http://conventions.coe.int>, [Consulté le 26 mars 2023].

¹⁴⁸⁴ En moyenne, le temps de traitement d’une réclamation collective est de 24 mois.

questions de droit ne sont pas des questions subalternes pour le Comité européen des droits sociaux. Ensuite, dans le cadre de la réclamation collective française¹⁴⁸⁵, il est important de noter qu'elle rassemble plusieurs associations qui dénoncent toutes la même inaction des pouvoirs publics. En effet, les voix des associations sont obligées de s'unir pour réclamer la même application du droit. Cela ne signifie pas que toutes appréhendent le champ du handicap de la même manière, cependant, la réclamation collective prouve qu'elles ont démontré leur capacité à se mettre d'accord sur les points de droit à défendre. Enfin, le titre de cette réclamation collective indique que l'action est portée par deux associations¹⁴⁸⁶ représentatives belges, ce qui signifie que les préoccupations des associations françaises sont partagées outre-quiévrain.

997. Il est donc important de décrire les structures qui sont à l'origine de la réclamation (A), afin de comprendre quel a été le fonctionnement de l'action contre l'État français (B). En complément, il est intéressant de noter que des tiers peuvent apporter un éclairage à cette action, en permettant de renforcer la garantie des droits (C).

A. Un fléchage obligatoire des structures pour une réclamation collective

998. Lorsqu'on examine la réclamation collective, une question apparaît rapidement qui repose sur les motivations ayant permis l'union des associations françaises et belges. Comme nous l'avons souligné, cette alliance peut s'expliquer par le souci commun de défendre les droits des personnes handicapées. Les liens entre les deux pays sont d'autant plus forts qu'un nombre important de Français sont accompagnés en Wallonie. Une lettre ouverte au Sénat français¹⁴⁸⁷ a fait état de 7500 adultes et 1500 enfants qui sont accueillis en Belgique, 1000 d'entre eux « font l'aller-retour tous les jours entre leur domicile et l'enseignement spécialisé belge ». Au-delà de cette appétence commune à accompagner les personnes handicapées, le Protocole

¹⁴⁸⁵ Comité européen des droits sociaux, Réclamation n°168/2018, Forum européen des personnes handicapées (EDF) et Inclusion Europe c. France.

¹⁴⁸⁶ La réclamation collective est portée par Inclusion Europe, association internationale sans but lucratif (ASBL) fondée en 1988, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.inclusion-europe.eu>, [Consulté le 26 mars 2023], et également par le Forum européen des personnes handicapées (EDF) fondée en 1996, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.edf-feph.org>, [Consulté le 26 mars 2023].

¹⁴⁸⁷ L'association pour les français en situation de handicap en Belgique a publié une lettre ouverte au Sénat français le 20 février 2023, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://afresheb.com/>, [Consulté le 27 mars 2023].

additionnel à la Charte sociale européenne¹⁴⁸⁸ nous fournit une grille de lecture complémentaire permettant de comprendre les raisons qui ont amené quatre associations françaises à mobiliser des associations belges pour défendre leur réclamation.

999. Au-delà du rôle des organisations (1), une attention particulière doit être réservée à la communication des résultats de la réclamations collective (2).

1. Le rôle des organisations internationales non gouvernementales

1000. L'article premier du protocole¹⁴⁸⁹ fixe la liste des organisations reconnues par le Conseil de l'Europe, comme étant susceptibles de porter des réclamations devant lui. Avant de figurer sur la liste des organisations internationales non gouvernementales (OING), il est nécessaire d'acquérir un statut participatif auprès du Conseil de l'Europe¹⁴⁹⁰. On retrouve le Forum

¹⁴⁸⁸ Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, 9 novembre 1995, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list2?module=treaty-detail&treatynum=158>, [Consulté le 26 mars 2023].

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*, Article 1 : « Les Parties contractantes au présent Protocole reconnaissent aux organisations suivantes le droit de faire des réclamations alléguant une application non satisfaisante de la Charte : Les organisations internationales d'employeurs et de travailleurs, visées au paragraphe 2 de l'article 27 de la Charte ;

Les autres organisations internationales non gouvernementales dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe et inscrites sur la liste établie à cet effet par le Comité gouvernemental ; Les organisations nationales représentatives d'employeurs et de travailleurs relevant de la juridiction de la Partie contractante mise en cause par la réclamation ».

¹⁴⁹⁰ Avant d'adresser une demande de statut participatif, il faut vérifier que l'OING remplit toutes les conditions énumérées au paragraphe 2 de l'annexe à la résolution 2016-3 du Conseil de l'Europe, [En ligne], Disponible à l'adresse :

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168068824b, [Consulté le 26 mars 2023]. Le statut participatif peut être accordé par le Conseil de l'Europe aux OING :

- a. Qui respectent et défendent les valeurs et les principes du Conseil de l'Europe ;
- b. Qui, par leurs activités, peuvent soutenir la réalisation de l'union plus étroite mentionnée dans l'article 1er du Statut du Conseil de l'Europe ;
- c. Qui sont créées sur la base d'un acte constitutif adopté selon les principes démocratiques ;
- d. Qui ont une structure et une gouvernance démocratiques ;
- e. Qui sont particulièrement représentatives dans le ou les domaine(s) de leur compétence, domaines d'actions du Conseil de l'Europe ;
- f. Qui sont représentées au niveau européen, c'est-à-dire qui ont des membres dans au moins cinq Etats membres du Conseil de l'Europe ;
- g. Qui ont été créées et poursuivent des activités depuis au moins deux ans au moment de la demande d'octroi du statut participatif ;

européen des personnes handicapées¹⁴⁹¹, ainsi qu’Inclusion Europe¹⁴⁹² sur la liste des organisations inscrites pour une période de quatre ans¹⁴⁹³. A ce titre, la collaboration entre les associations belges et françaises se justifie pour défendre une réclamation devant le Conseil de l’Europe. Le protocole, dans son article 2¹⁴⁹⁴, prévoit par ailleurs, que des organisations nationales non gouvernementales peuvent également être reconnues par l’État pour porter une réclamation. Aujourd’hui, cette possibilité n’a été reconnue que par la Finlande, ce qui témoigne d’une certaine fébrilité des 45 autres Etats à répondre aux demandes de la société civile, sur le non-respect des droits sociaux. Cette attitude peut également conforter notre analyse sur l’impact en terme de communication des mises en cause des pouvoirs publics, lorsque les droits des personnes ne sont pas garantis malgré l’existence d’une convention signée. Alléger les procédures de réclamation revient à accepter que l’action de l’État soit interrogée, et que des actions de plaidoyer soient menées afin d’alerter le public.

1001. Les quatre associations françaises qui souhaitent mettre en exergue le non-respect des droits des personnes handicapées par l’État français, ont donc demandé à deux structures internationales de soutenir leur démarche afin qu’elle soit recevable. Ce faisant, on constate que la réclamation est déposée officiellement au nom des structures internationales. Les associations françaises ne sont mentionnées, dans le rapport final, qu’au travers des exemples recueillis auprès des familles. Il faut regarder ce « pas de côté » des associations françaises davantage comme étant une réponse à une obligation conventionnelle que comme l’expression d’une volonté politique de rester en retrait.

h. Qui ont déjà des relations de travail avec le Conseil de l’Europe ;

i. Qui sont à même de contribuer et de participer de façon active aux délibérations et aux activités du Conseil de l’Europe;

j. Qui peuvent relayer auprès de la société les travaux du Conseil de l’Europe.

¹⁴⁹¹ Pour EDF, la période d’inscription de 4 ans court du 1^{er} janvier 2022 au 31 décembre 2025.

¹⁴⁹² Pour Inclusion Europe, la période d’inscription de 4 ans court du 1^{er} juillet 2022 au 30 juin 2026.

¹⁴⁹³ La liste complète des organisations est consultable sur internet à l’adresse suivante, [En ligne], Disponible à l’adresse : <https://rm.coe.int/gc-2022-26-bil-list-ingos-01-01-2023/1680a99bfc>, [Consulté le 26 mars 2023].

¹⁴⁹⁴ Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, Article 2 : « *Tout Etat contractant peut, en outre, lorsqu’il exprime son consentement à être lié par le présent Protocole, conformément aux dispositions de l’article 13, ou à tout autre moment par la suite, déclarer reconnaître le droit de faire à son encontre des réclamations aux autres organisations nationales non gouvernementales représentatives relevant de sa juridiction et qui sont particulièrement qualifiées dans les matières régies par la Charte* ».

2. La réclamation collective et la communication des résultats

1002. A l'issue d'une réclamation collective, quelle suite peut-on entrevoir pour les parties ? La réclamation collective est examinée par le Comité européen des droits sociaux (CEDS)¹⁴⁹⁵, comité de 15 membres, chargé auprès du Conseil de l'Europe de porter un jugement autour de la conformité des législations et des pratiques nationales à la Charte sociale européenne. L'article 8 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne¹⁴⁹⁶ décrit le processus dès lors que la réclamation collective a été considérée comme fondée. Le CEDS n'est pas une instance juridictionnelle et n'a pas pour mission de produire du droit, mais rappelle aux acteurs quelle voie doit être empruntée pour que la Charte sociale européenne des droits sociaux soit respectée par un État. Le CEDS produit un rapport final qui est transmis au Comité des Ministres pour adopter une résolution, transmise par la suite à l'Assemblée parlementaire.

1003. L'alinéa 3 de l'article 8 indique que les parties ne peuvent communiquer sur les résultats des travaux du CEDS pendant quatre mois, après sa transmission au Conseil des Ministres. Ce délai permet à l'Etat de travailler sa communication avant que le public soit informé de la décision. Pour les associations, ce délai nourrit le plaidoyer qui sera mis en avant pour les campagnes de presse et pour les instances nationales. De son côté, la Défenseure des droits¹⁴⁹⁷ pourra, en plus des observations qui peuvent être faites lors de l'examen de la réclamation, s'en emparer pour alimenter la rédaction de son rapport annuel. Ce faisant, les manquements constatés feront l'objet d'une communication récurrente. Cette récurrence vient contre balancer l'interdiction de communication qui correspond à une obligation conventionnelle.

¹⁴⁹⁵ Le CEDS est établi conformément à l'article 25 de la Charte sociale européenne. Les 15 membres sont élus par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe pour 6 ans.

¹⁴⁹⁶ Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, Article 8, Strasbourg, 9 novembre 1955.

¹⁴⁹⁷ Le site du Défenseur des droits rappelle sa place dans le processus de réclamation collective, « *Au titre de ses différentes missions et des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi organique de 2011, le Défenseur des droits peut intervenir en qualité de tiers-intervenant dans une affaire portée devant le CEDS. En effet, aux termes de l'article 2A du Règlement du Comité « Appel à observations », le Président du Comité peut inviter toute organisation, institution ou personne à communiquer des observations. En 2014, le Secrétaire exécutif du Comité a invité le Défenseur des droits à transmettre de façon plus systématique des observations dans des affaires qui impliqueraient la France* », [En ligne], Disponible à l'adresse :

https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=cmspage&pageid=6&id_rubrique=114#:~:text=Le%20Comit%C3%A9%20europ%C3%A9en%20des%20droits%20sociaux%20%28CEDS%29%20est,%28li%C3%A9%20%C3%A0%20l'E2%80%99%C3%A9ducation%2C%20le%20logement%2C%20la%20sant%C3%A9%2C%20l'E2%80%99emploi%20%20A6%29, [Consulté le 27 mars 2023].

B. Le fonctionnement de la réclamation collective contre l'État français

1004. La réclamation collective repose sur un processus d'échanges et de communication (1) et permet de mettre en lumière des violations de la Charte sociale européenne (2) qui peuvent être illustrées (3).

1. Un processus collectif qui met en lumière les échanges et la communication

1005. L'examen de la réclamation collective met en exergue plusieurs points spécifiques attachés à cette procédure. Tout d'abord, il est important de noter qu'une réclamation doit être collective, ce qui induit différentes conséquences. Une association française ne peut porter seule une réclamation devant le CEDS, elle est dans l'obligation de chercher une alliance avec d'autres personnes morales pour que la réclamation soit recevable. Cette démarche oblige à échanger autour des thèmes qu'il faut défendre et des droits qu'il faut garantir. Pour que le processus de réclamation démarre, il est donc nécessaire que les structures s'accordent sur la marche à suivre. La congruence des démarches permet une communication plus forte et plus structurée sur les droits qui ne sont pas respectés par l'État. S'agissant de la réclamation française, la démarche a regroupé plusieurs associations¹⁴⁹⁸ représentant toutes les catégories de personnes handicapées.

1006. Pour autant, le regroupement de plusieurs associations ne suffit pas pour engager la procédure de la réclamation collective. Il est nécessaire que la démarche soit également soutenue et portée par des organisations internationales non-gouvernementales (OING) dotées du statut participatif auprès du Conseil de l'Europe. La réclamation collective française est portée par deux OING, le Forum européen des personnes handicapées et Inclusion Europe. La communication mettra en avant le rôle principal des deux OING dans le processus, en pointant la dimension européenne de la réclamation. Pour les pouvoirs publics, le débat autour de la réclamation s'ouvrira largement, il sera impossible d'appliquer la même réponse que pour l'affaire Amélie Loquet. Les carences de l'État deviennent publiques et les réponses auront également une dimension publique, ce qui facilitera la démarche d'effectivité des droits.

¹⁴⁹⁸ Le collectif des associations françaises regroupe quatre structures, APF France Handicap, CLAPEAHA, FNATH, Unafam, Unapei.

1007. A l'instar d'une pièce de théâtre, les acteurs principaux sont maintenant réunis : ils peuvent entrer en scène et dérouler le processus qui amène à une prise de position du Comité européen des droits sociaux. Après le dépôt, le Président du CEDS désigne un de ses membres pour exercer les fonctions de rapporteur qui devra porter une appréciation sur la recevabilité de la réclamation puis, sur son bien-fondé, pour déterminer s'il y a une violation de la Charte sociale européenne. Dès leur dépôt, la réclamation est publiée sur le site internet du Conseil de l'Europe. Des mémoires sur le bien-fondé de la réclamation peuvent être demandés à l'État et aux OING, ils sont rendus publics et permettent d'alimenter les plaidoyers au niveau national. Les échanges entre les parties permettent au Conseil des Ministres d'adopter une résolution à la majorité des votants qui acte les intentions de l'État à prendre les mesures appropriées pour mettre la situation de pays en conformité. Au cas où l'État en question n'affiche pas sa volonté de mettre la situation en conformité, le Comité des Ministres peut adopter une recommandation à son adresse. Que le Comité des Ministres prenne une résolution ou une recommandation, le processus de la réclamation collective permet la mise en lumière des actions de l'État et de ses éventuelles carences.

2. La mise en lumière des violations de la Charte sociale européenne

1008. La réclamation collective de mai 2018 contre la France, à l'instar de l'ensemble des réclamations, repose sur l'idée que l'État ne respecte pas la Charte sociale européenne¹⁴⁹⁹ (« la Charte ») qu'il a signée par ailleurs. La philosophie de la Charte est claire et inonde nombre de secteurs tels que, le logement, l'éducation ou la santé. Les droits sont garantis sans distinction de race, de religion ou d'opinion politique et le principe de non-discrimination est convoqué pour assurer la protection des personnes en situation de handicap. Les OING soutiennent que la France n'a pas actionné toutes les mesures nécessaires pour qu'un certain nombre de droits pour les personnes handicapées soient respectés.

1009. La réclamation met en exergue le fait que l'État ne garantit pas accès suffisant et effectif des personnes handicapées aux services d'aide social et d'équipements (article 15§3 de la

¹⁴⁹⁹ La Charte sociale européenne est un traité du Conseil de l'Europe qui a été adopté en 1961 et révisé en 1996. Elle garantit les droits sociaux et économiques qui interviennent en complément des droits civils et politiques garantis par la Convention européenne des droits de l'homme de 1950.

Charte¹⁵⁰⁰), notamment à ceux qui sont destinés à intégrer les enfants handicapés dans les écoles ordinaires (article 15§3 lu seul et/ou en combinaison avec l'article E de la Charte¹⁵⁰¹ sociale européenne révisée). Une carence analogue a été reconnue concernant les difficultés pour les personnes handicapées d'accéder aux services sociaux (article 14§1¹⁵⁰² lu seul ou en combinaison avec l'article E de la Charte), au logement (article 31§1 et 3¹⁵⁰³ lu seul et/ou en combinaison avec l'article E) et à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale (article 30 de la Charte¹⁵⁰⁴). La jouissance effective, pleine et entière des personnes handicapées, au droit à la protection de la santé est également réclamée (article 11§1¹⁵⁰⁵ de la Charte lu seul et/ou en combinaison avec l'article E).

1010. La procédure décrite par le CEDS fait état, à la page 3 du rapport, du fait que : « *Les organisations réclamantes soutiennent, en outre, qu'en n'assurant pas un accès effectif des personnes handicapées à une vie autonome et incluse dans la société, la France manque à son devoir de protection envers les familles de ces personnes, ce qui place ces familles dans une*

¹⁵⁰⁰ Ibid., Article 15§3 : « *Les Parties s'engagent... à favoriser leur accès à l'emploi par toute mesure susceptible d'encourager les employeurs à embaucher et à maintenir en activité des personnes handicapées dans le milieu ordinaire de travail et à adapter les conditions de travail aux besoins de ces personnes ou, en cas d'impossibilité en raison du handicap, par l'aménagement ou la création d'emplois protégés en fonction du degré d'incapacité. Ces mesures peuvent justifier, le cas échéant, le recours à des services spécialisés de placement et d'accompagnement* ».

¹⁵⁰¹ Ibid., Article E, Partie 5 concernant la non-discrimination : « *La jouissance des droits reconnus dans la présente Charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation* ».

¹⁵⁰² Ibid., Article 14§1 : « *Les Parties s'engagent... à encourager ou organiser les services utilisant les méthodes propres au service social et qui contribuent au bien-être et au développement des individus et des groupes dans la communauté ainsi qu'à leur adaptation au milieu social* ».

¹⁵⁰³ Ibid., Article 31§1 et §3 : « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au logement, les Parties s'engagent à prendre des mesures destinées: à favoriser l'accès au logement d'un niveau suffisant; à rendre le coût du logement accessible aux personnes qui ne disposent pas de ressources suffisantes* ».

¹⁵⁰⁴ Ibid., Article 30 : « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, les Parties s'engagent: à prendre des mesures dans le cadre d'une approche globale et coordonnée pour promouvoir l'accès effectif notamment à l'emploi, au logement, à la formation, à l'enseignement, à la culture, à l'assistance sociale et médicale des personnes se trouvant ou risquant de se trouver en situation d'exclusion sociale ou de pauvreté, et de leur famille; à réexaminer ces mesures en vue de leur adaptation si nécessaire* ».

¹⁵⁰⁵ Ibid., Article 11§1 : « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection de la santé, les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques et privées, des mesures appropriées tendant notamment: à éliminer, dans la mesure du possible, les causes d'une santé déficiente* ».

situation de fragilité et de désavantage (article 16¹⁵⁰⁶ lu seul et/ou en combinaison avec l'article E) ». Enfin, il est rappelé que les personnes handicapées doivent être en capacité de concilier vie familiale et vie professionnelle, et que cette conciliation n'est possible qu'à condition d'avoir un accès suffisant « aux services de proximité spécifiques » (article 27§1¹⁵⁰⁷ lu seul et/ou en combinaison avec l'article E de la Charte).

1011. A la lecture de la motivation de la réclamation collective, on comprend la puissance que peut représenter ce processus. La Charte n'est pas un outil conventionnel isolé, tel est le rappel qui est fait par le préambule de la Charte sociale européenne révisée¹⁵⁰⁸, dans la mesure où elle doit être regardée comme un traité permettant de défendre les droits de l'homme¹⁵⁰⁹. Le préambule se poursuit par une liste exhaustive des droits garantis par la Charte que « *Les Parties reconnaissent comme objectif d'une politique qu'elles poursuivront par tous les moyens utiles, sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits...* ». On comprend dès lors que la signature de la Charte représente un engagement important pour l'État qu'il faut respecter afin d'éviter une « mauvaise image » du pays. Depuis le début de ma recherche, j'évoque la rhétorique convoquée par les pouvoirs publics français pour développer les droits des personnes handicapées, la solution est simple à énoncer et à retenir, « il suffit d'être inclusif ». Ce « mot magique » suffirait pour transformer la vie quotidienne des personnes, leur environnement et pour respecter leur volonté. La réclamation collective nous pousse à prendre de la hauteur et à nous écarter des discours servis

¹⁵⁰⁶ Ibid., Article 16 : « *En vue de réaliser les conditions de vie indispensables au plein épanouissement de la famille, cellule fondamentale de la société, les Parties s'engagent à promouvoir la protection économique, juridique et sociale de la vie de famille, notamment par le moyen de prestations sociales et familiales, de dispositions fiscales, d'encouragement à la construction de logements adaptés aux besoins des familles, d'aide aux jeunes foyers, ou de toutes autres mesures appropriées* ».

¹⁵⁰⁷ Ibid., Article 27§1 : « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'égalité des chances et de traitement entre les travailleurs des deux sexes ayant des responsabilités familiales et entre ces travailleurs et les autres travailleurs, les Parties s'engagent: à prendre des mesures appropriées pour permettre aux travailleurs ayant des responsabilités familiales d'entrer et de rester dans la vie active ou d'y retourner après une absence due à ces responsabilités, y compris des mesures dans le domaine de l'orientation et la formation professionnelles; pour tenir compte de leurs besoins en ce qui concerne les conditions d'emploi et la sécurité sociale; pour développer ou promouvoir des services, publics ou privés, en particulier les services de garde de jour d'enfants et d'autres modes de garde* ».

¹⁵⁰⁸ Conseil de l'Europe, Charte sociale européenne révisée, Série des traités européens n°163, Strasbourg, 3 mai 1996.

¹⁵⁰⁹ Ibid., Préambule, alinéa 4 : « *Rappelant que la Conférence ministérielle sur les droits de l'homme, tenue à Rome le 5 novembre 1990, a souligné la nécessité, d'une part, de préserver le caractère indivisible de tous les droits de l'homme, qu'ils soient civils, politiques, économiques, sociaux ou culturels et, d'autre part, de donner à la Charte sociale européenne une nouvelle impulsion* ».

par les politiques nationaux et les collectivités locales pour poser la seule question qui vaille, celle du respect des droits. Il s'agit de dépasser une visée impérative de l'effectivité des droits pour tendre vers leur appréhension par l'ensemble de la société. Dans cette optique, la question des droits des personnes handicapées ne peut se résumer à l'organisation effective d'un Conseil de la vie sociale dans un établissement mais plus largement, à la question de la participation des personnes handicapées dans la construction de leur parcours de vie. On quitte l'incantation pour un examen fin des actions concrètes.

1012. Par ailleurs, la réclamation va ouvrir une voie différente des affaires judiciaires. Ces dernières ne mettent en résonnance qu'un conflit opposant une personne, sa famille et la puissance publique. En terme de communication, on peut toujours arguer que le problème ne concerne qu'une famille, ce qui interdit de décliner la solution à d'autres cas sur le territoire. A cet égard, l'affaire Amélie Loquet fournit une illustration de la volonté des pouvoirs publics, d'éviter que des problèmes de droits personnels ne fassent le lit de demandes générales. Qui se souvient aujourd'hui de l'affaire Amélie Loquet ? Est-ce qu'elle fait encore l'objet de débat lors des Conseils de la vie sociale, avec des personnes interrogeant la direction sur les avancées du droit ? On pourrait parier que cette affaire n'est plus évoquée dans les établissements. Miracle du droit ou réussite de l'action des pouvoirs publics pour refermer cette possibilité de recours des familles ? Force est de constater que le droit génère assez rarement de miracle reconnu officiellement.

1013. La réclamation collective ouvre une voie extra-judiciaire moins contraignante pour les pouvoirs publics, mais qui présente un avantage en terme de communication. Elle est portée par des structures d'envergure internationale sur lesquelles l'État n'a pas de prise, ce qui garantit le fait que la réclamation ne sera pas éteinte par le truchement d'une négociation de dernière minute entre les parties. Les structures porteuses de la réclamation assurent cette fonction de protection de structures nationales qui pourraient être plus facilement influencées. Contrairement aux processus judiciaires qui se soldent par une décision ou un arrêt dont on ne parle plus, à moins qu'il ne constitue un point de jurisprudence, la réclamation collective ne s'éteint qu'à partir du moment où les points critiques auront été résolus. Le site internet du Conseil de l'Europe voit fleurir les rappels adressés aux États, afin qu'ils régularisent leur situation par rapport à la Charte. Pour éviter ce rappel à l'ordre récurrent, l'État travaillera plutôt à résorber l'écart constaté par le CEDS entre sa pratique et la Charte. Il appartient aux porteurs

de la réclamation de la faire vivre au même rythme que les rappels du CEDS, chacun des rappels permettant de relancer une campagne de plaidoyer.

1014. Cette obligation de communication réclamée à l'État illustre la différence d'approche entre la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, telle que décrite plus haut et la CEDS. Dans le cadre de la CIDPH, la demande de communication autour des progrès réalisés par l'État se compte en années. Il faut attendre deux ans pour la production d'un premier rapport, et quatre ans pour les suivants. Ce rythme est d'autant plus lent que, dans le cas de la France, il a été rallongé. En effet, il a fallu attendre 2022 pour lire le premier rapport, et il nous faudra attendre 2028 pour le second. On comprend que cette échelle de temps soit difficilement compréhensible pour une personne handicapée qui attend que son logement devienne accessible. Les « barreaux de cette échelle de temps » sont tellement espacés, que cela permet à la rhétorique inclusive de prospérer sans réelles contradictions. On peut d'ailleurs s'interroger sur le point de savoir si la crainte d'une communication négative de la part du Comité des Nations Unies n'a pas nourri le retard dans la production du rapport.

1015. L'obligation d'explication posée par le Conseil de l'Europe place les acteurs dans une dynamique différente. Les OING ont conscience que la décision du CEDS n'est que le point de départ permettant aux différentes parties prenantes d'interroger l'État. Au niveau national, la décision peut être le fait générateur d'actions de plaidoyer demandant à ce que l'État respecte ses engagements internationaux. Pour l'État, la décision du CEDS constitue également un point de départ, celui des explications qu'il devra fournir devant l'ensemble des 45 membres du Conseil de l'Europe en abandonnant la rhétorique habituelle qui ne peut servir qu'au niveau national. A l'instar d'une publicité qui revient à l'esprit comme une musique lancinante, la communication sur les manquements des pouvoirs publics sert l'effectivité des droits. Ouverture et transparence sont les moteurs principaux de l'effectivité des droits des personnes handicapées.

3. Les illustrations de la violation de la Charte sociale européenne

1016. La réclamation collective fournit l'occasion aux associations¹⁵¹⁰ de communiquer autour des carences de l'État pour que ces dernières deviennent publiques et qu'elles puissent mobiliser l'opinion publique. Il ne s'agit pas d'une action spécifique d'une association qui défend des personnes souffrant d'une certaine catégorie de handicap, mais d'une action collective en faveur des personnes handicapées en général. Pour soutenir la réclamation collective, une campagne de communication commune a été imaginée qui permet de conjuguer la mention des articles de la Charte qui ne sont pas respectés avec des témoignages d'enfants ou d'adultes victimes de ces carences. Le dossier de presse distribué par les quatre associations françaises illustre la réclamation collective française par un dessin¹⁵¹¹ sur la première page qui entend résumer la situation des personnes handicapées en France. Quatre personnes adultes, dont trois personnes en situation de handicap sont représentées, et le quatrième personnage de poser une question lourde de sens : « *Vous êtes handicapés en France ?* » Le quatrième personnage porte une valise aux couleurs de la République française, ce qui explique le sens du dessin. Devant des personnes handicapées, l'État laisse apparaître sa surprise de découvrir que le handicap est encore présent sur le territoire national. Le dessin résume la philosophie de la réclamation collective qui pointe l'écart entre la vie quotidienne des personnes handicapées et la perception qu'en ont les pouvoirs publics, découvrant que les discours et les incantations ont peu de prise sur le réel.

1017. Le dossier de presse reprend ensuite l'ensemble des articles de la Charte qui ne sont pas respectés par l'Etat français, en illustrant les carences par différents témoignages de personnes handicapées ou de leur famille. Les termes utilisés mettent en exergue les retards des pouvoirs publics qui diminuent la protection sociale et accentuent la pauvreté et l'exclusion sociale des personnes handicapées. Ils illustrent le fait que « *Les personnes handicapées n'ont pas accès en France à une vie autonome et incluse dans la société contrairement aux principes énoncés par les conventions européennes et internationales*¹⁵¹² ».

¹⁵¹⁰ La page de garde fait figurer les logos de toutes associations à la base de la réclamation collective, à savoir les associations françaises (APF France handicap, Clapeaha, Fnath, Unafam et Unapei), et les deux associations internationales (Inclusion Europe et le Forum européen des personnes handicapées).

¹⁵¹¹ Le dessin figurant sur le dossier de presse est signé par Antoine Chereau, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.antoinechereau.fr/>, [Consulté le 30 mars 2023].

¹⁵¹² Dossier de presse, #UrgenceHandicap, page 3.

1018. Cette seule phrase dénonce toute la rhétorique des pouvoirs publics sur l'inclusion, et confirme que le champ du handicap, pas plus que les autres, n'autorise l'apparition de prophétie auto réalisatrice¹⁵¹³. Les points mis en exergue énoncent des problèmes d'accès aux services sociaux (3.1), d'accès aux soins (3.2), d'accès au logement (3.3) et d'accès à l'autonomie (3.4). Par ailleurs, la réclamation pointe les manquements au devoir de protection des familles (3.5), et les difficultés de concilier vie professionnelle et vie personnelle (3.6).

3.1 L'absence d'accès aux services sociaux

1019. Dans le détail, les associations ont dénoncé l'absence d'accès aux services sociaux pour les personnes handicapées et la violation subséquente de l'article 14 de la Charte. Plus précisément, il s'agit de noter les difficultés à trouver le service d'accompagnement idoine. Une personne vieillissante qui ne trouve personne pour l'accompagner parfaitement à domicile, un enfant qui n'a pas accès à une scolarisation normale en raison d'un manque de personnel, les exemples sont multiples et partagés par des citoyens qui côtoient ces situations et espèrent qu'ils ne les subiront pas intimement. Madame A. VIGNON-BARRAULT rappelle qu'une majorité de personnes âgées souhaite adapter leur domicile plutôt qu'envisager un départ vers un établissement médico-social¹⁵¹⁴. Et de mentionner « *ce goût de rester chez soi [qui garantit] l'effectivité [des] droits [pour les personnes âgées]* ».

1020. Les départs vers la Belgique sont mobilisés à l'appui de ce plaidoyer, en insistant sur des exemples de familles qui subissent ces « non-choix » d'accueil dans un pays étranger. Même si ces départs en Wallonie sont subis par plusieurs familles, l'argumentation oublie d'éclairer ces départs volontaires vers des structures belges capables d'accompagner au mieux les personnes autistes. La réclamation illustre les propos sur la violation de l'article 14 par

¹⁵¹³ Les développements précédents nous ont permis de mettre en avant cette rhétorique française pour montrer qu'elle ne suffisait pas à garantir les droits.

¹⁵¹⁴ A. VIGNON-BARRAULT, *RDSS. Revue de droit sanitaire et social*, N° 4, 2019, p. 589.

l'expérience de vie de Keltoum, mère d'un enfant autiste accompagné en Belgique¹⁵¹⁵, et de Sylvie, sœur de Paul en situation de handicap psychique¹⁵¹⁶.

3.2 L'absence d'accès aux soins

1021. L'absence d'accès aux soins constitue également un des piliers de la réclamation collective. En n'assurant pas un accès égal et effectif des personnes handicapées aux soins, la France ne respecte pas la Charte sociale européenne (article 11). En terme de communication, la thématique des soins inaccessibles est facile à intégrer pour l'ensemble de la population. Etre simplement citoyen français en Province, diminue considérablement la chance de recouvrer un médecin traitant ou d'obtenir un rendez-vous auprès d'un médecin spécialiste, avant plusieurs mois. On imagine, dès lors, qu'être citoyen handicapé français en Province ne va pas faciliter les solutions médicales simples. Chaque directeur d'établissement connaît les difficultés inhérentes au suivi médical des personnes handicapées. Un rendez-vous chez le dentiste qui réclame six ou sept tentatives peut être fréquent pour un enfant autiste. Il n'est d'ailleurs pas certain, qu'une fois sur le fauteuil de soin, la personne autiste accepte les actes du dentiste sans

¹⁵¹⁵ Extrait du dossier de presse, #UrgenceHandicap, page 6 : « Diagnostiqué autiste tardivement, Ryad n'a jamais eu d'accompagnement adapté à ses besoins. Depuis 2012, il est en Belgique à 200 km de chez nous. Au début, pour ne pas rompre le lien, nous le ramenions à la maison le week-end, mais il ne dormait pas et nous non plus. Nous culpabilisons et avons peur de rompre un équilibre peut-être trouvé dans l'établissement. Et puis, 800 km, des weekends sans dormir suivis de semaines au travail, c'était ingérable. Donc on a arrêté les allers-retours à domicile. Nous allons à présent le voir dans son établissement en Belgique. Tout ce trajet pour seulement trois heures. Puis revenir. Se dire encore une fois qu'on l'a abandonné ».

¹⁵¹⁶ Extrait du dossier de presse, #UrgenceHandicap, page 6 : « Mon frère est en situation de handicap psychique. Il souffre de schizophrénie. Je l'accompagne au quotidien depuis 10 ans. Il est maintenu à l'hôpital depuis trois ans faute de solution d'hébergement. En 2015, l'hôpital en question m'a sommée de trouver une famille d'accueil pour mon frère. Mais aucune place n'est disponible dans mon département. L'hôpital est donc revenu vers moi pour me proposer un foyer d'hébergement en Belgique, vu qu'il y a entre six et huit ans d'attente pour les foyers du département. Je suis choquée qu'aucune solution de proximité ne puisse être trouvée. Mon frère est très attaché à sa famille et à l'environnement qu'il a toujours connu. Je vais devoir faire des allers-retours entre la France et la Belgique (six à sept heures de trajet aller) pour aller le chercher afin qu'il puisse rendre visite à notre mère. Sans compter les effets néfastes que ce changement radical d'environnement peut avoir sur la santé mentale déjà fragile de Paul ».

difficulté. Au travers de l'exemple d'André¹⁵¹⁷ et de Stéphane¹⁵¹⁸, les associations entendent illustrer ces difficultés.

3.3 L'absence d'accès au logement

1022. Quoi de plus simple qu'une annonce de location immobilière, publiée sur Internet, pour générer la curiosité des personnes désireuses de changer d'environnement de vie. On pouvait lire : *« A louer un superbe appartement au dernier étage d'une nouvelle résidence en plein centre-ville. Au deuxième étage, vous disposerez d'une large terrasse orientée au sud et d'une vue sur mer imprenable. Les charges sont réduites du fait de l'absence d'ascenseur dans la résidence »*¹⁵¹⁹. Un emplacement formidable, un prix intéressant et une situation centrale, ces critères sont parfaits et pourtant cette annonce, apparemment anodine, représente un mur pour les personnes handicapées en fauteuil. Impossible de louer un appartement au deuxième étage car l'immeuble est dénué d'ascenseur et donc inaccessible pour une personne à mobilité réduite. Il s'agit malheureusement d'un cas de figure qui se rencontre couramment et qui oblige les personnes handicapées à ne plus choisir le lieu de vie en toute liberté. La réclamation collective, en se basant sur le non-respect de l'article 31 de la Charte, indique que l'État ne respecte pas ses engagements internationaux. Sur cette thématique, le citoyen peut sans difficulté faire le

¹⁵¹⁷ Extrait du dossier de presse, #UrgenceHandicap, page 7 : *« Quand je téléphone à des médecins, il m'est très compliqué d'obtenir un rendez-vous dès que je leur dis que je suis handicapé et que je leur demande si leur cabinet est accessible. De plus, quand j'obtiens un rendez-vous, le médecin ne prend pas suffisamment en compte mon handicap dans les échanges que je peux avoir avec lui. Mes ressources limitées en raison de mon handicap ne me permettent pas de bénéficier d'une assurance complémentaire et me conduisent à renoncer à des soins pourtant nécessaires à ma santé, ce qui devient préjudiciable à ma santé. Les tarifs des soins, des consultations et des aides techniques laissent un reste à charge trop important. Je suis également obligé de décaler l'achat de médicaments, en raison de leur coût »*

¹⁵¹⁸ Extrait du dossier de presse, #UrgenceHandicap, page 7 : *« Ma femme est en situation de handicap psychique. Diagnostiquée bipolaire en 2001, elle a fait plusieurs séjours à l'hôpital. Lors de sa dernière hospitalisation en 2015, elle s'est plainte à plusieurs reprises auprès du personnel soignant de violentes douleurs au ventre. Malgré ses demandes et mes multiples alertes, aucune consultation ne lui a été accordée jusqu'à ce qu'une fièvre importante se déclare. Une infirmière a finalement réussi à faire en sorte qu'elle soit prise en charge : il s'agissait d'une péritonite. Elle a finalement été opérée en urgence. 100% des péritonites non traitées se soldent par un décès, ma femme a donc failli mourir à l'hôpital parce que personne n'a voulu la soigner ! Je suis furieux et ai très peur qu'elle soit à nouveau hospitalisée et qu'un nouveau problème de santé autre que « psy » se présente ».*

¹⁵¹⁹ Le refus des copropriétaires de réaliser les travaux d'accessibilité vaut dérogation d'installation d'ascenseurs accordée de plein droit. Toutefois, lorsque le propriétaire ou l'exploitant de l'ERP prend à sa charge l'intégralité du coût des travaux de mise en accessibilité, les copropriétaires doivent justifier leur refus (contrainte technique, contrainte liée à la conservation du patrimoine, disproportion manifeste du coût des travaux).

lien entre un article de la Charte et des constats quotidiens. Ce pont entre un engagement international signé par la France et la vie quotidienne, est une des forces de la réclamation collective. La communication autour des carences de l'action publique sera d'autant plus facile à alimenter, que les images peuvent appeler le quotidien. La vie de Fatima¹⁵²⁰ et d'Olivia¹⁵²¹ nous fait prendre conscience de l'impact des lois internes qui ne permettent pas l'effectivité des droits¹⁵²².

3.4 L'absence d'accès à l'autonomie

1023. La réclamation collective aborde l'autonomie par le biais des prestations, délivrées au titre de la compensation du handicap (« la PCH »). Les associations dénoncent l'inadéquation de la PCH, avec les besoins réels des personnes handicapées. Cet écart ne permet pas de vivre normalement, les personnes handicapées ne parvenant pas à obtenir une PCH pour couvrir l'intégralité des activités ménagères, aides à la parentalité ou d'aides à la communication. Les aides financières sont insuffisantes et ne garantissent pas un environnement individuel favorisant l'autonomie. Un changement de fauteuil roulant ou un défaut d'accompagnement

¹⁵²⁰ Extrait du dossier de presse, #UrgenceHandicap, page 9 : « Atteinte d'une maladie qui me rend handicapée et mère célibataire de deux enfants, j'ai attendu plus de 15 ans un logement social. C'est ainsi grâce à une association de femmes célibataires que j'ai pu survivre dans un petit logement, très éloigné de mon lieu de travail. Pour cette raison, j'ai dû arrêter de travailler pendant de très longues années, ce qui m'a conduit à vivre dans une très grande précarité, avec deux enfants à charge. Mon handicap ne me permettant pas de réaliser des trajets importants, cette impossibilité de bénéficier d'un logement accessible m'a conduit à refuser des propositions de travail et donc ne m'a pas permis d'accéder à une vie sociale digne de ce nom. L'impossibilité de se loger conduit inexorablement à des difficultés dans toute la vie quotidienne ».

¹⁵²¹ Extrait du dossier de presse, #UrgenceHandicap, page 9 : « Je recherche un appartement. Je suis paraplégique en fauteuil roulant manuel. Mais des biens accessibles aux personnes en fauteuil roulant, il y en a très peu sur le marché. Et la difficulté supplémentaire, c'est que je vais au travail en voiture, j'ai donc besoin d'une place de parking adaptée au sein du bâtiment. Il y en a peu et nous ne sommes pas prioritaires sur ces places de parking. Je ne peux pas me garer dans la rue et sortir de ma voiture pour aller jusqu'à mon appartement. Ça fait plus d'un an qu'on recherchait cet appartement, on pensait avoir trouvé la perle rare. Mais au moment de la signature, chez le notaire, on se rend compte que la place qui nous a été attribué est une place de parking « normale ». Du coup, l'achat est tombé à l'eau ! ».

¹⁵²² Extrait du dossier de presse, #UrgenceHandicap, page 9 : « Dans le projet de loi ELAN (évolution du logement et aménagement numérique), les mesures retenues par le gouvernement vont à l'encontre des besoins des personnes handicapées. En effet, la loi prévoit de réduire à 10% le nombre des logements neufs accessibles, contre 100% aujourd'hui, ce qui constitue une régression sociale. L'introduction de ce quota de logements est en outre discriminatoire et en contradiction avec le droit des personnes à choisir librement leur lieu de vie. Ainsi l'accès des personnes handicapées aux services et équipements permettant l'accès au logement est loin d'être suffisant en France ».

concernant Ricardo¹⁵²³ et Paule¹⁵²⁴ ont été les deux exemples mis en exergue par les associations, pour illustrer les difficultés des personnes à vivre de manière autonome.

1024. Un autre angle d'analyse mérite d'être exploré lorsqu'on aborde le thème de l'autonomie. Si on suit la logique et la philosophie de la CIPDH, l'autonomie doit permettre à chacun d'exprimer la manière dont il veut mener sa vie. L'analyse des besoins individuels au travers de grilles standards ne permet pas l'expression des souhaits personnels et ne respecte pas les droits des personnes. La réforme SERAFIN-PH est significative de cette approche standardisée des situations. Dans les établissements, les besoins sont identifiés sans tenir compte des envies exprimées. On peut dès lors conclure que cette réforme ne correspond pas à la philosophie des engagements internationaux, qui invitent à l'individualisation et non à la standardisation.

3.5 Manquement au devoir de protection envers les familles

1025. Dans la continuité des constats faits à propos du respect de la vie en autonomie, les associations pointent les violations de l'article 16 de la Charte. L'Etat doit « *promouvoir la protection économique, juridique et sociale de la vie de famille* ». Le manque de solutions

¹⁵²³ Extrait du dossier de presse, #UrgenceHandicap, page 10 : « *J'aimerais changer de fauteuil roulant car le mien a déjà 10 ans et il commence à être trop vieux et plus adapté à mon handicap. J'ai essayé trois ou quatre fauteuils pour trouver un modèle de remplacement. Le problème c'est que le fauteuil qui me conviendrait coûte 7 300€. La MDPH peut couvrir 1 500€, la sécurité sociale 500€ et la mutuelle 300€. Il me reste donc 5 000€ à charge. L'assistante sociale et l'ergothérapeute m'ont conseillé de trouver des financements par moi-même. J'ai donc créé une cagnotte sur un site de financement participatif et fait appel à la générosité du public pour trouver les 5000€ restants. Je ne comprends pas pourquoi les fauteuils ne sont pas pris en charge intégralement. Mon fauteuil c'est mes jambes !* ».

¹⁵²⁴ Extrait du dossier de presse, #UrgenceHandicap, page 10 : « *Notre fils de 36 ans est handicapé psychique, il est dans une démarche volontaire de soin depuis plus de dix ans. Aujourd'hui, il vit seul sans accompagnement adapté. Après six ans dans des foyers post-cure, il a été orienté vers un foyer de vie. Nous avons visité plusieurs structures et nous sommes très vite rendu compte qu'elles n'étaient pas du tout adaptées aux besoins de notre fils. Les foyers de vie ne proposent aucun accompagnement spécifique pour les personnes en situation de handicap psychique. Sans solution, nous lui avons aménagé un studio dans l'urgence, avec la conscience douloureuse que sans accompagnement, il ne pourrait pas en sortir et que ce serait pour lui comme une cellule de prison. Notre fils redoute de vivre seul. Il n'a pas non plus droit à une auxiliaire de vie à domicile car la prestation compensatoire du handicap (PCH) lui est refusée. Or nous sommes trop âgés et épuisés pour continuer à assurer seuls l'accompagnement dont il a besoin pour vivre dignement dans la société. Et pourtant, notre fils a un diplôme universitaire et des projets plein la tête, mais sans accompagnement adapté, stable et pérenne, il ne peut être question de réelle autonomie, ni d'insertion professionnelle. Nous sommes très préoccupés par son avenir* ».

d'accompagnement idoines oblige les familles à être très présentes au côté de la personne handicapée. L'absence de logements adaptés ne permet pas une vie autonome et bouleverse l'équilibre des familles. Les témoignages d'Eliane¹⁵²⁵ et Adeline¹⁵²⁶ décrivent bien l'impact des carences d'accompagnement au quotidien.

3.6 Entrave à la conciliation vie familiale-vie professionnelle des travailleurs

1026. Ce dernier point soulevé par la réclamation collective s'inscrit dans la continuité du précédent. Il insiste sur les conséquences familiales d'un accompagnement d'enfant handicapé, et notamment sur les difficultés à conjuguer une vie familiale apaisée et une vie professionnelle épanouissante. Les exemples sont nombreux qui illustrent cette problématique, c'est une famille qui se déplace de Paris en Belgique, tous les lundis matin, pour accompagner leur enfant dans un foyer d'hébergement parce qu'il ne supporte pas les transports en commun. Une demande de modification de contrat de travail a été formulée, par le père, afin qu'il puisse assurer le transport. C'est la mère qui s'arrête de travailler, son fils autiste ne pouvant être accueilli à l'école la journée entière. Ces situations sont quotidiennes en établissement et posent très concrètement aux directions la question de l'effectivité des droits. La réclamation met en

¹⁵²⁵ Extrait du dossier de presse, #UrgenceHandicap, page 11 : « Nous vivons dans le Nord-Pas-de-Calais et notre fille Manon étudiait à Toulouse quand elle a dû être hospitalisée. Elle vit à présent dans un logement adapté aux personnes en situation de handicap psychique à Toulouse. Nous aimerions pouvoir nous rapprocher d'elle, mais n'en avons pas les moyens. Et impossible de lui faire intégrer une structure près de chez nous. Elle n'a pas d'amis. Sa sœur vit à Londres. Elle n'a que nous et nous réclame constamment. Elle ne veut parler à personne, se replie de plus en plus sur elle-même. Nous sommes complètement désemparés, nous avons besoin d'être auprès d'elle, d'autant qu'elle a déjà fait plusieurs tentatives de suicide ».

¹⁵²⁶ Extrait du dossier de presse, #UrgenceHandicap, page 11 : « J'ai deux enfants ayant un handicap intellectuel profond, épileptiques, avec des troubles du comportement, probablement une maladie génétique. Ils sont pris en charge dans une structure spécialisée quelques heures par semaine, le reste du temps, ils sont avec moi à la maison. J'aimerais vous apporter un témoignage plus étoffé sur l'isolement de notre famille, mais je dois emmener Gaëtan à l'hôpital pour une séance de rééducation. Je suis obligée d'emmener mes deux enfants, car j'enchaîne ensuite sur un rendez-vous avec le neurologue pour Hugo, dans un autre hôpital. Demain peut-être, entre deux autres consultations... »

lumière le cas de Franck Marie¹⁵²⁷ et d'Olivier¹⁵²⁸ qui sont confrontés à ce choix entre vie personnelle et vie professionnelle.

1027. L'aller-retour permanent entre référence à la Charte et exemples illustratifs permet de donner corps à la réclamation collective. Il ne s'agit plus simplement de pointer les carences de l'État, mais d'alimenter les demandes par des exemples concrets, tirés de la vie ordinaire des personnes et des familles. Ces références donnent du poids à la réclamation et de la force aux actions de plaidoyers qui vont en découler, nombre d'acteurs pouvant se retrouver autour de la situation d'Olivier ou d'Adeline.

C. Les interventions tierces, un éclairage complémentaire pour garantir les droits

1028. A l'instar de la procédure qui entoure la CIDPH, la Charte a prévu un mécanisme d'intervention d'acteurs tiers pour alimenter l'examen de la réclamation collective. Cette possibilité s'inscrit dans une démarche de « communication élargie », autour des carences des pouvoirs publics et des progrès qu'il faut encore réalisés pour garantir les droits. Les conclusions tirées de l'examen de la situation auront d'autant plus d'impact qu'elles reflètent une opinion partagée par plusieurs acteurs. Sur proposition du Rapporteur, le Président du

¹⁵²⁷ Extrait du dossier de presse, #UrgenceHandicap, page 12 : « Mon fils a 10 ans. Il est autiste. La scolarisation de mon fils relève du parcours du combattant. Nous avons réussi à obtenir une AVS (auxiliaire de vie scolaire) 10h par semaine. Cela ne représente que deux heures de scolarisation par jour. Il est donc scolarisé 2h par jour dans une ULIS (unités localisées pour l'inclusion scolaire) à Saint-Nom-La-Bretèche, alors que nous vivons à Versailles. Je vis seul avec lui. Mes parents m'aident beaucoup, mais comment faire quand votre enfant ne va à l'école que quelques heures par jour ? Comment concilier sa vie professionnelle et personnelle avec cette situation ? L'année dernière, l'AVS de mon fils est tombée malade. Elle n'a jamais été remplacée. Aucune solution ne nous a été proposée, ni pour mon fils, ni pour moi. J'ai dû tout arrêter pour m'occuper de lui et j'ai dû lâcher mon entreprise. Il a fallu mettre ma vie entre parenthèse pour m'occuper de mon fils ».

¹⁵²⁸ Extrait du dossier de presse, #UrgenceHandicap, page 12 : « Mon grand frère Sébastien a 43 ans. Nos parents sont décédés. Il vit dans un appartement avec trois autres personnes handicapées psychiques. Mais l'accompagnement n'y est pas suffisant : 1 heure d'aide-ménagère et 1 à 2 heures de visite infirmière par semaine. Du coup, je suis sollicité en permanence pour m'occuper de son hygiène, de ses repas, de son ménage, de son linge. Bref, j'ai dû réduire mon temps de travail et mon salaire. Un jour par semaine est consacré à Sébastien : rendez-vous avec sa curatrice, ses médecins, l'assistante sociale de l'hôpital, démarches administratives, mais aussi lessives, courses. Ma femme et mes enfants pâtissent de cette situation, de mon absence et aussi du manque de ressources financières, même si mon épouse travaille aussi. Mais en plus, mon emploi est en jeu : mon supérieur a accepté de réduire mon temps de travail mais me dit maintenant qu'il souhaite mettre fin à mon contrat pour embaucher quelqu'un à temps plein. J'ai perdu mon précédent emploi à cause de cette « double vie ». J'ai peur pour l'avenir, pour ma vie de famille. Mais je ne peux pas abandonner mon frère : il n'a plus que moi ».

Comité européen des Droits sociaux peut inviter toute organisation, institution ou personne à communiquer des observations.

1029. C'est à cette invitation qu'ont répondu la Défenseure des droits (1) et la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (2).

1. L'intervention de la Défenseure des droits

1030. La Défenseure des droits¹⁵²⁹ a communiqué ses observations le 26 mars 2021¹⁵³⁰. Les visas de sa décision indiquent clairement la continuité entre la Charte et la CIDPH et que les carences mises en exergue par la réclamation collective sont analogues à celles identifiées dans le cadre du suivi d'application de la CIDPH¹⁵³¹. La Défenseure des droits rappelle, en introduction, qu'elle est invitée à présenter des observations sur les points suivants : « *l'absence d'effectivité du droit des personnes handicapées à une vie autonome et aux conséquences sur les familles* ». Cette invitation s'inscrit dans la continuité des actions de la Défenseure des droits en faveur des personnes handicapées. En effet, pour la quatrième année consécutive, la Défenseure des droits a constaté que le handicap était encore la première cause de saisine. La Défenseure des droits a organisé la rédaction de sa décision autour de trois axes principaux, l'absence d'approche globale et coordonnée des politiques du handicap, l'absence d'accès à une vie autonome et incluse dans la société et l'impact des carences des pouvoirs publics sur la vie des familles des personnes handicapées.

1031. Tout d'abord, la Défenseure des droits met en avant l'absence d'approche globale et coordonnée des politiques du handicap en France. Il est mentionné le fait que la France a ratifié la Charte, comme la CIDPH, et que cela engage le pays à « *prendre toutes les mesures*

¹⁵²⁹ Le Défenseur des droits est une autorité administrative indépendante de rang constitutionnel, inscrite à l'article 71-1 de la Constitution et créée par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011. [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023781167&dateTexte=20180323>, [Consulté le 1^{er} avril 2023].

¹⁵³⁰ Décision du Défenseur des droits n°2021-078. Observations de la Défenseure des droits auprès du Comité européen des droits sociaux dans le cadre de la réclamation n° 168/2018, *Forum européen des personnes handicapées (EDF) et Inclusion Europe c. France*.

¹⁵³¹ Le Défenseur des droits a, par ailleurs, été désigné par le gouvernement, en 2011, comme mécanisme indépendant chargé du suivi de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées.

*appropriées en vue d'assurer l'effectivité des droits reconnus par ces textes, et notamment le droit de toute personne handicapée à l'autonomie et à l'inclusion pleine et effective dans la société sur la base de l'égalité avec les autres »*¹⁵³². Malgré certains progrès, la Défenseure des droits note que la France n'a pas intégré le nouveau modèle du handicap, tel qu'il découle de la CIDPH. L'environnement, dans l'approche actuelle de la France, n'est pas intégrée comme le facteur principal à la base des situations de handicap. Ce faisant, les « projecteurs de responsabilité » demeurent fixés sur la personne handicapée, plutôt que sur la société qui ne facilite pas l'inclusion en restant inaccessible.

1032. Il ne s'agit pas simplement d'une figure de style, mais d'un vrai changement de paradigme avec des incidences sur la responsabilité des pouvoirs publics, ainsi que sur les finances de l'État et des collectivités locales. Le législateur, en adoptant la loi n°2005-102 du 11 février 2005, n'intègre pas l'environnement au sens large comme un « facteur causal » des situations de handicap. Par ailleurs, il faut déplorer un fonctionnement « en silo » des administrations et un manque de statistiques homogènes qui ne facilitent pas la fluidité des parcours d'accompagnement, ni l'accès au droit pour les personnes handicapées.

1033. Le deuxième point abordé par la décision est l'absence d'accès à une vie autonome incluse dans la société. Sur ce point également, la Défenseure des droits pointe les carences de l'État et rejoint la réclamation collective des associations. Peut-on parler d'inclusion sans évoquer la notion d'accessibilité universelle ? Peut-on se sentir inclus dans une ville, alors que tous les commerces ne sont pas accessibles ? La réponse s'impose à la seule lecture de la question, et revient à l'esprit la naissance annoncée et reprogrammée de l'agenda d'accessibilité programmée (Ad'AP). Nous l'avons déjà évoqué, ce nouveau calendrier avait provoqué l'ire des participants au colloque organisé par le Défenseur des droits, pour les 10 ans de la CIDPH. Afin d'illustrer ce non-respect des droits de la part de l'État, la Défenseure des droits cite l'exemple de la « frilosité » du législateur pour imposer l'accessibilité de la voirie publique sur tout le territoire. La loi n°2005-102 du 11 février 2005 prévoit la création de Plan d'Aménagement de la Voirie et des Espaces publics (PAVE) qui définit, par le biais de son article 45, la notion de chaîne de déplacement qui englobe « *le cadre bâti, la voirie, les aménagements des espaces publics, les systèmes de transport et leur intermodalité* ». La

¹⁵³² Charte sociale européenne, art. 15, 30 et E ; CIDPH, notamment art. 1 à 5 et 19.

consultation du site internet du Ministère écologique et de la Cohésion des territoires¹⁵³³ met en lumière la vraie incohérence de cette disposition législative. Il est toutefois important de souligner, qu'à première vue, la chaîne de déplacement ne concerne que les communes de plus de 1000 habitants. Le législateur a donc considéré en 2005, que toutes les personnes handicapées avaient choisi de vivre loin des petits villages, malgré qu'ils soient les plus nombreux en France. La Défenseure des droits rappelle que « *selon l'Institut national de la statistique et des études économiques (Insee), sur les 36 529 communes de France métropolitaine, plus d'une sur deux (54%) compte moins de 500 habitants* ». Ces chiffres officiels alimentent les difficultés liées au débat sur l'inclusion en France. Les développements autour de l'accessibilité des logements sont venus confirmer l'écart entre les discours et les faits. La Défenseure des droits rappelait qu'elle avait déjà attirer l'attention¹⁵³⁴ des pouvoirs publics sur les problèmes posés par la législation sur la construction de logement et leur accessibilité (Loi Evolution du Logement, de l'Aménagement et du Numérique, dite « ELAN »).

1034. Enfin, la Défenseure des droits évoque l'impact du handicap sur la vie des familles et les départs en Belgique. Ce sont les manquements de l'État qui sont à la base des départs en Belgique. Les départs souhaités ne sont pas évoqués par la Défenseure des droits à l'appui de sa décision, et pourtant, il est important de signaler que certaines familles choisissent ces lieux d'accueil à l'étranger pour bénéficier d'un accompagnement idoine pour les autistes. Pour la France, le fait de limiter les accueils en Wallonie pour des motifs financiers sans l'expliquer clairement, est une forme de discrimination envers les personnes handicapées. On se retrouve ici devant une démarche étatique qui entend conjuguer le respect des droits et l'interdiction de départ en Wallonie, sous couvert d'une démarche inclusive. On constate rapidement que cette démarche conduit à marier des contraires par obligation. De toute évidence, cette voie ne permet pas le développement de l'effectivité des droits et laisse tous les acteurs dans l'expectative.

1035. La lecture de cette décision indique clairement que la Défenseure des droits analyse la situation française, à l'identique des associations qui défendent la réclamation collective. La

¹⁵³³ [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.ecologie.gouv.fr/laccessibilite-voirie-et-des-espaces-publics>, [Consulté le 01 avril 2023].

¹⁵³⁴ Avis du Défenseur des droits n°18-13, 11 mai 2018, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=17560, [Consulté le 01 avril 2023].

décision fera l'objet d'un échange avec les pouvoirs publics¹⁵³⁵, afin qu'ils puissent exposer les axes de la politique menée et les résultats déjà obtenus.

2. L'intervention de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme

1036. La commission nationale consultative des droits de l'homme (la « CNCDH ») est également intervenue pour faire connaître ses observations concernant la réclamation collective. Suivant la procédure du CEDS, le gouvernement¹⁵³⁶ a répondu à ces observations en apportant des précisions sur son action. Afin de répondre à « *la question de la non-accessibilité d'un nombre suffisant de logements* », l'État met en avant la mission qui a été demandée par le Premier ministre à M. Denis PIVETEAU, conseiller d'État, et M. Jacques WOLFROM, président du comité exécutif du groupe Arcade. L'objectif était de travailler sur les voies permettant de développer des habitats inclusifs, accompagnés et partagés. En filigrane, on comprend que la location d'un logement inclusif peut s'accompagner d'une réflexion sur les modalités d'accompagnement à mettre en place. Les réponses de l'État sur ce point font clairement comprendre que le rapport issu de la mission a « *vocation à fixer les bases d'une politique permettant de lever les freins à l'autonomie des personnes handicapées* » (alinéa 12). Ce faisant, cette déclaration conforte la réclamation collective et les remarques relatives à l'inclusion. Malgré ces avancées, le CEDS devrait conclure à la violation de la Charte sur ce point.

1037. A l'instar de la Défenseure des droits, et des citoyens en général, la CNCDH pose le constat d'une impossibilité pour les personnes handicapées de vivre de manière autonome. Les barrières d'accessibilité empêchent d'avoir accès à un espace urbain ouvert à tous. La création de 100 postes d'ambassadeurs du service civique, chargé d'accompagner les communes dans la mise en place des normes d'accessibilité, est un signe positif. Pour autant, on peut regretter le faible nombre de postes créés au regard du nombre de communes qui sont confrontées à cette problématique d'accessibilité. Si on effectue une division du nombre de communes « *en défaut*

¹⁵³⁵ Comité européen des droits sociaux, Réplique du gouvernement aux observations de la Défenseure des droits, Pièce n°7, 1^{er} juillet 2021.

¹⁵³⁶ Comité européen des droits sociaux, Réplique du gouvernement aux observations de la CNCDH, Pièce n°5, 13 janvier 2021.

d'accessibilité » par le nombre d'ambassadeur, on constate que plusieurs années seront nécessaires afin de rattraper le retard.

1038. Les transports, l'accès aux services publics et à l'information sont autant de thématiques qui appellent des conclusions analogues. Sur ces domaines, les pouvoirs publics ont travaillé pour rendre l'environnement, au sens large, plus accessible ; cependant les résultats obtenus ne permettent pas que les personnes handicapées mènent une vie autonome. Nombre de réponses débutent par ces mots, tel domaine « *est une des grandes priorités du quinquennat* » (alinéa 29). Pour autant, les situations handicapantes sont encore visibles et permettent au CEDS de constater la violation de la Charte. Seule la disparition complète de ces situations handicapantes entraîne la constatation du respect de la Charte.

1039. Sur l'ensemble des points cités par la CNCDH, la situation de la France n'est pas conforme aux droits énoncés dans la Charte. Cette communication de la CNCDH vient conforter la réclamation collective des associations et la décision de la Défenseure des droits. Ces interventions tierces sont rendues publiques au « fil de l'eau » et il n'est pas nécessaire d'attendre la fin de l'examen de la réclamation par le CEDS pour communiquer sur ces positions officielles.

1040. L'action franco-belge de plaidoyer est intervenue sur le devant de la scène médiatique après plusieurs actions préalables. Par exemple, les départs vers la Belgique ont fait l'objet d'une communication pour dénoncer le manque de places dans les établissements français obligeant certaines personnes à faire des choix de vie contraints. D'autre part, certaines familles ont demandé à la justice de reconnaître le manque de places en établissement, poussant les pouvoirs publics à aider les familles pour trouver des solutions. La communication est le point commun entre ces actions. Quel que soit le thème abordé, la force de la communication permet souvent de trouver des solutions en accélérant les processus de décisions. Les associations doivent faire vivre leur réclamation collective en organisant la diffusion de la décision auprès des acteurs et des institutions.

Section 2 : Les attentes des parties à la suite de la réclamation collective

1041. Que peut-on attendre d'une réclamation collective ? A-t-elle une force juridique contraignante ? Telles sont les questions qui arrivent naturellement sur le devant de la scène lorsqu'on envisage une suite à cette aventure collective. Les décisions du Comité européen des droits sociaux à propos des réclamations n'ont qu'une portée déclaratoire en droit. Elles s'imposent aux États concernés dans la mesure où elles se réfèrent à des dispositions juridiques contraignantes, toutefois, elles ne sont pas exécutoires dans l'ordre juridique interne.

1042. Les réclamations collectives peuvent tout de même faire évoluer le droit par la force de la communication qui leur sera faite. Concernant, la réclamation franco-belge, on peut admettre qu'elle a bénéficié d'un calendrier de communication favorable. En effet, elle a été rendue publique peu avant la Conférence nationale du handicap au palais de l'Élysée en présence du chef de l'État. Cet éclairage a permis à certaines associations d'affirmer leur position en rappelant ce qui était attendu des pouvoirs publics.

1043. Après avoir analysé les attentes des associations (I), nous nous attacherons à envisager les attentes des institutions (II).

I. Les attentes de la réclamation collective de la part des associations

1044. L'examen de la réclamation collective permet un découpage des actions autour de différents moments. En premier lieu, il s'agit de réunir les conditions permettant la recevabilité de la réclamation. Elle doit être soutenue par des OING, dotées du statut participatif auprès du Conseil de l'Europe, OING qui doivent être qualifiées dans le domaine de la réclamation et être suffisamment représentatives. La question de la représentativité mérite un examen particulier dans la mesure où les critères permettant de la qualifier doivent être regardés de manière autonome par rapport aux critères nationaux. La réclamation n°9-2000¹⁵³⁷ portée par la

¹⁵³⁷ Conseil de l'Europe, Réclamation de la Confédération française de l'encadrement (CFE-CGC) contre la France, page 38 alinéa 6, juillet 2002, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://rm.coe.int/confederation-francaise-de-l-encadrement-cfe-cgc-c-france-compilation-/168073c75b>, [Consulté le 03 avril 2023].

Confédération française de l'Encadrement contre la France illustre la définition de la représentativité au sens de la Charte. Ensuite, les différents échanges entre les parties prenantes permettent de mesurer le poids de chaque point de vue. Par la suite, des institutions tierces apportent un éclairage complémentaire aux arguments de la réclamation. L'examen terminé, un rapport est adressé au comité des ministres qui sera le support des actions associatives de plaidoyer. Il est important de signaler que ce rapport concernant la réclamation n°168/2018 ne peut pas immédiatement être rendu public. Remis à l'Etat et aux associations, ce rapport ne pourra être diffusé qu'à l'issue d'une période de quatre mois, après sa transmission au Conseil des Ministres¹⁵³⁸.

1045. Il est important de s'interroger sur la valeur des décisions du CEDS. Elles n'ont pas de valeur juridiquement contraignante, mais simplement une portée déclaratoire (A). Néanmoins, à partir des décisions du CEDS, les associations nationales vont pouvoir se saisir des points de droit à améliorer par le truchement d'action de plaidoyer (B).

A. Les décisions déclaratoires du Comité européen des droits sociaux

1046. Les délais d'instruction de la réclamation collective peuvent varier (1) sans toutefois modifier la valeur de la décision finale (2).

1. Une latitude certaine dans la gestion des délais

1047. Le guide des procédures, relatives aux réclamations collectives, rappelle le cadre juridique des résolutions ou des recommandations prises par le Conseil des Ministres à la suite du rapport du CEDS. Quatre mois après la transmission du rapport au Conseil, la publication « *grand public* » est autorisée. Il s'agit à ce moment d'un espace important qui marque la fin des discussions et des échanges entre les parties prenantes. En règle générale, la procédure de

« Exerçant ses activités en France, la CFE-CGC est un syndicat qui relève de la juridiction de cet Etat conformément à l'article 1er par. c) du Protocole. La CFE-CGC est, par ailleurs, considérée, selon le droit français, comme représentative au niveau national. Le Comité rappelle qu'aux fins de la procédure de réclamations collectives, la représentativité est une notion autonome qui n'est pas nécessairement identique à la notion nationale de représentativité (Réclamation n° 6/1999, Syndicat national des professions du tourisme c. France, décision sur la recevabilité paragraphe 6) ».

¹⁵³⁸ Ibid. : « Il est rappelé qu'en application de l'article 8§2 du Protocole, le présent rapport ne sera rendu public qu'après l'adoption d'une résolution ou d'une recommandation par le Comité des Ministres ou au plus tard à l'issue d'une période de quatre mois après sa transmission au Comité des Ministres, c'est-à-dire le 17 avril 2023 ».

réclamation se déroule, en moyenne, entre 18 et 24 mois. Il est difficile d'indiquer clairement des délais d'instruction pour la réclamation, car les échanges de documents et les réponses aux questions s'effectuent dans des délais qui peuvent varier selon les cas. Dans son article 7, le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne illustre cette latitude laissée dans la détermination des délais, en mentionnant que les parties doivent formuler leurs observations dans un délai fixé par le CEDS¹⁵³⁹.

2. La décision déclaratoire, une force contraignante ?

1048. Le rapport du CEDS établi, les résolutions ou les recommandations prises par le Conseil des Ministres, la question se pose alors, quelle est la force juridique de ces actes dans l'ordre juridique interne ? Peut-on considérer que l'on se retrouve face à des actes qui ont la même force qu'une loi ? Le guide de procédures¹⁵⁴⁰ fournit une réponse à cette question en indiquant que : « *Dans la mesure où elles se réfèrent à des dispositions juridiques contraignantes et où elles sont adoptées par un organe de contrôle établi par la Charte et le Protocole prévoyant le système de réclamations, les décisions du Comité européen des Droits sociaux s'imposent aux États concernés ; toutefois, elles ne sont pas exécutoires dans l'ordre juridique interne* ». Les décisions s'imposent donc aux États car elles sont établies à partir de la Charte par son organe de contrôle. Toutefois, le guide indique que les décisions « *ne sont pas exécutoires dans l'ordre juridique interne* ». Dans le cadre de la réclamation collective française, le CEDS a fait le constat que l'action de l'État est en violation de certaines dispositions de la Charte, et, pour autant, contrairement aux décisions de justice, elle ne pourra pas donner lieu à exécution en droit interne. Les décisions du CEDS sont déclaratoires de droit¹⁵⁴¹, c'est-à-dire qu'elles reconnaissent le droit et la violation de certains articles, sans en tirer de sanction directe pour l'État. Par la suite, les juges français pourraient écarter le droit interne si le CEDS l'a déclaré

¹⁵³⁹ Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, Série des traités européens, n°158, Strasbourg, 9 novembre 1995, Article 7 : « *S'il décide qu'une réclamation est recevable, le Comité d'experts indépendants en informe, par l'intermédiaire du Secrétaire Général, les Parties contractantes à la Charte. Il demande à la Partie contractante mise en cause et à l'organisation auteur de la réclamation de lui soumettre par écrit, dans un délai qu'il aura fixé, toutes explications ou informations appropriées, et aux autres Parties contractantes au présent Protocole les observations qu'elles souhaiteraient lui transmettre dans le même délai* ».

¹⁵⁴⁰ La procédure de réclamations collectives au titre de la Charte sociale européenne, Conseil de l'Europe, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://rm.coe.int/procedure-de-reclamations-collectives/1680745785>, [Consulté le 03 avril 2023].

¹⁵⁴¹ CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Op. cit.*, p.301 : « *Une décision déclaratoire est une déclaration de droit, la reconnaissance officielle d'un fait* ».

non-conforme à la Charte. Cela suppose que les familles ou les personnes handicapées entament une procédure judiciaire en France, ce qui n'arrive pas fréquemment.

1049. Les décisions déclaratoires ont nécessairement un caractère collectif et sont donc complémentaires des décisions prises par la Cour européenne des droits de l'homme. Elles ne peuvent porter que sur des questions de conformité de la pratique des Etats aux droits issus de la Charte et ne requièrent pas l'extinction préalable des voies de recours internes. Dans le cadre de la réclamation collective française, il s'agit d'organiser des actions de plaidoyer de la part des associations afin de sensibiliser tous les acteurs au phénomène de violation de la Charte.

B. Les actions de plaidoyer des associations

1050. L'examen de la réclamation ne bloque pas les actions de plaidoyer des associations (1) qui peuvent se répartir les différentes actions de plaidoyer afin d'être plus efficaces (2).

1. Démarrage du plaidoyer et de la réclamation, deux processus concomitants

1051. L'objectif principal des actions de plaidoyer est de mettre la lumière sur les carences des pouvoirs publics. La communication peut débuter dès que la réclamation est déclarée recevable par le CEDS. Les différentes étapes de la procédure et l'échange de documents qu'elles induisent, constituent autant d'occasions de communication pour les parties. Le travail d'explication est facilité par le fait que les pièces communiquées peuvent être publiées sur le site internet du Conseil de l'Europe¹⁵⁴².

1052. Avant qu'une décision définitive soit prise, chaque association peut mener des actions au niveau de son réseau interne afin d'informer les personnes et les familles et de faciliter l'acculturation autour des droits énoncés dans la Charte. Cette mise en lumière de l'action collective et des différentes étapes d'examen facilite la défense de l'effectivité des droits. A

¹⁵⁴² Sur le site internet du Conseil de l'Europe, on peut lire qu'à propos de la décision sur la recevabilité de la réclamation : « *Le Président peut également demander à l'organisation auteur de la réclamation de répondre dans les mêmes conditions aux observations de l'Etat en question. Les pièces communiquées pendant cette phase de la procédure sont publiées sur le site internet du Conseil de l'Europe* »,

[En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/collective-complaints-procedure1>, [Consulté le 05 avril 2023].

titre d'exemples, les différentes réunions et colloques organisés par la commission « Droits » de l'UNAPEI auprès de ses membres a permis d'expliquer la démarche de réclamation collective et son contenu. En ce sens, la démarche de communication « au fil de l'eau » en direction des adhérents, fournit à chacun des arguments pour justifier des demandes particulières auprès des interlocuteurs locaux. Dans leurs démarches envers les financeurs, les associations peuvent trouver dans la promotion autour des arguments juridiques de la réclamation, la justification de leurs demandes pour répondre aux souhaits de vie des personnes handicapées.

2. Un partage des tâches entre les associations autour de la décision finale

1053. Alors que les échanges touchent à leur fin, les associations se sont entendues sur la répartition des tâches de plaidoyer. L'association APF France handicap¹⁵⁴³ sera en charge des relations avec les décideurs publics. Il s'agira de construire avec les pouvoirs publics, un calendrier de mise à niveau des actions de l'Etat de manière à ce qu'elles soient conformes à la Charte¹⁵⁴⁴. L'envergure de l'association APF rejaillit naturellement sur son plaidoyer. Depuis 2021, l'association APF a obtenu le statut consultatif des ONG auprès des Nations Unies¹⁵⁴⁵. Comme le souligne l'association APF dans ses plaquettes de communication, son nouveau

¹⁵⁴³ L'association APF regroupe 83 000 acteurs dans 500 structures, 20 000 adhérents, 15 000 salariés, 13 000 bénévoles et 35 000 usagers. Ces chiffres sont affichés sur le site internet de l'association, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.apf-francehandicap.org/association-handicap-bref>, [Consulté le 6 avril 2023].

¹⁵⁴⁴ Le site internet de l'association APF met clairement en valeur ses actions auprès des pouvoirs publics : « *Les actions de plaidoyer font partie des activités quotidiennes d'APF France handicap pour appuyer ses revendications. Elles s'exercent au niveau national auprès des ministères, des administrations centrales, des parlementaires, des agences et autres instances nationales – mais aussi au niveau local auprès des élus et instances des conseils régionaux, conseils départementaux et collectivités locales, des agences régionales de santé. Courriers, rencontres, contributions écrites et orales, auditions, participations à des réunions et instances de concertation permettent d'entretenir un dialogue régulier, de relayer les situations quotidiennes vécues par les personnes en situation de handicap et d'être force de propositions* », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.apf-francehandicap.org/droits-handicap/sensibiliser-revendiquer-1474>, [Consulté le 6 avril 2023].

¹⁵⁴⁵ Après plusieurs années, l'APF a obtenu le statut consultatif « spécial » auprès du Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC). Ce statut permet à l'association d'intervenir dans l'enceinte de l'ONU et de participer aux travaux. Le rôle du Conseil économique et social est de faciliter les débats autour de questions mondiales sur les domaines de l'économie, de la société et de l'environnement. [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.apf-francehandicap.org/actualite/onu-apf-france-handicap-obtient-le-statut-consultatif-special-aupres-de-ecosoc-48169>, [Consulté le 05 avril 2023].

statut auprès de l'ONU offre « *de nouvelles opportunités pour défendre les droits des personnes en situation de handicap au plan international* »¹⁵⁴⁶. Le collectif associatif mise sur cette double dimension nationale et internationale, pour asseoir la communication sur les résultats de l'examen de la réclamation collective.

1054. L'association UNAPEI¹⁵⁴⁷ sera en charge des relations avec la presse nationale. La décision du CEDS ne doit pas rester invisible. Comme il a été souligné, quatre mois sont nécessaires entre la décision finale du CEDS et sa communication en direction du public. Le délai passé, un travail avec la presse garantit une diffusion de la position du Conseil de l'Europe quant à la violation de la Charte par l'État français. Répéter les obligations des pouvoirs publics, mettre en avant de manière permanente les droits des personnes handicapées, sont les voies qui permettent l'acculturation des acteurs.

1055. Enfin, l'association UNAFAM¹⁵⁴⁸ aura pour mission la gestion des partenaires nationaux. Il faut entendre par ce terme de « partenaire », les autres acteurs intervenant dans le champ du handicap. Ce travail de l'association UNAFAM va permettre la diffusion de la décision dans la société en général. La séparation des rôles a pour objectif de sensibiliser le plus grand nombre d'acteurs et de faire en sorte que les réponses construites ne se chevauchent pas.

¹⁵⁴⁶ ECOSOC, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.un.org/ecosoc/en/home>, Section ONG de l'ECOSOC, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://csonet.org/index.php?menu=128>, [Consulté le 5 avril 2023].

¹⁵⁴⁷ L'association UNAPEI regroupe 330 associations, au total « *nous sommes 900 000 à nous battre au quotidien pour faire évoluer la société* ». L'association est « *animée par des bénévoles, des parents et des amis de personnes handicapées. Depuis plus de 60 ans, nous innovons sur tous les territoires et agissons avec et pour les personnes en situation de handicap. L'Unapei est aujourd'hui la principale organisation gestionnaire d'établissements et de services dans le secteur médico-social en France et la plus importante dans le secteur du handicap (plus de 3 000 établissements). Notre ADN de Mouvement parental est une force pour toujours garantir qualité d'accompagnement et respect des personnes accompagnées* », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.unapei.org/actions/qui-sommes-nous/notre-raison-detre/>, [Consulté le 6 avril 2023].

¹⁵⁴⁸ L'association UNAFAM regroupe plus de 15 000 adhérents, 112 délégations sur le territoire français et 2000 bénévoles, majoritairement des proches concernés par la maladie. Il y a un relais organisé auprès des familles afin de les aider à sortir de l'isolement et à faire face à la maladie, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.unafam.org/nous-connaître/nos-valeurs-et-nos-missions>, [Consulté le 6 avril 2023].

II. Les attentes de la réclamation collective de la part des institutions

1056. La réclamation collective est une action vivante dans la mesure où elle est rappelée aux États par le Conseil de l'Europe qui en assure le suivi (A). Au niveau national, la Conférence nationale du handicap (B) et la Commission nationale consultative des droits de l'homme (C) assurent également la diffusion des décisions du Conseil de l'Europe.

A. Le suivi du Conseil de l'Europe de la réclamation collective

1057. Une obligation conventionnelle impose le fait que la réclamation collective fasse l'objet d'un suivi (1) qui peut aider à promouvoir l'effectivité des droits (2).

1. Une obligation conventionnelle

1058. Le rôle du Conseil de l'Europe ne s'arrête pas à l'accueil des réclamations formulées par les organisations nationales ou internationales¹⁵⁴⁹. Après sa réception auprès de Secrétariat Général, et son traitement en collaboration avec les acteurs, un rapport est produit par le CEDS. Il donne lieu au vote d'une résolution ou d'une recommandation¹⁵⁵⁰ de la part du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe. Contrairement à une procédure judiciaire classique, les débats ne s'arrêtent pas après la production du rapport du CEDS. L'article 10 indique que l'Etat adressera au Secrétariat Général la liste des mesures prises à la suite du rapport pour mettre en adéquation le droit interne avec les dispositions de la Charte. Cette communication officielle

¹⁵⁴⁹ Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, Série des traités européens n°158, Article 1 : « Les Parties contractantes au présent Protocole reconnaissent aux organisations suivantes le droit de faire des réclamations alléguant une application non satisfaisante de la Charte: 1- les organisations internationales d'employeurs et de travailleurs, visées au paragraphe 2 de l'article 27 de la Charte; 2- les autres organisations internationales non gouvernementales dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe et inscrites sur la liste établie à cet effet par le Comité gouvernemental; 3- les organisations nationales représentatives d'employeurs et de travailleurs relevant de la juridiction de la Partie contractante mise en cause par la réclamation ».

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, Article 9 Alinéa 1 : « Sur la base du rapport du Comité d'experts indépendants, le Comité des Ministres adopte une résolution à la majorité des votants. En cas de constat, par le Comité d'experts indépendants, d'une application non satisfaisante de la Charte, le Comité des Ministres adopte, à la majorité des deux tiers des votants, une recommandation à l'adresse de la Partie contractante mise en cause. Dans les deux cas, seules les Parties contractantes à la Charte peuvent prendre part au vote ». Cet article note bien la différence entre la résolution qui traduit l'avis normal du CEDS et la recommandation qui vient constater l'absence de volonté de l'Etat de mettre la situation en conformité avec la Charte.

sera donc publique et exposera la situation du pays devant les 45 membres du Conseil de l'Europe. C'est cette exposition récurrente qui va nourrir les plaidoyers des associations. Le pays doit abandonner la rhétorique de l'inclusion, afin que son inaction ne soit plus mise en avant publiquement. Au niveau interne, le plaidoyer des associations se trouvera facilité par l'éclairage des carences de l'Etat. Comment entretenir un discours sur l'inclusion face à des associations qui pourront répondre en s'appuyant sur l'examen de la situation de la France ? On entrevoit, au travers cette question, la force que peut représenter un rapport du CEDS qui pointe l'inaction de l'Etat, alors même qu'il ne s'agit nullement d'une décision contraignante.

2. La communication des actions de plaidoyer, un accélérateur d'effectivité

1059. Afin de mobiliser le maximum d'acteurs autour d'actions pour que les droits soient garantis, il semble nécessaire que les associations fassent connaître le résultat de leur réclamation collective auprès de multiples instances. Chaque association participe à de nombreux collectifs qui vont être mobilisés pour créer un effet démultiplicateur de la décision du Conseil de l'Europe, auprès de chaque réseau. A titre d'exemple, on peut citer la participation à l'association Collectif Handicaps qui rassemble 52 structures¹⁵⁵¹. On imagine que les actions de plaidoyer portées par cette association permettent un impact national important, chacun des membres regroupant plusieurs milliers de personnes et de familles.

1060. Faire entendre sa voix au niveau européen est important dans la mesure où cette réclamation collective ne doit pas demeurer uniquement dans le cercle français. La participation au cinquième parlement européen des personnes handicapées le 23 mai 2023, devrait être l'occasion d'échanges avec un nombre important de défenseur des droits des personnes handicapées, ainsi que des élus européens. Le thème de la cinquième session invite plus de 600 participants à réfléchir sur le thème : « *Construire un avenir inclusif pour les personnes handicapées dans l'Union Européenne* ». La réflexion proposée s'inscrit dans la continuité de la stratégie européenne pour les droits des personnes handicapées, en proposant un plan d'actions pour la période 2021-2030¹⁵⁵². Ce faisant, le droit de l'Union peut évoluer pour faire

¹⁵⁵¹ Sans être exhaustif, on peut citer en tant que membre de l'association, AFM Téléthon, le CHHE, Trisomie 21 France, Santé mentale France, Alliance Maladies rares.

¹⁵⁵² Commission européenne, Union de l'égalité : Stratégie en faveur des droits des personnes handicapées 2021-2030, COM (2021) 101 final, Bruxelles, 3 mars 2021

B. La Conférence nationale du handicap, la diffusion des suites de la réclamation ?

faire vivre ces rapports ? Pour parvenir à les faire vivre, le gouvernement les dépose sur le bureau des assemblées parlementaires et charge les parlementaires de les porter en débat afin qu'ils puissent se transformer en texte de loi.

1062. La CNH est donc un lieu de débat et d'échange d'opinion sur les droits des personnes handicapées. C'est le lieu idoine pour se saisir de l'avis porté sur la réclamation collective devant le Conseil de l'Europe. La CNH se déroule à l'Elysée, en présence de nombreux acteurs. En 2023¹⁵⁵⁷, on assiste à « *un alignement des planètes* » dans la mesure où l'autorisation de publier l'avis sur la recommandation précède seulement d'une semaine la CNH, une occasion supplémentaire pour passer de la parole aux actes.

1063. La CNH représente une opportunité de communication pour les associations (1), comme pour les pouvoirs publics (2).

1. La Conférence nationale du handicap, une opportunité de communication pour les associations

1064. En temps normal, nombre d'acteurs du champ du handicap se saisissent de l'occasion offerte par la CNH¹⁵⁵⁸ pour faire entendre leur voix et pour mesurer les engagements des pouvoirs publics. Pour les acteurs associatifs, trop de discours, trop de postures et de promesses sont restés lettre morte, pour que cette journée de 26 avril 2023, soit considérée comme une journée normale. Les acteurs associatifs, les personnes handicapées et leur famille ont souhaité, au contraire, que cette journée permette de faire un bilan des actions faites et surtout, permette de dresser des perspectives d'amélioration quotidiennes à l'aune de l'actualité du Conseil de l'Europe.

1065. Le 19 avril 2023, le Collectif handicaps a adressé un courrier au Président de la République afin de demander un report du CNH, estimant que la concertation n'avait pas été suffisante. Les associations du Collectif handicaps dénonçaient le manque de temps pour préparer efficacement cette journée, et pour analyser les mesures qui allaient être mises en avant

¹⁵⁵⁷ L'avis sur la recommandation française a été rendu public le 17 avril. La CNH a été organisée le 26 avril 2023, soit 9 jours après. Tout le monde avait en tête la réclamation collective contre la France.

¹⁵⁵⁸ La journée du 26 avril 2023 a été l'occasion d'organiser la 6^{ème} CNH. Auparavant, les précédentes CNH se sont déroulées tous les trois ans, soit les 10 juin 2008, 8 juin 2011, 11 décembre 2014, 19 mai 2016 et 11 février 2020.

par le Président de la République. La date initiale de la CNH n'a pas été décalée et le Collectif handicaps a décidé de ne pas y participer. Dès les premiers mots de son discours, le Président a regretté cette absence, estimant qu'une participation autorisait l'échange¹⁵⁵⁹.

1066. Parmi les points mis en exergue par le Collectif handicaps, on note la volonté d'examiner préalablement les propositions des pouvoirs publics à l'aune de la décision du Conseil de l'Europe. D'après le Collectif, il aurait été souhaitable de disposer de temps¹⁵⁶⁰ pour étudier les propositions et pouvoir les discuter lors de la CNH en connaissance de cause. L'absence d'évaluation budgétaire fine représente un problème lorsqu'on souhaite examiner un programme en faveur des droits des personnes handicapées. Cette question est également soulevée par le Conseil de l'Europe qui rappelle que les rapports des Etats doivent être étayés par des évaluations des mesures prises.

1067. Une démarche identique a été initiée par l'UNAPEI au travers d'un communiqué de presse¹⁵⁶¹, en annonçant qu'elle ne participerait pas à la CNH car elle ne répond pas aux

¹⁵⁵⁹ Extrait du Discours du Président de la République à l'occasion de la Conférence nationale du handicap, « *Il m'arrive parfois de lire la presse et j'ai vu qu'il y avait des associations qui n'étaient pas là. Il y en a qui ont décidé de ne pas venir, mais les plus importantes et la quasi-totalité d'entre elles sont là. Je les en remercie et je pense que c'est toujours mieux de travailler ensemble et c'est comme ça qu'on relève les défis. Merci de votre présence. Je pense qu'en effet, dans cette maison de la République, il faut savoir unir au-delà des différences, des désaccords qu'il peut y avoir sur tel ou tel sujet pour avancer de manière concrète* », [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2023/04/26/conference-nationale-du-handicap-1>, [Consulté le 29 avril 2023].

¹⁵⁶⁰ Le dossier de presse du Collectif handicaps pointe le manque de temps de préparation de la CNH en indiquant que : « *Les contradictions entre le discours officiel et le dossier de presse, ainsi que l'imprécision des mesures, confirment le Collectif Handicaps dans sa demande de report de la CNH : cela aurait été l'occasion de mieux travailler certaines annonces et de répondre plus clairement à tous les enjeux soulevés par la décision du Conseil de l'Europe. Nous espérons que le comité de suivi annoncé par le président de la République permettra d'organiser un dialogue constructif sur tous les champs et avec toutes les parties prenantes, dont les associations représentantes des personnes en situation de handicap, quelle que soit leur situation de handicap, ainsi que de leurs famille et aidants. Le Collectif Handicaps est prêt à y participer et à y contribuer activement, à condition qu'il ait pour objectif de répondre enfin aux besoins immenses et trop souvent négligés des personnes en situation de handicap et qu'il s'organise dans un véritable esprit de transparence et de co-construction* », Communiqué de presse Collectif Handicaps, CNH 2023 : des déclarations d'intention qui ne répondent pas à la décision du Conseil de l'Europe, Paris le 27 avril 2023, page 2, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.collectifhandicaps.fr%2Fwp-content%2Fuploads%2F2023%2F04%2FCP-Reaction-27.04.23-v5-validee.docx&wdOrigin=BROWSELINK>, [Consulté le 28 avril 2023].

¹⁵⁶¹ [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.unapei.org/presse/lunapei-ne-participera-pas-a-la-conference-nationale-du-handicap/>, [Consulté le 28 avril 2023].

violations des droits fondamentaux dénoncées par le Conseil de l'Europe. L'UNAPEI insiste sur la nécessité pour la France de respecter ses engagements internationaux et d'engager une véritable programmation budgétaire pluriannuelle. Le Président de l'UNAPEI confirme que « *la décision du Conseil de l'Europe doit servir de fil conducteur pour une politique publique* », et que l'arbitrage entre le respect des droits et les contraintes budgétaires doit être tranché en faveur des droits¹⁵⁶². Et l'UNAPEI de reprendre la décision du Conseil de l'Europe pour mettre en valeur les thèmes suivants : L'instauration d'un observatoire territorial des besoins, afin de garantir à tous, et en particulier aux enfants et adultes actuellement sans solution d'accompagnement, l'accès à une offre de proximité, de qualité et adaptée à leurs besoins, la garantie d'un niveau de vie digne, l'accessibilité universelle, la réforme du système de santé et la garantie d'un droit à l'éducation pour tous les enfants en situation de handicap.

1068. Que l'on participe ou pas à la CNH, on peut affirmer qu'elle représente une occasion de communiquer autour de la décision du Conseil de l'Europe. La CNH devient une « caisse de résonance » pour mettre en relief les progrès qu'il reste à réaliser. On peut regretter que ces CNH ne s'organisent que tous les trois ans. Ces délais se constatent également lorsqu'on examine le processus de rapport devant les Nations Unies puisque le deuxième rapport de la France ne sera produit qu'en 2028. Une réduction des délais de restitution, obligerait les acteurs à placer les droits des personnes handicapées au premier rang des préoccupations de l'État, et cela participerait à développer l'effectivité des droits. Il serait en effet difficile pour les pouvoirs publics d'expliquer que la situation n'a pas évolué d'une année sur l'autre sans que les citoyens s'étonnent de cette inertie.

2. La Conférence nationale du handicap, un temps d'exposé d'une politique publique

1069. Une conférence sur le handicap regroupant tous les acteurs constitue normalement un temps d'échange important. La sixième CNH, organisée au palais de l'Élysée le 26 avril 2023, n'a pas permis la présence de toutes les associations de personnes handicapées. Ces dernières

¹⁵⁶² *Ibid.*, Le Président de l'UNAPEI, Luc Gateau déclare : « *Nous avons contribué à tous les groupes de travail préparatoires de la CNH mais nous n'avons pas eu de retour sur l'ensemble de nos propositions et lorsque nous en avons eu, la contrainte budgétaire nous a souvent été opposée. C'est scandaleux. Alors que la France vient d'être condamnée par le Conseil de l'Europe, il n'est pas possible que la vie des personnes en situation de handicap soit conditionnée à des contraintes budgétaires. C'est une question de droit !* ».

demandaient un report de date, leur permettant de travailler en amont sur les propositions des pouvoirs publics afin de vérifier si elles répondaient aux exigences du Conseil de l'Europe. Malgré ce désaccord, la CNH a eu lieu, et les pouvoirs publics ont dressé une liste des axes de travail pour les prochaines années. Dès les premières lignes du discours du Président de la République, on voit apparaître le thème de l'effectivité des droits fondamentaux et universels qui « *doit être désormais notre priorité*¹⁵⁶³ », celui de la discrimination et de l'accessibilité. Il est également fait mention, du Conseil de l'Europe et de l'ONU, et des « *propositions* » et « *observations* » qui sont faites suite à l'examen de la situation française. L'utilisation du terme « *propositions* » ne reflète pas tout à fait les retours du Conseil de l'Europe suite à l'examen des réclamations collectives. Il ne s'agit pas de proposer des pistes de réflexion ou d'amélioration pour un Etat, mais, pour le Conseil de l'Europe, de dire le droit, et de constater que la pratique et que la législation interne d'un pays sont en violation des engagements internationaux. Sans disposer du pouvoir de contraindre, le Conseil de l'Europe dépasse le simple stade de la proposition pour s'orienter vers une constatation publique que le droit n'est pas respecté.

1070. Le Président de la République poursuit en reconnaissant que les deux conventions internationales « *engagent* » le pays. Ce faisant, il rappelle les dispositions de la Constitution et son article 55 qui dispose que « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Concernant les deux conventions internationales citées, il n'y a pas lieu de considérer le volet de la réciprocité pour qu'elles s'appliquent. A l'origine, cette disposition était prévue pour les conventions commerciales pour lesquelles une réciprocité pouvait être demandée.

1071. Les quarante-quatre pages du dossier de presse liste tous les engagements pris par les pouvoirs publics pour les années à venir. D'aucuns diront que les besoins cités, les droits énoncés et les manques identifiés ne sont pas nouveaux et les mettre en avant lors de cette CNH pointe avant tout les carences dans la défense des droits. Sans entrer dans un débat par trop politique, on notera le rappel d'un plan qui poursuivra la politique de prévention des départs en

¹⁵⁶³ Dossier de presse de la CNH 2023, page 4, [En ligne], Disponible à l'adresse :<https://handicap.gouv.fr/sites/handicap/files/2023-04/DP%20CNH%20-%2026%20avril%202023.pdf>, [Consulté le 29 avril 2023].

Belgique (P.25 du dossier de presse), une charte d'engagement pour l'accessibilité signée par l'association des maires de France, des départements et des Régions¹⁵⁶⁴, et une liste de 70 mesures au total avec une programmation à partir de 2023. Le détail des mesures envisagées est assez précis pour contrôler les actions entreprises lors de la prochaine CNH dans trois ans.

C. La Commission nationale consultative des droits de l'homme¹⁵⁶⁵

1072. Suite à la réclamation collective, la CNCDH est intervenue dans le débat sur la politique du handicap au titre de son mandat de Rapporteur national de protection (1), poursuivant une expression présente depuis plusieurs années (2).

1. La Commission nationale consultative des droits de l'homme, un mandat de Rapporteur national de protection du handicap

1073. Le 20 avril 2023, quelques jours après la publication du rapport suite à la réclamation collective, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (la « CNCDH ») a adopté à l'unanimité, lors de son assemblée plénière, une déclaration sur la politique du handicap en France. Du fait du statut de la CNCDH, cette déclaration a été publiée au journal officiel de la République française. L'intervention publique de la CNCDH nous rappelle que la CIDPH et le handicap doivent être vus en tant que question des droits de l'homme. L'adoption du modèle social du handicap et la reconnaissance de la responsabilité de l'environnement dans la production des situations handicapantes ont permis de considérer le handicap, comme étant une question sociale importante et la CIDPH, comme un instrument international de défense des droits. Par ailleurs, il faut signaler que la CNCDH s'est vue confier¹⁵⁶⁶ en 2020 par le Premier ministre, Jean Castex, un mandat de Rapporteur national indépendant sur le volet de la

¹⁵⁶⁴ Cet engagement est signé par des personnalités politiques représentant différentes tendances.

¹⁵⁶⁵ Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Déclaration sur la politique du handicap en France en lien avec la décision du Comité européen des droits sociaux relative à la réclamation collective déposée par plusieurs associations*, JORF n°0099 du 27/04/2023, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=FWnar9dDXosx5gTS4h3muFULcxQaGWp3BrQJx5JXV8>, [Consulté le 30 avril 2023].

¹⁵⁶⁶ La CNCDH a la qualité d'Institution française de promotion et de protection des droits de l'homme (INDH) qui a pour mission « *promouvoir et assurer l'harmonisation des lois, des règlements et des pratiques en vigueur sur le plan national avec les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* », Nations Unies, Assemblée générale, 20 décembre 1993, Résolution 48/134, Principes concernant le statut des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme (« Principes de Paris »).

lutte contre les stéréotypes et les préjugés à l'égard du handicap. C'est à ce titre que l'intervention de la CNCDH a du sens, et qu'il est dès lors compréhensible qu'elle fasse connaître son avis sur le positionnement du Conseil de l'Europe.

1074. La CNCDH rappelle que son positionnement¹⁵⁶⁷ sur la politique française en matière de handicap est identique à celui du CEDS. Après avoir listé les articles qui ne sont pas respectés par l'Etat français, la déclaration de la CNCDH note que les difficultés à faire valoir les droits des personnes handicapées proviennent d'une définition erronée du handicap. L'approche par les droits exige que l'environnement soit placé au centre de la définition. Ce faisant, les personnes handicapées doivent être considérées comme de véritables sujets de droits, et l'environnement inaccessible comme un vecteur de situations handicapantes. Au paragraphe huit de sa déclaration, la CNCDH « *réitère son appel à la mise en place d'une politique inclusive d'accès universel visant à l'autonomie des personnes en situation de handicap et à leur participation effective à la vie de la communauté* ». Elle invite le Comité interministériel du handicap (le « CIH ») à focaliser son travail autour de quatre axes principaux, l'autonomie, l'intégration sociale et la participation à la vie de la communauté, l'éducation et la formation professionnelle, l'accès aux services de santé et la protection de la famille. En conclusion, « *la CNCDH exhorte les pouvoirs publics à prendre en compte les observations formulées par le*

¹⁵⁶⁷ A plusieurs reprises, la CNCDH a rendu des avis concernant les droits des personnes handicapées. A titre d'exemples, on peut citer les avis suivants : Avis relatif aux actions en faveur de la protection et de la promotion des droits de l'homme pour les personnes handicapées, **adopté le 18 septembre 2003** ; Avis relatif à la convention internationale sur la protection et la promotion des personnes handicapées, **adopté le 8 mars 2007** ; Avis sur la scolarisation des enfants handicapés, **adopté le 6 novembre 2008** ; Avis sur la maladie mentale et les droits de l'homme, **adopté le 12 juin 2008** ; Avis relatif aux mécanismes nationaux prévus par la convention relative aux droits des personnes handicapées, **adopté le 19 novembre 2009** ; Avis sur le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques, **adopté le 31 mars 2011** ; Avis sur les premiers effets de la réforme des soins psychiatriques sans consentement sur les droits des malades mentaux, **adopté le 22 mars 2012** ; Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées, **adopté le 27 juin 2013** ; Avis sur le consentement des personnes vulnérables, **adopté le 16 avril 2015** ; Avis sur le droit de vote des personnes handicapées et Avis relatif au droit de vote des personnes sous tutelle, **adopté le 26 janvier 2017** ; Déclaration sur la nécessaire garantie par les pouvoirs publics des droits des personnes handicapées, **adoptée le 3 juillet 2018** ; Guide pratique sur la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, **adopté le 4 décembre 2018** ; Avis sur la déconjugalisation de l'allocation adulte handicapé, **adopté le 30 septembre 2021** ainsi que certains avis abordant également les personnes en situation de handicap : Avis sur l'effectivité du droit à l'éducation dans les outre-mer, **adopté le 6 juillet 2017** ; Avis logement : un droit pour tous ?, **adopté le 16 juin 2016** ; Avis agir contre les maltraitances dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux, **adopté le 22 mai 2018** ».

Comité et insiste pour que soit poursuivi le changement de paradigme vers une politique du handicap fondée sur une approche par les droits des personnes en situation de handicap »¹⁵⁶⁸.

2. Rapport préliminaire de la Commission nationale consultative des droits de l'homme¹⁵⁶⁹, un regard sur les préjugés

1075. En juin 2021, la CNCDH¹⁵⁷⁰ a publié un rapport dans le but d'apporter un éclairage sur les stéréotypes et les préjugés à l'égard des personnes handicapées. En tant qu'Institution nationale française de promotion et de protection des droits de l'homme (« L'INDH »), ce rapport indique des pistes permettant de respecter les droits en général, et subséquemment les droits des personnes handicapées. Le rapport note le rôle de la CNCDH dans la réflexion sur la définition du handicap depuis le début des années 2000. Il ne s'agit plus de considérer le handicap du seul point de vue médical, mais de l'approcher sous l'angle du droit. Nombreux sont les avis du CNCDH qui ont permis d'apporter des éléments de réflexion pour faire avancer les positions de la société¹⁵⁷¹. Aborder la question du handicap, sous l'angle des droits de l'homme, oblige la société à considérer les personnes handicapées comme des personnes à part entière, disposant, au même titre, que l'ensemble des citoyens de l'ensemble des droits. Le focus est alors mis sur la société, et l'interrogation porte sur les raisons du retard d'accessibilité qui freine l'autonomie individuelle.

1076. La rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées, Madame Catalina Devandas-Aguilar¹⁵⁷² résumait le travail que la société française avait à réaliser et notait que *« les efforts devraient converger vers une transformation de la société et du cadre de vie, de sorte que toutes les personnes handicapées bénéficient de services accessibles et inclusifs et*

¹⁵⁶⁸ Il est fait ici référence au paragraphe 10 de la déclaration de la CNCDH.

¹⁵⁶⁹ CNCDH, *Connaître, définir, sensibiliser et combattre les stéréotypes et les préjugés à l'égard des personnes handicapées*, adopté le 21 juillet 2021, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://www.cncdh.fr/publications/rapport-sur-les-idees-recues-et-les-prejuges-concernant-le-handicap-en-france>, [Consulté le 01 mai 2023].

¹⁵⁷⁰ Plusieurs missions sont portées par la CNCDH, rapporteur national indépendant sur la lutte contre toutes les formes de racisme (1990), contre la traite des êtres humains (2014) et contre la haine et les discriminations anti- LGBT (2018).

¹⁵⁷¹ On peut citer l'avis du 12 juin 2008 concernant *l'hospitalisation sans consentement*, l'avis du 16 avril 2015 sur *la thématique du respect de la volonté des personnes en perte d'autonomie* et sur les questions éthiques et juridiques posées par le nécessaire *recueil du consentement des personnes vulnérables*.

¹⁵⁷² La rapporteuse spéciale des Nations Unies s'est rendue en France du 3 au 13 octobre 2017.

d'un soutien de proximité ». L'objectif du rapport du CNCDH est donc d'inciter la société à changer de regard sur le handicap et à « *construire collectivement une culture de l'acceptation et de la reconnaissance des situations de handicap et des personnes qui les vivent, d'autant plus que chacun peut un jour se retrouver dans une situation de handicap, de manière transitoire ou définitive* »¹⁵⁷³. La CNCDH note le décalage existant entre le discours politique « *au plus haut niveau* » et la réalité vécue par les personnes handicapées. Ce positionnement rejoint les propos qui sont répétés à l'envi concernant l'inclusion. Ces décalages ne facilitent pas l'effectivité des droits.

¹⁵⁷³ Il est fait ici référence au paragraphe 11 de la déclaration de la CNCDH.

1077. En conclusion, l'action de plaider décrite ci-dessus est riche d'enseignements. Elle démontre le lien fort qui existe entre la France et la Belgique. Dans la première partie, nous avons évoqué la convention signée par la France et la Wallonie pour encadrer l'accueil des personnes handicapées françaises sur le territoire belge. L'analyse de plusieurs réclamations auprès du Conseil de l'Europe démontre également le lien entre des associations françaises et belges. Pour autant, la mise en miroir des deux pays ne se limite pas à pointer les écarts et les différences d'approche, mais permet également de constater que des établissements français et belge peuvent unir leurs forces pour dénoncer les carences dans l'application des droits.

1078. Les réclamations portées devant le Conseil de l'Europe naissent du constat d'une carence du droit dans un pays. Le constat trouve sa source « localement » et peut faire ensuite l'objet d'une réclamation, dans une visée ascendante de respect du droit. L'examen de la procédure d'examen de la réclamation nous permet de démontrer la volonté de communication autour des difficultés rencontrées. A aucun moment, il ne s'agit de cacher les difficultés derrière une grande déclaration d'intention. Au contraire, l'ensemble des échanges entre les parties fait l'objet d'une publicité.

1079. Le maître-mot de l'action de plaider est la transparence de communication autour des situations de non-respect des droits des personnes handicapées. Dès lors que la réclamation des associations est instruite, le Conseil de l'Europe ne la clôturera qu'à partir du moment où l'ensemble des points de droit seront levés. Les parties ont donc la certitude qu'une communication sur les manquements des États restera active. « *Glasnost* » et « *Perestroïka* », ¹⁵⁷⁴ transparence et ouverture, tels sont les deux termes qui ont été évoqués au cours de cette recherche pour décrire l'attitude qu'il fallait adopter pour garantir l'effectivité des droits.

1080. Ces deux termes s'appliquent bien sûr dans les établissements médico-sociaux. C'est le sens des actions de lanceur d'alerte qui ont été décrites sous le titre premier. D'une manière générale, il s'agit d'une démarche que les directions doivent impulser et promouvoir afin que les droits soient respectés. A l'instar des alertes, les directions devront faire en sorte que la

¹⁵⁷⁴ Le terme « *Glasnost* » signifie transparence et « *Perestroïka* » signifie ouverture. Ces deux termes russes sont mobilisés à dessein pour décrire la force d'une communication claire et d'une volonté d'ouverture.

balance s'équilibre entre le respect des droits et les dénonciations effectuées. Peut-on mettre en avant un critère qui permet d'affirmer que la transparence garantit le respect des droits ? A cette question, on peut répondre que la communication autour des événements indésirables dans un établissement permet d'affirmer que l'effectivité des droits des personnes handicapées est en bonne voie. Cela signifie que la communication interne fonctionne et que les acteurs n'hésitent plus à mettre la lumière sur des situations anormales qu'ils auront réussi à identifier.

1081. L'effectivité des droits des personnes handicapées entendue sous un angle ascendant d'appropriation du droit ne peut s'entendre seule. Elle doit être accompagnée, en complément, d'une diffusion du droit entendue sous un angle descendant. En d'autres termes, en haut de la pyramide, il est nécessaire que les États ou les institutions internationales produisent du droit, mais celui-ci ne pourra tendre vers l'effectivité qu'avec, à la base de la pyramide, une mobilisation des acteurs. Sans cette action de la part des acteurs, l'effectivité des droits entendue au sens de pénétration des règles dans la sphère sociale sera plus difficile à envisager.

1082. Cette seconde partie de notre recherche a été consacrée aux explications qu'il est utile de fournir aux acteurs afin que les accompagnements puissent s'effectuer dans un environnement serein et que les protections visant à garantir les personnes qui lance une alerte soient respectées. Il s'agit de rassurer, de protéger et d'inciter les acteurs dans un seul objectif, celui faire en sorte que le droit des personnes handicapées soit respecté au sein des établissements.

1083. La récente directive européenne concernant les lanceurs d'alerte participe de cette idée qu'il est indispensable que la personne qui souhaite défendre les droits bénéficie d'un statut protecteur. Les scandales dans les établissements en France ont amené le législateur à étendre ce statut protecteur aux lanceurs d'alerte dans le champ médico-social. Un livre dénonçant les mauvais traitements en EHPAD est parvenu à une prise de conscience du public et à déclencher une action législative. Transparence des règles et ouverture des établissements constituent des compléments indispensables pour tendre vers l'effectivité des droits.

1084. Des actions portées par des associations devant le Conseil d'Europe, on peut retenir la force d'une information rendue publique. C'est parce qu'elle est publique que l'État doit fournir des explications. C'est parce qu'elle est publique que l'État ne peut se contenter d'une rhétorique en guise de réponses aux questions posées. C'est parce que cette action publique s'inscrit dans le temps long que l'État sera contraint de faire évoluer sa législation dans le sens du Conseil de l'Europe. Au niveau de l'État comme au niveau d'un établissement, le fait de rendre public un événement entraîne une réaction et fait avancer les droits.

Conclusion

1085. En introduction de son ouvrage de sociologie du droit¹⁵⁷⁵, J. CARBONNIER mettait en avant « *un leitmotiv [qui] ne tardera pas à transparaître : c'est qu'il y a plutôt trop de droit* ». Trop de droit ou pas assez de droit, le débat demeure toujours vif dans nos sociétés et ne cesse de diviser les citoyens. Nombreux estiment que chaque problème ne peut trouver de solution qu'en mobilisant un travail parlementaire. Ce réflexe législatif diffère selon les pays, en France, il est générateur de textes nombreux et d'anciennes interrogations, malgré l'affirmation constitutionnelle, depuis 2003, de l'organisation décentralisée du pays. En 1991 déjà, les fonctionnaires de la place du Palais-Royal alimentaient le débat en dénonçant dans un rapport l'inflation législative en France et « *l'obscurité croissante de notre droit* ». Un extrait de ce rapport est devenu le symbole des limites d'une trop grande production législative, lorsqu'il énonce ces mots : « *Qui dit inflation dit dévalorisation, quand la loi bavarde, le citoyen ne lui prête qu'une oreille distraite* ». Plus de vingt ans après, en 2006¹⁵⁷⁶, le Conseil d'État revenait sur le rôle et la place occupée par la loi, en déplorant le peu de progrès enregistré depuis le début des années 1990. Les auteurs affirmaient que « *pour respecter la loi, il faut la connaître. Pour la connaître, il faut qu'elle soit claire et stable. Or, et ce constat est préoccupant, nombre de nos lois ne sont ni claires ni stables. La France légifère trop et légifère mal* »¹⁵⁷⁷.

1086. De l'autre côté de la frontière, en Belgique, le réflexe législatif n'a pas le même impact, du fait de l'organisation administrative qui accorde une moindre importance aux actes des autorités fédérales et de l'histoire constitutionnelle du pays¹⁵⁷⁸. Les huit entités infra-étatiques¹⁵⁷⁹ partagent avec l'État fédéral des compétences importantes en matière de handicap

¹⁵⁷⁵ CARBONNIER J., *Op. cit.*, 1992, p.9.

¹⁵⁷⁶ Rapport public du Conseil d'État de 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit – Edition La documentation Française, [En ligne], Disponible à l'adresse : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000245.pdf>, [Consulté le 22 avril 2023].

¹⁵⁷⁷ Rapport public du Conseil d'État de 2006, *Op. cit.*, p.9.

¹⁵⁷⁸ Pour autant, il faut noter l'impact de la loi de compétence universelle votée en 1993. Le texte avait pour but d'organiser la répression des crimes jugés odieux par la communauté internationale, en proclamant une compétence universelle des tribunaux belges.

¹⁵⁷⁹ Les huit entités infra-étatiques regroupent les trois Régions (flamande, wallonne et bruxelloise), les trois Communautés (flamande, française et germanophone), la Commission communautaire commune (COCOF) et la Commission communautaire commune (COCOM).

et produisent des textes dans leur domaine de compétence propre¹⁵⁸⁰. Cette dimension décentralisatrice diminue le poids de l'État fédéral et l'impact de l'acte législatif central. Les textes adoptés sont souvent régionaux, plus proches des citoyens qui en ont débattu.

1087. Trop de droit ou pas assez de droit, dans le cadre de notre recherche, nous nous sommes volontairement éloignés de cette approche binaire, qui nous obligeait à choisir un camp, sans se questionner plus avant sur la manière dont le droit pouvait être concrètement appréhendé par la société. Au contraire, notre recherche nous a invités à dépasser le simple constat de l'inflation normative qui représenterait, à elle seule, la garantie des droits, pour nous interroger sur la notion d'effectivité du droit des personnes handicapées en établissement médico-social. Pour tenter d'en expliquer les ressorts, nous avons choisi de convoquer la France et la Belgique, spécifiquement la Région Wallonne, et l'environnement des établissements médico-sociaux privés accueillant des adultes handicapés de nationalité française. Le cadre étant posé, une question demeurait, suffit-il qu'un droit existe, qu'il soit reconnu, encadré et sanctionné, pour qu'il soit effectif ? A cette interrogation, aucune réponse simple ne peut être apportée. Les réponses seront nécessairement plurielles et inviteront à analyser l'effectivité des droits des personnes handicapées à l'aune de deux visions distinctes mais complémentaires.

1088. La première vision invitera à considérer la diffusion des droits de manière descendante. Les droits nationaux et internationaux, parce qu'ils existent, doivent rejaillir intégralement sur la société et garantir les droits des personnes handicapées. Toutes les questions s'effaceraient, dès lors, devant des textes dont la seule existence garantirait l'effectivité des droits. Cette vision rassurera par un caractère automatique de « *ruissellement des droits* ». Pour autant, une traduction intégrale des conventions nous a montré les limites d'une visée descendante de diffusion des droits. En effet, l'effectivité des droits ne peut se contenter d'une diffusion de textes en amont des établissements. Il semble nécessaire de compléter notre approche de l'effectivité par une analyse à partir d'un niveau plus fin, celui d'un établissement médico-social.

1089. Il s'agit alors d'étudier l'effectivité dans une vision ascendante d'appropriation des droits par les acteurs eux-mêmes. Aborder de manière duale l'effectivité des droits permet de

¹⁵⁸⁰ En vertu de l'article 138 de la Constitution belge, la Communauté française a délégué la compétence « handicap » au profit de la Région wallonne.

nous rendre compte qu'une action de diffusion des droits par le haut est nécessaire, mais insuffisante et doit être complétée par une acculturation des acteurs au plus près des établissements. Cette lecture double permet de lever les doutes qui persistent autour de l'appréhension de la notion d'effectivité. Il nous a paru utile de mettre ces deux approches en miroir du fait de leur caractère non exclusif. Notre recherche met en lumière le fait que l'effectivité des droits des personnes handicapées est l'affaire de tous les acteurs, et que la mobilisation doit être présente tant au niveau national qu'à celui de l'établissement, tant au niveau macro qu'au niveau micro.

1090. Avant d'aller plus avant dans notre réflexion, il a fallu définir justement les termes utilisés, et poser les contours du débat. Dans un premier temps, on s'est rapidement éloignés des « *notions sœurs* » de l'effectivité que représentent les termes « *efficacité* » et « *efficience* ». L'effectivité ne signifie pas seulement atteindre un objectif ou parvenir au meilleur résultat possible au regard des ressources dont on dispose. La notion d'effectivité se nourrit d'une approche plus large, tant juridique que sociologique. La lecture de l'ouvrage de vocabulaire juridique¹⁵⁸¹ nous fournit une première approche de la notion d'effectivité en rappelant, tout d'abord, que la création du mot¹⁵⁸² est récente. On comprend, dès lors, que la notion d'effectivité du droit va nous entraîner vers des voies nouvelles d'analyse de situation.

1091. Dans un second temps, on a considéré plusieurs approches de la notion d'effectivité. Suivant une visée strictement impérative, on constate que les droits des personnes handicapées sont effectifs dès lors qu'un texte de loi existe. Partant, les quelques articles de la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 suffiraient à rendre les droits des personnes effectifs car la « *règle de droit est appliquée réellement* »¹⁵⁸³. Cette visée impérative se conjugue avec une approche répressive, qui veut qu'une règle de droit qui n'est pas respectée doit entraîner une sanction du comportement. C'est à l'autorité publique qu'il appartient de repérer le non-respect des droits et d'accompagner les sanctions plus avant. Une autre voie d'analyse méritait d'être ouverte pour considérer l'effectivité des droits, l'appropriation de la règle de droit par la société est aussi importante que la règle elle-même et que la sanction qui s'y rattache.

¹⁵⁸¹ CORNU G., *Op. cit.*, Quadriga, p. 384.

¹⁵⁸² *Ibid.*, Il est rappelé que le mot est apparu au cours du 20^{ème} siècle et qu'il a été créé à partir de l'épithète effectif qui signifie « *Qui a produit l'effet recherché* » ou « *Qui a été réalisé, accompli* ».

¹⁵⁸³ REID H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal : Wilson et Lafleur, 2e éd., 1996, p. 209.

1092. Dans le cadre de notre travail, la démarche a consisté à considérer l'ensemble des approches et à mettre en avant, dans un premier temps au travers des législations françaises et belges, l'impact d'une visée impérative du droit. Dans un second temps, l'environnement international nous a permis d'aborder l'effectivité des droits d'une manière différente. Souvent synonymes de *soft law*¹⁵⁸⁴, la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées ne crée pas de droits supplémentaires et ne permet pas de sanctionner juridiquement les pays. Elle nous invite à travailler à partir de l'idée de l'effectivité au sens d'acceptation des normes par la société et à s'interroger sur les forces qui sont à l'œuvre pour favoriser ce mouvement.

1093. Dès l'entrée dans cette dimension de recherche, notre réflexion a été confrontée à la citation de J. CARBONNIER au début de son ouvrage consacré à la passion du droit sous la V^{ème} République. Dès l'introduction, évoquant les moments importants autorisant un découpage de l'histoire, il rappelle, « *tel Goethe à Valmy, [que] rien ne sera plus comme avant* »¹⁵⁸⁵. Pour une direction d'établissement, dépasser la stricte visée impérative et la seule application du droit pour entamer une réflexion sur son effectivité au sens de la pénétration de la règle de droit dans la sphère sociale, implique que les repères professionnels se modifient, et effectivement, « *que rien ne sera plus comme avant* ».

1094. Nous avons mis en avant les limites d'une lecture « *engagée* » des droits conventionnels eu égard aux conséquences qu'elle peut induire dans chaque pays. Notre démarche s'est poursuivie par une analyse des obstacles qu'il faut dépasser au niveau de l'établissement pour faire évoluer la notion d'effectivité des droits. Dans le champ du handicap, la réflexion sur la notion d'effectivité des droits revient à s'interroger sur le sens du travail effectué et les limites du droit des personnes handicapées. Respecter les textes législatifs dans un établissement, est-ce assurer l'effectivité des droits des personnes en situation de handicap ? Cette réflexion bouleverse les habitudes et rompt avec les principes d'action dans les établissements, qui reposent souvent sur l'application stricte des normes pour garantir les droits. Dans son ouvrage, J. CARBONNIER pose d'ailleurs le postulat que la V^{ème} République française opère une

¹⁵⁸⁴ Ce terme désigne des sources de droit qui sont dépourvues de force obligatoire. On parlera de *hard law* pour évoquer des textes juridiquement contraignants.

¹⁵⁸⁵ CARBONNIER J., *Op. cit.*, 1996, p 1.

véritable rupture par rapport à la république précédente dans la mesure où elle accorde une place prépondérante à la loi et au règlement pour régler les questions de société. Ce faisant, il éclaire la passion française pour la loi et le règlement, et nous permet d'illustrer la citation d'A. CASAGRANDE nous mettant en garde dans les établissements contre « *l'asphyxie lente des esprits que l'absence d'occasion de réflexion et de prise de hauteur vient sceller* »¹⁵⁸⁶. En résumé, l'application de la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 et les différentes circulaires et instructions qui nourrissent le quotidien des établissements, ne signifient pas automatiquement que la direction respecte complètement les droits des personnes handicapées qui demandent que l'usager d'un établissement soit reconnu en tant que personne à part entière.

1095. Pourtant, aujourd'hui encore, malgré ces critiques et l'affirmation de la place des collectivités locales, l'actualité met en lumière le fait que la loi demeure la réponse la plus souvent mobilisée pour répondre aux difficultés rencontrées par les citoyens, ou pour encadrer des activités. L'organisation administrative des pays a une incidence sur la manière dont est reçu le droit dans la société en général et dans les établissements en particulier. C'est en ce sens que l'on peut considérer que la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002, pour la France, constitue un moment de rupture important qui a structuré, et qui structure encore, le droit des personnes handicapées en établissement¹⁵⁸⁷. La mise en miroir avec la situation en Wallonie nous permet de constater des différences d'approches importantes qui méritent notre attention.

1096. En effet, dans cette région belge, la situation est spécifique dans la mesure où les accueils de personnes handicapées françaises pouvaient, jusqu'à récemment, s'effectuer dans des établissements wallons non soumis à des lois ou des règlements particuliers. Au contraire, nous avons mis en exergue des accueils réalisés sans autorisation administrative dans des « *maisons pirates* », situations sans équivalents en France. Différences de réglementations et d'approche du handicap, absence de places en France et création facilitée des places en Wallonie, sont autant de raisons qui ont permis le développement des accueils de personnes françaises handicapées dans des établissements wallons. L'examen des situations françaises et wallonnes nous pousse à prendre en considération les conséquences financières des choix

¹⁵⁸⁶ CASAGRANDE A., *Op. cit.*, 2012.

¹⁵⁸⁷ Dans le cadre de notre recherche, on considère que la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 constitue une étape importante dans la constitution de règles pour le secteur. Il est toutefois important de noter que les articles consacrés aux droits des personnes handicapées sont peu nombreux au regard du total des articles de la loi. Beaucoup d'articles sont en effet consacrés à l'organisation du secteur médico-social.

organisationnels sur le respect des droits. En France, la limitation des départs vers la Wallonie poursuit un objectif de maîtrise des dépenses publiques. En Wallonie, les accueils de français sont considérés comme de véritables vecteurs d'emploi pour les salariés belges. La maîtrise des données budgétaires peut être le mauvais compagnon d'une route vers l'effectivité des droits des personnes handicapées.

1097. Poursuivant sa passion pour le droit, la France a souhaité que son approche du droit des personnes handicapées puisse encadrer les relations avec la Wallonie par l'adoption d'une convention bilatérale. Une convention est donc intervenue dès 2011 pour encadrer l'accueil des français sur le territoire belge, qui illustre une différence d'approche de l'effectivité du droit entre les deux pays. La France, après plusieurs réunions, a milité pour que soit proposée une modification de la convention initiale, estimant que les relations bilatérales ne pouvaient être pensées qu'à l'aune d'un texte qui contraint les établissements. En réponse, la Wallonie a adopté une attitude différente, acceptant sans difficulté que la convention initiale soit modifiée, afin que les autorités wallonnes mènent les inspections d'établissement conjointement avec les inspecteurs français. La lecture des compte-rendus de réunion renseigne sur la volonté du gouvernement français de ne concevoir l'effectivité du droit qu'au travers le prisme d'une production de normes législatives qui encadrent et qui sanctionnent.

1098. Nous avons cherché, dans les différences d'organisation administrative, les raisons expliquant cette approche différente de l'effectivité du droit. La proximité de l'échelon fédéral est une des clefs qui permet de comprendre les différences entre la France et la Wallonie. Les établissements sont soumis à des règles régionales qui correspondent à des besoins locaux identifiés. La création de règles wallonnes à un niveau local explique qu'elles soient plus facilement acceptées par les citoyens, et qu'elles pénètrent plus facilement la société wallonne. Notre recherche nous a permis d'affirmer que l'organisation administrative d'un pays participe de l'effectivité des droits, en ce sens que la pénétration des textes dans la société est facilitée par une production de proximité qui est, par ailleurs, partagée par la population.

1099. Peut-on, dès lors, considérer que les droits des personnes handicapées ne seraient issus que des droits nationaux ? Pas plus que les États ne peuvent évoluer sans se soucier de l'environnement international, l'encadrement juridique des personnes handicapées ne peut évoluer sans prendre en compte plusieurs sources nationales et internationales. Les différences

d'approche constatées entre les deux territoires au niveau du droit interne, se retrouvent également au niveau international.

1100. C'est au début du 21^{ème} siècle que l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté¹⁵⁸⁸ la Convention relative aux personnes handicapées, qui a marqué une étape importante dans le processus en faveur de la pleine reconnaissance du handicap, en tant que question de droits de l'homme¹⁵⁸⁹. La congruence des textes nationaux et internationaux a généré des interrogations à la base de notre recherche. « *Rien ne sera plus comme avant* », en ce sens que la Convention relative aux personnes handicapées, ratifiée par la France comme par la Belgique, appelle les États à considérer le handicap par l'intermédiaire d'un nouveau paradigme. Sans créer de droits nouveaux¹⁵⁹⁰, la Convention relative aux personnes handicapées est basée sur le modèle social du handicap qui reconnaît une place importante de l'environnement dans le processus de production du handicap¹⁵⁹¹. Pourtant, dans les deux pays, la Convention a été ratifiée sans qu'elle recouvre la même dimension. L'analyse de son accueil dans les deux pays, permet de mesurer l'impact d'une Convention internationale qui ne crée pas de droits nouveaux sur les environnements juridiques nationaux. Cette analyse nous permet également d'examiner la manière dont les deux pays intègre une nouvelle philosophie, au sein de son corpus juridique interne.

1101. D'emblée, il nous faut reconnaître qu'il est difficile de lister assurément toutes les raisons qui expliquent ces différences d'approche. D'autant que les deux pays sont proches par

¹⁵⁸⁸ Le 13 décembre 2006, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte la CIDPH et le Protocole facultatif. Le 20 mars 2010, ces deux textes sont entrés en vigueur en France. En Belgique, la CIDPH est entrée en vigueur le 1^{er} août 2009.

¹⁵⁸⁹ La CIDPH doit être regardée comme étant une convention internationale qui s'inscrit dans un ensemble de conventions en faveur des droits de l'homme, au même titre que la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Convention relative aux droits de l'enfant, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

¹⁵⁹⁰ Lors de la conférence organisée par le Défenseur des droits en 2016, la question suivante était posée : « *La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées : quels droits nouveaux ?* ».

¹⁵⁹¹ Il est fait référence au modèle exposé par le Réseau International sur le Processus de Production du Handicap, [En ligne], Disponible à l'adresse : <https://rip-ph.gc.ca/modele-mdh-pph/le-modele/>, [Consulté le 22 avril 2023].

leur géographie, par leur langue, lorsqu'on considère la région wallonne, par leur histoire mêlée depuis plusieurs siècles et, enfin, proches également par une volonté commune d'accompagner les personnes handicapées dans les meilleures conditions. Malgré tous ces points qui rapprochent la France et la Belgique, on constate une vision différente de l'effectivité des droits, et donc de la pénétration des droits des personnes en situation de handicap dans la sphère sociale. Le poids de l'histoire permet d'expliquer la suprématie de la loi en France, où le pouvoir central occupe toujours une place importante malgré la réforme constitutionnelle de 2003. Au contraire, la Belgique, au travers de ses différentes réformes constitutionnelles¹⁵⁹², s'est constituée en un État fédéral¹⁵⁹³, susceptible de conjuguer plus facilement droit national, régional et droit conventionnel. Un mélange de *hard law* et de *soft law*, qu'I. HACHEZ n'hésite pas à qualifier de « *métissage des sources*¹⁵⁹⁴ ». L'organisation administrative constitue une explication de cette distance prise avec l'importance de la loi. Contrairement à la centralisation de la France¹⁵⁹⁵, le Royaume de Belgique s'est construit autour d'un État fédéral, de Communautés et de Régions, chacun des niveaux ayant, à la fois, des compétences propres et des compétences partagées. Ce mode d'organisation induit un regard différent posé sur l'acte législatif fédéral, qui n'est plus la seule source créatrice de droit. La proximité des règles de droit permet une plus grande effectivité au sens de pénétration dans la société.

1102. Cette distance, par rapport à la force juridique des actes de l'État fédéral, permet à la Belgique de s'imprégner plus facilement des « *droits venus d'ailleurs* » selon l'expression de J. CARBONNIER. L'analyse des rapports d'application de la Convention relative aux personnes handicapées fournit une illustration complémentaire des différences d'appréhension de ces « *droits venus d'ailleurs* ». Dès la ratification de la convention, les États se sont engagés à effectuer un suivi des actions au regard des pratiques et des textes en vigueur dans le pays dans un délai de deux ans suivant la ratification¹⁵⁹⁶. Malgré la crise sanitaire de la COVID, on

¹⁵⁹² Cinq réformes ont été nécessaires pour faire aboutir le projet de création d'un État fédéral, en 1970, 1980, 1989, 1993 et 2001.

¹⁵⁹³ La Constitution belge affirme dans son article premier que : « *La Belgique est un État fédéral qui se compose des communautés et des régions* », Titre 1^{er} De la Belgique fédérale, de ses composantes et de son territoire, [En ligne], Disponible à l'adresse : https://www.senate.be/doc/const_fr.html#t1, [Consulté le 22 avril 2023].

¹⁵⁹⁴ HACHEZ I. et VRIELINK J., *Op. cit.*, p.23.

¹⁵⁹⁵ Malgré les lois de décentralisation de 1982, on ne peut définir la France comme étant un pays décentralisé. Nombreuses sont, au contraire, les campagnes électorales qui mettent en avant la nécessité que toutes les décisions ne soient pas prises à Paris, et que tout ne se décide pas à l'Élysée.

¹⁵⁹⁶ Article 35 Al. 1, CIDPH : « *Chaque État Partie présente au Comité, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, un rapport détaillé sur les mesures qu'il a prises pour*

peut noter que le suivi de la convention ne s'est pas effectué de manière identique dans les deux pays. Alors que la Belgique a proposé son premier rapport de suivi de la convention en respectant les termes conventionnels, la France a produit son premier rapport en 2022. Ce retard ne facilite pas la diffusion du texte auprès des acteurs, et exprime, au contraire, une certaine distance prise par les pouvoirs publics par rapport aux engagements internationaux. Cette critique était déjà exprimée par le Défenseur des droits en 2016, lorsqu'il constatait « *qu'un grand nombre d'acteurs en charge des questions de handicap ignorent jusqu'à son existence [la CIDPH] et, a fortiori, les obligations qu'elle créent à leur égard*¹⁵⁹⁷ ». Les réponses des Nations-Unies à l'exposé de la situation française sont également sujettes à caution dans la mesure où elles acceptent, de fait, le retard dans le suivi en demandant un prochain rapport pour 2028.

1103. La Convention relative aux personnes handicapées a-t-elle eu un impact juridique identique sur la France et la Belgique pour rendre les droits des personnes handicapées effectifs ? Dans les deux pays, la Constitution reconnaît une valeur supra législative à une convention internationale dûment ratifiée. Cependant, la Belgique est allée au-delà de cette reconnaissance en souhaitant une modification de sa Constitution, afin que soient constatés les principes d'autonomie et d'inclusion des personnes handicapées. Ces deux termes peuvent apparaître flous pour la plupart des acteurs et ne facilitent pas la compréhension de la Convention. Le travail parlementaire belge en vue de cette modification a débuté en 2011 pour se terminer en 2022, traversant plusieurs législatures et plusieurs majorités. Il s'agit, au travers de cet épisode constitutionnel, d'une véritable reconnaissance de l'effectivité du droit, en ce sens que la Constitution belge est modifiée librement afin que la société tienne compte désormais de la philosophie issue de la convention. Chaque révision constitutionnelle entraînant automatiquement la dissolution du Parlement belge, on peut considérer que cette action constitue un signe indiquant que la philosophie de la convention est plus forte que le mandat des élus, ces derniers acceptant de démissionner et de retourner devant leurs électeurs. On peut noter que cette démarche belge n'a pas été copiée par les parlementaires français, la Constitution française n'ayant pas été modifiée à ce jour pour reconnaître l'inclusion. Le thème

s'acquitter de ses obligations en vertu de la présente Convention et sur les progrès accomplis à cet égard, dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente Convention pour l'État Partie intéressé ».

¹⁵⁹⁷ Guide « *La Convention relative aux droits des personnes handicapées* », Avant-propos, Déclaration de Jacques Toubon, Défenseur des droits, p. 3.

est pourtant à l'agenda de chaque article de presse concernant le handicap, de chaque réunion publique et de chaque discours en France.

1104. La philosophie de la Convention interroge automatiquement le directeur d'établissement qui doit accompagner, en proximité, les droits des personnes handicapées, à l'aune des droits de l'homme et non plus simplement à l'aune des lois et des règlements nationaux. Il est nécessaire de faire un pas de côté pour s'interroger sur ses propres pratiques, pour former les salariés de l'établissement et pour acculturer les familles et les personnes en situation de handicap. Pour un directeur, ce défi est à la fois passionnant et déstabilisant dans la mesure où il exige que l'on révise le cadre du travail habituel pour se diriger vers les interrogations des acteurs. Ce défi est déstabilisant, dans la mesure où la Convention induit des lectures différentes selon les acteurs. D'un côté, les salariés découvrent le texte qui ne leur a pas été présenté lors de leur formation initiale. Ils lisent les observations du Comité onusien qui indiquent que les établissements doivent fermer et questionnent naturellement l'avenir. De l'autre, les financeurs des établissements abreuvant les réunions des termes « *d'inclusion* » et « *de vie autonome* », sans définir clairement leur contenu, ou les obligations nouvelles créées. Enfin, la position de l'ONU relativement au droit des personnes handicapées invite tous les États à fermer l'ensemble des établissements d'accueil, afin que les personnes soient enfin regardées comme des citoyens, non comme de simples usagers. Nous faisons ici référence à la publication des lignes directrices sur la désinstitutionnalisation publiée par le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU en 2022, qui indique clairement que « *L'institutionnalisation est une pratique discriminatoire à l'égard des personnes handicapées, contraire à l'article 5 de la Convention. Elle implique, de facto, le déni de la capacité juridique des personnes handicapées, en violation de l'article 12. Elle constitue une détention et une privation de liberté fondées sur une déficience, contrairement à l'article 14. Les États parties devraient reconnaître l'institutionnalisation comme une forme de violence à l'encontre des personnes handicapées* »¹⁵⁹⁸. Et le Comité de poursuivre en affirmant que, « *Les États parties devraient abolir toutes les formes d'institutionnalisation, mettre fin aux nouveaux placements en institution et s'abstenir d'investir dans les institutions. L'institutionnalisation ne doit jamais être considérée comme une forme de protection des personnes handicapées, ou un « choix »* »¹⁵⁹⁹.

¹⁵⁹⁸ Comité des droits des personnes handicapées, *Lignes directrices sur la désinstitutionnalisation, y compris en cas d'urgence*, 10 octobre 2022, par.6.

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*, par.8.

1105. Ce défi est également passionnant, dans la mesure où, pour une direction d'établissement, il peut être à la base d'un nouveau projet d'établissement et d'une motivation renouvelée des salariés. Dans le cadre de notre recherche, après avoir constaté des différences d'approche au niveau macro entre la France et la Wallonie, un travail complémentaire a été nécessaire pour envisager le développement de l'effectivité des droits à un niveau *micro*, celui de l'établissement. Un détour s'est donc imposé au plus près des acteurs, pour comprendre quels sont les obstacles rencontrés dans un établissement qui empêchent une effectivité des droits pour les personnes handicapées, et quelles pourraient être les actions à envisager.

1106. A côté de la proximité, la transparence est la seconde condition de l'effectivité des droits. Une simple réunion auprès des personnels suffit à identifier le thème de la responsabilité comme une cause majeure du blocage de la diffusion de l'effectivité des droits dans les établissements. Si tous les acteurs se disent favorables à un environnement juridique différent dans lequel les personnes handicapées sont considérées comme de véritables sujets de droit, « *au centre de toutes les préoccupations* », se pose rapidement la question de la responsabilité vis-à-vis des personnes, des familles et des institutions locales. Qui sera responsable lorsque surviendra un accident ? Telle sera la question à laquelle la direction devra répondre pour rassurer tous les acteurs et faire en sorte que le droit soit vu comme un vecteur de liberté, non pas uniquement, comme un vecteur de contraintes et d'incertitudes. L'actualité met en évidence des situations dramatiques pour les personnes handicapées¹⁶⁰⁰, qui génèrent leur cortège de questions autour du thème de la responsabilité des acteurs.

1107. La définition de chaque domaine de responsabilité et des règles de protection des lanceurs d'alerte sont nécessaires pour que l'on puisse sereinement promouvoir l'effectivité du droit en établissement. On peut noter que sur ce thème également, la France et la Wallonie n'abordent pas l'environnement juridique de la même manière. Alors que les deux pays sont tous les deux nourris par le Code civil napoléonien, on constate que les réformes visant à améliorer les dispositions de ce code ne sont pas menées avec la même célérité des deux côtés de la frontière. Par le truchement des consultations populaires reconnues, tant au niveau fédéral qu'au niveau régional, la Belgique a souhaité interroger les citoyens sur les futures réformes

¹⁶⁰⁰ L'incendie d'un centre de vacances durant l'été 2023 a questionné l'ensemble des acteurs quant au périmètre de leur responsabilité lors des séjours adaptés.

civiles. Un temps d'explication, un temps de présentation et un temps d'écoute de la population ont entouré ces consultations populaires et ont fourni une clé supplémentaire pour appréhender l'effectivité des droits en région wallonne. La consultation populaire n'est pas vécue comme un référendum, mais comme un temps d'échange qui permet de dépassionner les débats.

1108. Pour éclaircir pleinement le débat et le compléter il a semblé indispensable, par ailleurs, de s'attacher à la question des délégations de pouvoirs dans les établissements, question très souvent mise de côté, par ignorance ou par méfiance. On se méfie souvent des notions que l'on ignore. Déléguer ses pouvoirs, c'est tout d'abord accepter de se libérer d'une partie de ses pouvoirs avec l'obligation de ne pas interférer dans les domaines délégués. C'est également accepter de réfléchir sur la notion de pouvoirs et donc sur une nouvelle cartographie des centres de décision dans les établissements.

1109. « *Rien ne sera plus comme avant* », telle est la phrase qui reviendra à l'esprit comme un leitmotiv lorsque l'on fait avancer la réflexion sur l'effectivité des droits en établissement. Les questions se sont dévoilées au long de notre travail de recherche, de quels droits parle-t-on ? Quels sont les signes de l'effectivité des droits en France et en Belgique ? Animé par la recherche des réponses idoines, on a alors été porté à suivre des pistes permettant aux directions d'établissement de surmonter les blocages potentiels, ainsi que des voies qui autorisent un développement de la notion d'effectivité. Comment faire en sorte que les droits trouvent leur place dans le quotidien des établissements ? On pense assez naturellement aux voies judiciaires, qui occupent une place importante lorsque l'on souhaite que la justice dise le droit et rétablisse un équilibre entre les parties. Force est de constater que les personnes handicapées, ou leur famille, font assez rarement appel au juge lorsqu'un conflit naît dans un établissement. L'action judiciaire ne constitue donc pas la seule garantie d'effectivité du droit, les personnes handicapées craignant que leurs démarches aient un impact négatif sur leur vie en général et leur accueil, en particulier. Cette crainte est également exprimée par les familles qui sont confrontées à un arbitrage difficile entre le respect des droits des personnes handicapées et le souci de conserver une place dans un établissement pour leur proche.

1110. Pour compléter notre recherche concernant les voies ascendantes d'appropriation du droit dans la société, une démarche de promotion et de plaidoyer autour des droits peut être la garantie de leur effectivité. C'est en ce sens, que nous avons mis en lumière l'impact des réclamations collectives auprès du Conseil de l'Europe. Nul besoin d'avocat pour cette action,

nul besoin d'avoir épuisé tous les moyens de recours sur le plan national pour entamer une procédure auprès du Conseil de l'Europe, nul besoin de l'exposition médiatique d'une famille car la réclamation est souvent portée par un syndicat ou une OING et, enfin, nul besoin de mettre en exergue une situation personnelle sur le devant de la scène, la réclamation n'abordant que des points de droits qui ne sont pas respectés par un État.

1111. Le Conseil de l'Europe n'entre pas en voie de condamnation judiciaire, ses décisions n'ont qu'une portée déclaratoire, mais elles sont publiques et ne s'évanouissent pas sur les étagères des bibliothèques du Conseil de l'Europe ou de l'État concerné. Au contraire, tant que l'État n'agit pas suffisamment, le Conseil de l'Europe, au travers des rapports qui lui sont fournis, rappellera que le droit interne du pays ou ses pratiques ne sont pas conformes à la Charte sociale européenne. Il n'est plus question alors, pour l'État, de rédiger des rapports simplement emplis de grandes déclarations. Nombreux sont les exemples qui montrent que le Conseil de l'Europe ne s'attarde pas sur la rhétorique, mais exige plutôt des situations chiffrées et des dates de mise en conformité du droit. Affirmer que nos actions doivent être inclusives, que les établissements doivent être accessibles et que l'on doit favoriser l'autonomie des personnes handicapées peut-être le discours porté par une collectivité locale lors d'une réunion départementale, cependant, devant le Conseil de l'Europe, les déclarations politiques cèdent la place aux preuves d'actions concrètes.

1112. L'effectivité du droit est consubstantielle d'une mobilisation faite autour des situations qui ne le respectent pas. A l'instar de l'affirmation de F. TULKENS, mise en exergue au début de notre recherche, « *Le droit et les droits fondamentaux sont des ressources qui ne s'usent que si on ne s'en sert pas [...]* ». Cette affirmation vaut aussi bien pour les établissements qui doivent être « *ouverts* », afin que l'information circule et fasse diminuer les carences de droit, que pour les États qui doivent exposer, devant les 45 autres pays du Conseil de l'Europe, les raisons de leur retard dans l'application de la Charte. Pour les États comme pour les établissements, une politique de « *glasnost* »¹⁶⁰¹ est absolument nécessaire. Pour autant, notre recherche nous montre que l'effectivité totale du droit demeure une gageure et peut constituer un obstacle pour les droits des personnes handicapées. En effet, une lecture engagée de l'inclusion, telle qu'elle est proposée par le Comité des droits de l'ONU, ne va pas permettre

¹⁶⁰¹ Ce terme peut être traduit par celui de transparence.

d'entraîner tous les acteurs vers un but identique et peut, au contraire, annihiler la liberté de choix du mode de vie de chacun. Une effectivité pure du droit au sens onusien du terme n'existe pas, il sera donc nécessaire de rechercher une voie médiane entre l'effectivité et l'ineffectivité. La notion d'effectivité partielle, présente dans la littérature, est plus proche de la réalité et rappelle que les situations sont rarement binaires et pures. L'effectivité partielle retrace plus fidèlement les situations, réellement vécues, en invitant tous les acteurs à poursuivre le travail de construction d'un phare qui illuminera la meilleure voie pour que les droits des personnes handicapées soient effectivement garantis. Par ailleurs, il serait faux de considérer qu'une seule voie d'effectivité partielle des droits. Au contraire, la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées ouvre la voie à une « *effectivité à la française* », aux côtés d'une « *effectivité belge* ». Chaque territoire se réservant le droit d'interpréter, à sa manière, les conséquences des obligations conventionnelles. Ce faisant, les directions pourront être accompagnées par un Conseil départemental pour le financement d'un nouvel établissement dans tel département, alors que le département voisin aura une lecture différente et limitera son financement. Ces dissonances constatées peuvent ouvrir la voie à une réflexion plus avant sur l'organisation administrative du pays. C'est au prix d'un véritable travail d'explication de texte, que l'effectivité des droits pourra être soutenue par tous. Les pouvoirs publics doivent s'engager pour fournir une grille de lecture simple des droits conventionnels afin que les droits des personnes handicapées en établissement deviennent des « droits d'évidence » pour l'ensemble des acteurs de la société.

Bibliographie

1- Ouvrages généraux, manuels, dictionnaires

ANCEL P., *Droit des obligations: en 12 thèmes avec exemples détaillés*, Paris, Dalloz, Séquences, [Éd.] 2018.

BODINEAU P., VERPEAUX M., *Histoire constitutionnelle de la France*, Paris, Que sais-je ? N° 3547, 6e éd. Mise à jour, 2020.

BOULOC B., *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, Précis, 26e éd., 2019.

CARBASSE J.-M., *Histoire du droit*, Paris, Presses universitaires de France, Que sais-je? Droit, politique n° 3828, Quatrième édition, 12e mille, 2017.

CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, Thémis : Droit, 1978.

CARCASSONNE G., GUILLAUME M., VEDEL G., *La Constitution*, Paris, Éd. du Seuil, Points n° 319, 12e éd., 2014.

CHAGNOLLAUD D., DRAGO G., *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, Réimpr., 2010.

CORNU G., CAPITANT H., CORNU M. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 13e édition mise à jour, 2020.

CORTEN O., SCHAUS A., *Le droit comme idéologie: introduction critique au droit belge*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2e éd. rev, 2009.

DANDOY N., *La protection des personnes majeures: dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016.

DUPRE DE BOULOIS X., BIOY X. (dir.), *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, Grands arrêts, 2017.

DUMONT G.-H., *La Belgique: hier et aujourd'hui*, Paris, Presses universitaires de France, Que sais-je ? N° 319, 5e éd. Mise à jour, 18e mille, 2011.

EMMERICH-ROPITEAU M., *Assurer un établissement social ou médico-social*, Montrouge, ESF éditeur, Les guides Direction(s), 2e éd, 2020.

FAGES B., *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Manuel, 8e éd, 2018.

FAVOREU L., PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, Grands arrêts, 19e éd., 2018.

FORMERY S.-L., *La Constitution commentée: article par article*, Vanves, Hachette supérieur, Les fondamentaux n° 17, 19e éd., 2016.

FRICOTTE L., *Droit des personnes handicapées*, Paris, ASH publications, Néret, [Éd.] 2019.

GAUDIN H. et al. (dir.), *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, Paris, Éditions Dalloz, Grands arrêts, 2014.

GOLTZBERG S., *Le droit comparé*, Paris, Que sais-je ? N° 4117, 2018.

HACHEZ I., VRIELINK J., TULKENS F., *Les grands arrêts en matière de handicap = De belangrijkste arresten inzake handicap*, 2020.

HAGUENAU-MOIZARD C., *Introduction au droit comparé: en 10 thèmes avec exemples détaillés*, Paris, Dalloz, Séquences, [Éd.] 2018.

RAOUL-CORMEIL G., « Changer de paradigme à droit constant ? Lire la loi à la lumière des droits fondamentaux », Benoît Eyraud éd., *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*. Doin, 2018, pp. 249-254.

JOURDAIN P., *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 10e édition, 2021.

LARCIER (dir.), *La Constitution belge coordonnée =: De gecoördineerde Belgische Grondwet*, Bruxelles, Éditions Larcier, Les Codes essentiels Larcier, Édition mise à jour d'après les textes publiés au Moniteur belge jusqu'au 1 er novembre 2017.

LEBRETON G., *Droit administratif général*, Paris, Dalloz, Cours Dalloz, 10e éd., 2019.

LEGRAND P., *Le droit comparé*, Paris, Puf, Que sais-je? N° 3478. Droit, politique, Cinquième édition mise à jour, 2015.

LESCOT C., *Organisations européennes: Union européenne, Conseil de l'Europe et autres organisations*, Bruxelles, Bruylant, Paradigme, 22 éd, 2020.

LHULLIER J.-M., *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, Rennes, Presses de l'École des hautes études en santé publique, Références santé social, 5e éd, 2015.

PETERKA N., CARON-DEGLISE A., ARBELLOT F., *Protection de la personne vulnérable: protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Paris, Dalloz, Dalloz action, 5e éd., à jour au 1er septembre 2020.

PINON X., *Le conseil de l'Europe: une organisation au service de l'homme*, Paris, L.G.D.J, Collection « Systèmes », 2011.

POINSOT O., *Le droit des personnes accueillies ou accompagnées: les usagers dans l'action sociale et médico-sociale*, Bordeaux, LEH Édition, 2016.

PRIOU J., DEMOUSTIER S., *Institutions et organisation de l'action sociale et médico-sociale*, Paris, Dunod, Maxi fiches, 4e éd, 2015.

RENAULT-BRAHINSKY C., *Droit des obligations*, Paris, Gualino-Lextenso éd, Fac universités, 10e éd, me Edition 2018.

RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme: droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, Paris, LGDJ, Manuel, 7e édition, 2017.

RIALS S., *Textes constitutionnels français*, Paris, Presses Universitaires de France/Humensis, Que sais-je? Droit N° 2022, 32e édition mise à jour: 2020, septembre, 2020.

ROUVILLOIS F., *Libertés fondamentales*, Paris, Flammarion, 2016.

ROUVILLOIS F., *Droit constitutionnel*, Paris, Flammarion, Champs, 7e éd, 2021.

ROYER A., *Le Conseil de l'Europe*, Toulouse, Milan, Les essentiels Milan n° 304, 2009.

TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil: les obligations*, Paris, Dalloz, Précis Dalloz, 11e éd., 2013, 2013.

TROPER M., *La philosophie du droit*, Paris, PUF, Que sais-je ? n° 857, 4e éd. Mise à jour, 2015.

VILLE I. et al., *Introduction à la sociologie du handicap: histoire, politiques et expérience*, Louvain-la-Neuve (Belgique), De Boeck supérieur, Ouvertures politiques, 2e éd, 2020.

2- Monographie

ARENDT H., *Eichmann à Jérusalem: rapport sur la banalité du mal*, Paris, Gallimard, Collection Folio, 1991, trad. GUERIN A. .

BAUDOT P.-Y., FILLION E., *Le handicap cause politique*, Paris, Presses universitaires de Paris, 2021

BLOCH M., *L'étrange défaite: témoignage écrit en 1940*, Paris, Gallimard, Collection folio Histoire n° 27, 2006.

BOUABDALLAH S., *La réception du modèle français en droit civil belge: Exemple d'un transfert de droit*, Bruxelles, Bruylant, Collection de l'Académie de droit privé européen n° 3, 2014.

BRIMO S., PAUTI C., BETAÏLE J. (dir.), *L'effectivité des droits: regards en droit administratif*, Paris, Éditions Mare & Martin, Collection de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne n° vol. 52, 2019.

CARBONNIER J., *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 7e éd, 1992.

CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, Champs Essais n° 819, Nachdr. des Ausg. [Paris], 1996, 2008.

CASAGRANDE A., *Ce que la maltraitance nous enseigne: difficile bientraitance*, Paris, Dunod « La Gazette santé social », Action sociale, 2012.

CASTANET V., *Les fossoyeurs*, Paris, Fayard, 2022.

CERQUEIRA G., MONTEILLET V., ALBIGES C. (dir.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile: études à la lumière de la proposition de Loi sénatoriale du 29 juillet 2020*, Paris, Dalloz, Thèmes et commentaires. Études, 2021.

CLESSE C.-É., VERWILGHEN M., *La responsabilité du travailleur et de l'employeur*, Wolters Kluwer Belgium SA, 2021.

COHET-CORDEY F. (dir.), *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et*

ses enjeux en droit, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, « Ecole doctorale », droit, science politique, relations internationales, 2000.

DUBUISSON B., *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique: regards croisés et aspects de droit comparé: recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité civile et l'Assurance (GRERCA)*, Bruxelles, Emile Bruylant, Collection du GRERCA, 2020.

FOUCAULT M., *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, Collection Tel n° 9, 2007.

GALLUS N., VAN HALTEREN T., *Le nouveau régime de protection des personnes majeures: analyse de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

GARDOU C., *La société inclusive, parlons-en !: il n'y a pas de vie minuscule*, 2018.

HAMONET C., *Les personnes en situation de handicap*, Paris, PUF, Que sais-je? N° 2556, Huitième édition mise à jour, 23e mille, 2016.

HAROUEL J.-L., *Les républiques sœurs*, Paris, PUF, Que sais-je? , 2018.

HENCKES N., WINANCE M., SOPADZHIYAN A., DESJEUX C., BERTRAND L., RAPEGNO N., *Interroger le médico-social*, Regards des sciences sociales, Dunod, 2024.

JOYEAU A., MOISDON-CHATAIGNER S., *Handicaps invisibles et situations personnelles handicapantes: comprendre pour agir au travail*, Rennes cedex, Presses de l'EHESP, Regards croisés, 2022.

LE BRETON D., *Sociologie du risque*, Paris, Que sais-je ? N° 3016, 2e éd. Mise à jour, 2017.

LEFEUVRE K., MOISDON-CHATAIGNER S. (dir.), *Protéger les majeurs vulnérables – L'intérêt de la personne protégée – Préface de J. TOUBON (Volume 2)*, Rennes, Presses de l'École des Hautes Études en Santé Publique, 2015.

MARTENS P., *Le droit peut-il se passer de Dieu? six leçons sur le désenchantement du droit*, Namur, Presses Universitaires de Namur, Travaux de la Faculté de Droit de Namur n° 28, 2007.

MAZEAUD D., DUPICHOT P., *Droit de la Belgique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ,

Bibliothèque de l'Association Henri Capitant, 2016.

NISIO F.S., *Jean Carbonnier: regards sur le droit et le non-droit*, Paris, Dalloz, L'esprit du droit, 2005.

OLIVER M., *The politics of disablement*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, Critical texts in social work and the welfare state, 1990.

PAILLET É., RICHARD P., *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne: [actes du colloque, organisé à Toulon, les 22 et 23 novembre 2012]*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

PATURET JB., « Trop de droit tue-t-il le droit ? », *Érès, Empan*, 2019/3, n°115

RICOEUR P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Éditions du Seuil, Points n° 330, 2015.

RIOS RODRIGUEZ J., *L'influence internationale du droit français*, Paris, Connaissances et savoirs, Connaissances et Savoirs, 21 octobre 2008.

ROUVILLOIS F., *Les origines de la Ve République*, Paris, Presses universitaires de France, Que sais-je? n° 3305, 1998.

VAN DEN HAUTE E., *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, Bruxelles, Bruylant, Collection de l'Académie de droit privé européen n° 1, 2013.

VANDERMOTTEN C., *La Belgique*, Paris, Que sais-je ? N° 4156, 2020.

WASSENBERG B., *Histoire du Conseil de l'Europe*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, Hors collection, 2013, 264 pages, <https://www.cairn.info/histoire-du-conseil-de-l-europe--9789287176042.htm>.

WEBER P., *La grande histoire de la Belgique*, 2017.

XHARDEZ C. et al. (dir.), *50 ans de fédéralisation de l'État belge: institutions, acteurs, politiques publiques et particularités du fédéralisme belge*, Louvain-la-Neuve, Academia, Science politique n° 25, 2020.

3- Revues

BAILLEUX A., « l’histoire de la loi belge de compétence universelle. une valse à trois temps : ouverture, étroitesse, modestie », *droit et société, éditions juridiques associées*, 2005, vol. 59, no 1, p. 107-134, doi:10.3917/drs.059.0107.

BEBIN C. ET AL., « le placement en belgique des personnes handicapées françaises est-il une forme de démission de la france ? », *perspectives psy, edp sciences*, 2015, vol. 54, no 4, p. 316-329, doi:10.1051/ppsy/2015544316.

BEHRENDT C., VANDENBOSCH S., « le réaménagement de la répartition des compétences dans le fédéralisme asymétrique belge », *civitas europa, irenee / université de lorraine*, 2017, vol. 38, no 1, p. 241-254, doi:10.3917/civit.038.0241.

COSTE L., « Des corps intermédiaires sous l’Ancien Régime : revendication ou réalité ? », *Histoire, économie & société, Armand Colin*, 2016, vol. 35e année, no 1, p. 14-23, DOI:10.3917/hes.161.0014.

DEROUSSIN D., « Le projet de réforme du droit de la responsabilité et la tradition juridique », *Tribonien, Société de législation comparée*, 2018, vol. 2, no 2, p. 42-62, DOI:10.3917/trib.002.0044.

DESCAMPS O., « La responsabilité dans le Code civil », *Histoire de la justice, Association Française pour l’Histoire de la Justice*, 2009, vol. 19, no 1, p. 291-310, DOI:10.3917/rhj.019.0291.

DEUMIER P., « Les “révolutions jurisprudentielles” », *Les Cahiers Portalis, Presses universitaires d’Aix-Marseille*, 2021, vol. 8, no 1, p. 45-54, DOI:10.3917/capo.008.0045.

EYRAUD B., BEAL A., « Le processus d’ancrage territorial des droits humains : l’exemple de la convention de l’ONU sur les droits des personnes handicapées », *Annales de géographie, Armand Colin*, 2021, vol. 737, no 1, p. 86-111, DOI:10.3917/ag.737.0086.

FADHEUILLE P., « La responsabilité du salarié pour des faits commis dans le cadre de ses fonctions », *Empan, Érès*, 2019, vol. 115, no 3, p. 71-76, DOI:10.3917/empa.115.0071.

FOUCAULT GIROUX L., « La liste des personnes qualifiées, un outil de la loi du 2 janvier

2002 véritablement utile ? », *Vie sociale, Érès*, 2017, vol. 17, no 1, p. 95-101, DOI:10.3917/vsoc.171.0095.

JOURDAIN P., « Les enjeux d'une réforme de la responsabilité civile », *Archives de philosophie du droit, Dalloz*, 2021, vol. 63, no 1, p. 277-282, DOI:10.3917/apd.631.0296.

HUTEAU G., *Le droit de la sécurité sociale. Système et finalités*, Presses de l'EHESS, 2021.

LEROY Y., « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société, Éditions juridiques associées*, 2011, vol. 79, no 3, p. 715-732, DOI:10.3917/drs.079.0715.

MARGUENAUD J.-P., Carillon A., « Chronique de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux (2012-2022) », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme, Anthemis*, 2023, vol. 133, no 1, p. 127-170, DOI:10.3917/rtdh.133.0127.

MINCKE C., « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques, Université Saint-Louis - Bruxelles*, 1998, vol. 40, no 1, p. 115-151, DOI:10.3917/riej.040.0115.

ROUSSEAU F., « “La répartition des responsabilités dans l'entreprise” », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Dalloz*, 2010, vol. 4, no 4, p. 804-818, DOI:10.3917/rsc.1004.0804.

TRICOT J., « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Dalloz*, 2012, vol. 1, no 1, p. 19-46, DOI:10.3917/rsc.1201.0019.

UYTTENDAELE M., COENRAETS P., « Les accords de coopération », *Courrier hebdomadaire du CRISP, CRISP*, 1991, vol. 1325, no 20, p. 1-42, DOI:10.3917/cris.1325.0001.

VIGNON-BARRAULT A., « Le fait d'autrui : analyse prospective d'une métamorphose annoncée », *Archives de philosophie du droit, Dalloz*, 2021, vol. 63, no 1, p. 345-367, DOI:10.3917/apd.631.0364.

VIGNON-BARRAULT A., « Le maintien à domicile : les raisons de le favoriser, les outils pour l'appliquer », *RDSS. Revue de droit sanitaire et social, N° 4*, 2019, p. 589.

4- Observation & Lignes directrices Comité des droits des personnes handicapées

OBSERVATION GENERALE N°1 (2014), « article 12, reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité », *Comité des droits des personnes handicapées, Onzième session*, 31 mars – 11 avril 2014

OBSERVATION GENERALE N°2 (2014), « article 9, Accessibilité », *Comité des droits des personnes handicapées, Onzième session*, 31 mars – 11 avril 2014

OBSERVATION GENERALE N°3 (2016), « Observation générale sur les femmes et les filles handicapées », *Comité des droits des personnes handicapées*, 25 novembre 2016

OBSERVATION GENERALE N°4 (2016), « Observation générale sur le droit à l'éducation inclusive », *Comité des droits des personnes handicapées*, 25 novembre 2016

OBSERVATION GENERALE N°5 (2017), « Observation générale sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société », *Comité des droits des personnes handicapées*, 27 octobre 2017

OBSERVATION GENERALE N°6 (2018), « Observation générale sur l'égalité et la non-discrimination », *Comité des droits des personnes handicapées*, 26 avril 2018

OBSERVATION GENERALE N°7 (2018), « Observation générale sur la participation des personnes handicapées, y compris des enfants handicapés, par l'intermédiaire des organisations qui les représentent, à la mise en œuvre de la Convention et au suivi de son application », *Comité des droits des personnes handicapées*, 9 novembre 2018

OBSERVATION GENERALE N°8 (2022), « Observation générale sur le droit des personnes handicapées au travail et à l'emploi », *Comité des droits des personnes handicapées*, 7 octobre 2022

LIGNES DIRECTRICES (2022), « Lignes directrices pour la désinstitutionnalisation, y compris dans les situations d'urgence », *Comité des droits des personnes handicapées*, 10 octobre 2022

5- Les rapports

RAPPORT POUR LES CONSTATS 2023 LE GOUVERNEMENT DE LA FRANCE, « Suivi des réclamations collectives n°13/2002, 81/2012, 92/2013, 114/2015, 33/2006, 39/2006, 51/2008, 63/2010, 64/2011, 67/2011, 119/2015, 38/2006, 57/2009, 68/2011, 101/2013, 118/2015, 154/2017, 130/2016 », 5 janvier 2023, *Charte sociale européenne, 22^{ème} rapport sur la mise en œuvre de la Charte sociale européenne*

RAPPORT POUR LES CONSTATS 2023 LE GOUVERNEMENT DE LA BELGIQUE, « Suivi des réclamations collectives n°62/2010, 75/2011, 98/2013, 109/2014, 124/2016, 141/2017 », 22 décembre 2022, *Charte sociale européenne, 17^{ème} rapport sur la mise en œuvre de la Charte sociale européenne*

RAPPORT PUBLIC 2006, « Sécurité juridique et complexité du droit », 2006, *Études et documents du Conseil d'État*

RAPPORT DE MISSION INTERMINISTERIELLE, « L'évolution de la protection juridique des personnes, Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables », 2018, *Anne Caron Déglise, Avocate générale à la Cour de cassation*

RAPPORT ANNUEL DU DEFENSEUR DES DROITS 2022, « Pour que le droit n'oublie personne – Rapport annuel d'activité 2022 », 17 avril 2023

RAPPORT ZERO SANS SOLUTION, « Le devoir collectif de permettre un parcours de vie sans rupture, pour les personnes en situation de handicap et pour leurs proches », 2014, *Denis Piveteau Conseiller d'État*

RAPPORT ALTERNATIF INITIE ET COORDONNE PAR LE BELGIAN DISABILITY FORUM, « Position des associations et structures d'avis représentant les personnes handicapées », 2014, *1^{er} Rapport, Convention relative aux droits des Personnes handicapées*

RAPPORT ALTERNATIF PRESENTE POUR UNE COALITION D'ORGANISATIONS PAR LE BELGIAN DISABILITY FORUM, « Position des associations et structures d'avis représentant les personnes handicapées », fev.2019, *2^{ème} et 3^{ème} examens de la Belgique, Convention relative*

aux droits des Personnes handicapées

RAPPORT PARALLELE DU CENTRE POUR L'EGALITE DES CHANCES ET LA LUTTE CONTRE E RACISME, « Premier rapport périodique de la Belgique dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », 2014, *1^{er} examen de la Belgique, Convention relative aux droits des Personnes handicapées*

RAPPORT INFORMATION N° 218, « Prise en charge de personnes handicapées dans des établissements situés en dehors du territoire national », 14 décembre 2016, *Claire-Lise CAMPION & Philippe MOUILLER, Commission des affaires sociales*

RAPPORT PARALLELE INDH ET 33.2 CRPD, « Rapport UNIA et MYRIA, Centre fédéral de Migration », décembre 2021, *Comité des droits des personnes handicapées, 2^{ème} et 3^{ème} rapports périodiques de la Belgique*

RAPPORT D'ACTIVITES CEDS, « Rapport d'activités 2022 – Comité européen des droits sociaux », juil. 2023, *Conseil de l'Europe*

6- Jurisprudences

5.1- Juridictions européennes

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71
CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72
CEDH, 6 novembre 1980, *Van Oosterwijck c. Belgique*, n° 7654/76
CEDH, 15 juillet 1982, *Eckle c. Allemagne*, n° 8130/78
CEDH, 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, n° 8695/79
CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97
CEDH, 14 mai 2002, *Zehnalová et Zehnal c. République tchèque (déc.)*, n° 38621/97
CEDH, 8 juillet 2004, *VO c. France*, n° 53924/00
CEDH, 11 avril 2006, *Mólka c. Pologne (déc.)*, n° 56550/00
CEDH, 2 février 2008, *Guja c. Moldova*, n° 14277/04
CEDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldova*, , n° 14277/04
CEDH, 27 mars 2008, *Chtoukatourov c. Russie*, n° 44009/05
CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, n° 36391/02
CEDH, 18 février 2010, *Aleksandr Zaichenko c. Russie*, n° 39660/02
CEDH, 2 mars 2010, *Bouglame c. Belgique*, n° 16147/08
CEDH, 20 mai 2010, *Alajos Kiss c. Hongrie*, n° 38832/06
CEDH, 14 septembre 2010, *Farcaș c. Roumanie (déc.)*, n° 32596/04
CEDH, 21 décembre 2010, *Jasinski c. Lettonie*, n° 45744/08
CEDH, 21 octobre 2011, *Heinisch c. Allemagne*, n° 28274/08
CEDH, 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, n° 36760/06
CEDH, 24 juillet 2012, *Dordevic c. Croatie*, n° 41526/10
CEDH, 18 juin 2013, *Nencheva et autres c. Bulgarie*, n° 48609/06
CEDH, 17 juillet 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, n° 47848/08
CEDH, 21 octobre 2014, *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, n° 16643/09

CEDH, 5 juin 2015, *Lambert c/ France*, n° 46043/14
CEDH, 12 janvier 2016, *Szabo et Vissy c. Hongrie*, n° 37138/14
CEDH, 23 février 2016, *Cam Contre Turquie*, n° 51500/08
CEDH, 24 mai 2016, *I.C c. Roumanie*, n° 36934/08
CEDH, 31 mai 2016, *A.N. c. Lituanie*, n° 17280/08
CEDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et a c. Italie*, n° 26431/12
CEDH, 30 janvier 2018, *Enver Sahin contre Turquie*, n° 23065/12
CEDH, 9 mars 2019, *Navalnyy c. Russie*, n° 43734/14

Cour de justice de l'Union Européenne

CJCE, 12 juillet 1957, *Mlle Dineke Algera, M Giacomo Cicconardi, Mme Simone Couturaud, M Ignazio Genuardi, Mme Félicie Steichen contre Assemblée Commune de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, n° Affaires jointes 7/56, 3/57 à 7/57
CJCE, 25 février 1969, *Johannes Gerhardus Klomp contre Inspektie der Belastingen*, n°. Affaire 23-68
CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, n° Affaire C-11/70,
CJCE, 17 avr. 1997, *EARL de Kerlast*, n° Affaire C-15/95.
CJCE, 6 décembre 2001, *Asian Institute of Technology (AIT) contre Commission des Communautés européennes*, n° C-547/03, point 87
CJCE, 6 décembre 2001, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, n° C-224/00, point 58
CJCE, 11 juillet 2006, *Sonia Chacón Navas contre Eurest Colectividades SA*, n°. Affaire C-13/05
CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, n° Affaires C-335/11 et 337/11
CJUE, 4 juillet 2013, *Commission européenne contre République italienne*, n° Affaire C-312/11
CJUE, 26 mars 2015, *Gérard Fenoll c/centre d'aide par le travail "La Jouvene" et Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales d'Avignon (Apei)*, n° Affaire C-316/13
CJUE, 19 avril 2016, *Dansk Industri (DI) contre Succession Karsten Eigil Rasmussen*, n°. Affaire C-441/14
CJUE, 15 juillet 2021, *Commission européenne contre République d'Estonie*, n° Affaire C-791/19
CJUE, 25 novembre 2021, *IB (Résidence habituelle d'un époux – Divorce)*, n° Affaire C-289/20

5.2-Juridictions judiciaires

Cour du Travail

C. Trav. Liège, 23 mars 1988, *R.D.S.*, 1989, p.216
C. Trav. Liège, 10 juin 1996, 4e ch., R G. no 22.739/94
C. Trav. Anvers, 16 septembre 2004, *Chron. D.S.*, 2005, p.304
C. Trav. Liège, 1er mars 2011, R G. n° 2009/AN/8835
C. Trav. Liège, 12 février 2013, sect. Namur, R G. n° 2012/AN/43
C. Trav. de Bruxelles, 20 février 2018
C. Trav. de Liège, 18 mars 2021, Division Namur,
C. Trav. de Bruxelles, 4 janvier 2022, Cour du travail de Bruxelles.
C. Trav. de Bruxelles, 2 mai 2022, UNIA contre Agence du stationnement de la Région de Bruxelles-Capitale

Cour d'appel

CA Paris, 26 juin 1986, 4^{ème} chambre, 86-003870 Participation ouvrier Nice Matin c/ Mme Chantal, Denise Bonneau dite Chantal Nobel
CA Aix en Provence, 22 octobre 1992
CA Versailles, 5 octobre 1995, ch. spéc. des mineurs, S : JurisData n°1995-046743
CA Orléans, 25 juin 1996, Cie d'Assurances Zurich c / Krezel : JurisData n° 1996-044670, JCP
CA Angers, 2 juillet 1998
CA Paris, 9 juin 2000, 14e ch. B, n° 2000/02202
CA de Saint-Denis de la Réunion, 25 septembre 2009, CT0062, n°08/00304
CA Mons, 28 juin 2011, *E&D*, 2012
CA, Chambre sociale, 26 avril 2016, n° 15/00395
CA Paris 20 mai 2019, n° 19/08858, JCP G 2019, n° 21, p. 1011, obs. F. Vialla
CA de Grenoble, 11 juin 2019, chambre civile 02, n° 14/03023
CA Montpellier, 18 décembre 2019, Chambre sociale — N° d'inscription au répertoire général N°RG 16/00136 – N° Portalis DBVK V B7A M2XX

Cour de cassation

C.cass., 16 juin 1896, S.97,1,17. *Le Droit* du 5 juillet 1896.

C.cass., 26 mai 1904, *Pas.*, 1904, I, p.246, conclusion avocat général JANSSENS

C.cass., 13 février 1930, *Jand'heur*, *Publié au bulletin*

C.cass., 2 décembre 1941, *Franck*, *Publié au bulletin*

C.cass., 24 décembre 1951, *Pas.*, 1952

C.cass., 15 juin 1961, *Pas.*, 1961, I, p.1126

C.cass., 8 avril 1965, *Pas.*, 1965, I

C.cass., 23 septembre 1971, *Pas.*, 1972, p.80

C.cass., 5 novembre 1981, *Pas.*, 1982, I

C.cass., 18 novembre 1981, R. G.A.R., 1982, n° 10.400

C.cass., 26 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p.241, R.C.J.B., 1992, p.216, note C. DALCQ

C.cass., 24 janvier 1991, arrêt n° F-19910124-12 (8802)

C.cass., 28 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I,

C.cass., 19 juin 1997, *ASBL Les Stations de Plein Air*, Arrêt n° F-19970619-8 (C.96.0254.F)

C.cass., 27 janvier 1998, *Pas.*, 1998, p.137

C.cass., 20 mars 2003, *R.C.J.B.*, 2006, p.9

C.cass., 22 mars 2004, *Pas.*, 2004, p.487

C.cass., 21 février 2006, Service Public Fédéral Justice,

C.cass., 13 septembre 2012, *Pas.*, 2012, liv.9, p.1647

C.cass., 21 mars 2013, *Pas.*, 2013, p.744

C.cass., 11 mars 2014, P.12.0946.N

C.cass., 15 décembre 2014, S.14.0011

C.cass., 18 mai 2015, S.14.0042

C.cass., 16 septembre 2015, R. G. n° P 15.0838 F

C.cass., 11 janvier 2016, *R.G.A.R.*, liv.7, n°15310

C.cass., 2016, *R.G.C.*, C.150.521.F

C.cass., 5 mars 2018, S.16.0033.F

C.cass., 17 janvier 2020, Service Public Fédéral Justice

Cour de cassation Chambre criminelle

C.cass.crim., 28 juin 1902, Bull.crim., n° 237, p 425
C.cass.crim., 20 juillet 1931 : DH 1931, p.493
C.cass. crim., 16 décembre 1948, Bulletin criminel n°291
C.cass. crim., 28 février 1956 (JCP 1956 II 9304 note de Lestang, D.1956 391)
C.cass. crim., 27 novembre 1963, n°62-92.577
C.cass.crim., 13 novembre 1968, n° 68-92.659, Bull.crim., n° 297 p 717
C.cass.crim., 13 janvier 1972, n° 70-90.649 : Bull.crim, n°23
C.cass. crim., 13 janvier 1972, n° 70-90.649
C.cass. crim., 8 février 1983 – n° 82-92.364
C.cass.crim., 12 janvier 1988, n° 85-95950
C.cass.crim., 6 juin1989, n° 88-82.266
C.cass.crim., 26 juin1990, n°89-81.022,
C.cass.crim., 14 février 1991 , n° 90-80.122
C.cass.crim., 11 juin 1991, n°89-20.653 D
C.cass.crim., 25 juillet 1991, n°90-85.362
C.cass.crim., 11 mars 1993, n° 90-84.931
C.cass.crim., 28 février 1995, n° 94-82.577
C.cass. crim., 20 mars 1995, Bulletin criminel n°114
C.cass.crim., 30 octobre 1996 , n°94-83.650
C.cass.crim., 11 décembre 1996, n° 95-85.341 D
C.cass.crim., 28-01-1997, n° 95-85.895
C.cass. crim., 25 mars 1997, n° 96-82.163
C.cass. crim., 26 mars 1997, *Foyer Notre-Dame des Flots*, n° 35-83.958
C.cass.crim., 17 juin 1997, n° 95-83.010, Bull Crim. N° 237
C.cass.crim., 17 juin 1997, n°95-83.010 PF
C.cass.crim., 14 octobre 1997, n°96-83196
C.cass. crim., 18 avril 2000, 99-85.183
C.cass. crim., 15 juin 2000, n° 99-85.240
C.cass.crim., 21 novembre 2000, n° 98-45.420
C.cass. crim., du 4 septembre 2001, 00-85.329, Publié au bulletin. Consulté le 30 avril 2022
C.cass.crim., 20 mai 2003, n° 02-84307
C.cass.crim., 20 mai 2003, n° 02-84.307 F-PF

C.cass. crim., 7 avril 2004, n°03-86.203
C.cass.crim., 25 mai 2004, n°03-84.734
C.cass.crim., 23-11-2004, n° 04-81.601 F-PF
C.cass.crim., 17-01-2006, n°05-81.254
C.cass. crim., 28 mars 2006, n°05-82.975
C.cass.crim., 14 novembre 2006, n° 05-83.367 FD
C.cass.crim., 12-12-2006, n° 05-87.125 F-D
C.cass.crim., 8 avril 2008, n°07-80.535
C.cass.crim., 2 septembre 2008, n° 08-80.408
C.cass.crim., 12 mai 2009, n° 08-82.187
C.cass. crim., 1 septembre 2010, n°09-87.331
C.cass. crim., 4 octobre 2011, n° 11-81.699
C.cass.crim., 14 février 2012, n° 11-82.220
C.cass. crim., 11 décembre 2012, n°11-87.421
C.cass.crim., 25 juin 2013, n° 11-88037
C.cass. crim., 27 mai 2014, n°13-82.148
C.cass. crim., 17 mars 2015, n°14-80.013

Cour de cassation Chambre sociale

C.cass. soc., 1^{er} février 2023, n°21-24.271
C.cass. soc., 6 février 2013, n°11-14.424
C.cass. soc., 6 février 2013, n° 11-14.24
C.cass. soc., 29 mai 2013, 11-22.376, n° 11-22.376
C.cass. soc., 16 décembre 2015, n° 11-22.376
C.cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557
C.cass.soc., 30 janvier 2019, n°17-28.905
C.cass. soc. ,14 décembre 2022, n° 21-15.439

Cour de cassation Chambre civile

C.cass. civ, 4 mai 1937, Bull.civ, N.95 P.204
C.cass. civ. 2^e, 15 févr. 1956, *D.* 1956.410
C.cass. civ. 2^e, 24 nov. 1976, *D.* 1977.595.

C.cass. civ. 2^e., 7 déc. 1983 : JCP 1984, IV, n° 55.

C.cass., civ. 2^e, 22 Mai 1995 - n° 92-21.871

C.cass. civ. 1^{re}, 21 octobre 1997, *Dame Madelaine c/ SA Hôtellerie du troisième âge*, n° 95-18462

C.cass. civ.2, 25 février 1998, n° 95- 20419.

C.cass. civ. 2^ebre, 1 avril 1998, 96-17.903

C.cass. civ., 6 juin 2002, n°00-12.014

C.cass. civ. 2^{ème}, 12 déc. 2002, n° 00-13.553, Sté Axa

C.cass. civ.1^{ère} chambre, 30 janvier 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n°13845

C.cass. civ. 3e, 19 mai 2004, *Association Résidences de l'étang de Broda*, n° 03-11360

C.cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2005, n°03-19.706 ; n°947 FS- P+B

C.cass. civ. 2^{ème}, 17 mars 2011, n°10-14.468, n° 569 FS-P+B

C.cass. civ. 2^{ème}, 6 février 2014, n° 13-10.889

C.cass. civ., 16 décembre 2015, n° 11-22.376

C.cass. civ 1^{re} , 27 nov. 2019, n° 18-21.191

Cour de cassation Assemblée plénière

C.cass. Ass. Pl., 10 juin 1977, 75-93.163, *Publié au bulletin*

C.cass. Ass. Pl., 17 juin 1983, n° 82-91.632, *Grands arrêts n°141*.

C.cass. Ass. Pl., 15 novembre 1985, n° 84-12.601

C.cass. Ass. Pl., 19 mai 1988, n° 87-82.654

C.cass. Ass. Pl, *Blieck*, 29 mars 1991, n° 89-15.231, *Publié au bulletin*

C.cass. Ass. Pl., 25 février 2000, n° 97-17.378, n° 97-20.152, *Costedoat, Publié au bulletin*

C.cass. Ass. Pl., 14 décembre 2001, n° 00-82.066, *Cousin, Publié au bulletin*

C.cass.Ass.Pl., 28 juin 2019, n° 19-17.330, n° 19-17.342, *Publié au bulletin*

5.3-Juridictions administratives

Tribunal administratif

TA Versailles, 3 novembre 2003, *Kepeklian c/ Ministre de l'éducation nationale*, req. n° 0104490 : *AJDA* 2004. 937, note S. Deliancourt

TA Clermont-Ferrand, 14 juin 2006, *Charasse*, req. n° 0500025 : *AJFP* 2006. 268, concl. M.-M. Chappuis ; *D.* 2006. 900, note E. Senna et O. Sautel

Cour administrative d'appel

CAA de Nantes, 18 mai 2007, 3ème Chambre, 06NT00419, recueil Lebon

CAA de Bordeaux, 09 mars 2010, 2ème chambre (formation à 3), 09BX01402, recueil Lebon

CAA de Nancy, 30 mai 2011, 4ème chambre - formation à 3, 10NC01016, recueil Lebon

Conseil d'État

CE, 21 juin 1895, *Cames*

CE, 3 février 1956, *Thouzellier*, *D.* 1956, 596 note Auby

CE, 13 juillet 1967, *Département de la Moselle*

CE, 2 décembre 1981, *Theys*, 25861, publié au recueil Lebon

CE, 26 juillet 1982, *Ministre des transports c/ Stephan*, Lebon 314

CE, 13 mai 1987, 5 et 3 sous sections réunies –*Dame Piollet* ; n° 49199

CE, 11 juillet 2001, *Assemblée, Ministre de la Défense c. Préaud*, du 219312, recueil Lebon

CE, 26 février 2003, *Syndicat national des praticiens hospitaliers anesthésistes réanimateurs*, 9ème et 10ème sous-sections réunies, du 223899, recueil Lebon

CE, 30 avril 2004, *Monnier, Lebon T.*, p.572, 712 et 733, *AJDA* 2004, p.1718

CE, 14 novembre 2008, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 311312, n° 311312

CE, 8 avril 2009, *Laruelle, AJDA* 2009, *conclusions de M. Keller, Rapporteur public* p. 1262

CE, 16 mai 2011, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 318501, recueil Lebon

CE, 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL n°322326*, recueil Lebon

CE, 29 octobre 2013, *SSR, MAB c. Conseil supérieur de la Magistrature*, requête n° 346569.

CE, 14 janvier 2014, (15ème chambre), Arrêt n°226.053

CE, 25 avril 2014, (15ème chambre), Arrêt n°227.179

CE, 24 février 2016, pourvoi n° 15-10.288, N.P.2016, S.A.S, *Luxia. Civ. 1*, 24 févr. 2016, pourvoi n° 15-10.288, N.P. 2016, (Rejet)

CE, 31 mars 2017, Juge des référés, 409026, recueil Lebon

CE, 05 juillet 2017, 7ème - 2ème chambres réunies, 399977, No. 399977 (Conseil d'État 5 juillet 2017)

CE, 2 mai 2018, Section de législation, Avis 63.282/4, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon

CE, 24 juin 2014, n° 375081. CE, ord. 24 avr. 2019, n° 428117, dans le cadre d'une procédure de référé-liberté

CE, 12 juin 2020, Section, 418142, recueil Lebon

CE, 3 mars 2021, Juge des référés, Ordonnance du n° 449759, recueil Lebon

CE, 11 mars 2022, Réf., *ASBL Etoile Filante c/ Ministre des solidarités et de la santé*, n° 461752

CE, 11 mars 2022, Juge des référés, 461752, Inédit au recueil Lebon, recueil Lebon

CE, 2 septembre 2022, n° 71.880/1/V

7- Arrêtés, Décrets, Lois, Ordonnances

1. Arrêté du 26 février 2022 prescrivant des mesures nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.
2. Arrêté du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales.
3. Décret n° 2010-356 du 1er avril 2010 portant publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées (ensemble un protocole facultatif), signée à New York le 30 mars 2007 (1).
4. Décret n° 2004-1274 du 26 novembre 2004 relatif au contrat de séjour ou document individuel de prise en charge prévu par l'article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles, 2004-1274, 26 novembre 2004.
5. Décret n° 2006-122 du 6 février 2006 relatif au contenu du projet d'établissement ou de service social ou médico-social en matière de soins palliatifs, 2006-122, 6 février 2006.
6. Décret n° 2006-1752 du 23 décembre 2006 relatif au contrat de soutien et d'aide par le travail et aux ressources des travailleurs des établissements ou services d'aide par le travail, 2006-1752, 23 décembre 2006.
7. Décret n° 2009-322 du 20 mars 2009 relatif aux obligations des établissements et services accueillant ou accompagnant des personnes handicapées adultes n'ayant pu acquérir un minimum d'autonomie, 2009-322, 20 mars 2009.
8. Décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits, 2011-904, 29 juillet 2011.
9. Décret n° 2012-213 du 15 février 2012 modifiant le décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits, 2012-213, 15 février 2012.

10. Décret no 2014-1368 du 14 novembre 2014 relatif au renouvellement des autorisations des établissements et services sociaux et médico-sociaux, *2014-1368*, 14 novembre 2014.
11. 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, *2016-1743*, 15 décembre 2016.
12. Décret n° 2017-982 du 9 mai 2017 relatif à la nomenclature des établissements et services sociaux et médico-sociaux accompagnant des personnes handicapées ou malades chroniques, *2017-982*, 9 mai 2017.
13. Décret n° 2022-335 du 9 mars 2022 relatif aux services d'inspection générale ou de contrôle et aux emplois au sein de ces services - JORF n°0058 du 10 mars 2022, *2022-335*, 9 mars 2022.
14. Décret n° 2022-688 du 25 avril 2022 portant modification du conseil de la vie sociale et autres formes de participation, *2022-688*, 25 avril 2022.
15. Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat.
16. Loi 303 du 2 décembre 2000 Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.
17. Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République (1).
18. Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.
19. Loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés (1).

20. Loi n° 96-1076 du 11 décembre 1996 modifiant la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales et tendant à assurer une prise en charge adaptée de l'autisme (1).
21. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (1).
22. Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (1).
23. Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (1).
24. Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1).
25. Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal (1).
26. Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.
27. Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (1).
28. Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes (1).
29. Loi organique n° 2022-400 du 21 mars 2022 visant à renforcer le rôle du Défenseur des droits en matière de signalement d'alerte (1).
30. Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 Portant réforme du droit des incapables majeurs, 68-5, 3 janvier 1968.
31. Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, 2002-2, 2 janvier 2002.

32. Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *2002-73*, 17 janvier 2002.
33. Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (1), *2005-102*, 11 février 2005.
34. Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie (1), *2005-370*, 22 avril 2005.
35. Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *2005-843*, 26 juillet 2005.
36. Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1), *2007-308*, 5 mars 2007.
37. Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (1), *2008-496*, 27 mai 2008.
38. Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (1), *2008-496*, 27 mai 2008.
39. Loi n° 2008-737 du 28 juillet 2008 autorisant la ratification de la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (1), *2008-737*, 28 juillet 2008.
40. Loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées (1), *2009-1791*, 31 décembre 2009.
41. Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (1), *2011-334*, 29 mars 2011.

42. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (1), *2014-344*, 17 mars 2014.
43. 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 (1), *2016-1691*, 9 décembre 2016.
44. Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (1), *2017-55*, 20 janvier 2017.
45. Loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018 (1), *2017-1836*, 30 décembre 2017.
46. Loi n° 2018-32 du 22 janvier 2018 de programmation des finances publiques pour les années 2018 à 2022 (1) JORF n°0018 du 23 janvier 2018, JORF n°0018 du 23 janvier 2018., *2018-32*, 22 janvier 2018.
47. Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (1), *2018-1021*, 23 novembre 2018.
48. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (1), *2019-222*, 23 mars 2019.
49. Loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants (1), *2022-140*, 7 février 2022.
50. Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), *2022-401*, 21 mars 2022.
51. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
52. Ordonnance n°45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique.

Index

A

Abus sexuels	92
Accessibilité 39, 40, 51, 55, 168, 199, 300, 312, 314, 315, 328, 333, 334, 337, 338, 343, 344, 347, 349, 352, 355, 363, 368, 369, 375, 392, 393, 399, 586, 593, 595, 625, 631, 632, 633, 634, 646, 647, 648, 650, 711, 723, 724, 725, 726, 727, 728	
Accord du 21 décembre 2011	182, 186, 234
Accord-cadre	34, 186, 187, 232, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 242, 243, 245, 247, 248, 249, 250
Accords de coopération	677
Accueils temporaires	144
Acculturation 9, 13, 18, 42, 43, 49, 53, 55, 57, 58, 109, 137, 228, 306, 307, 319, 324, 359, 361, 388, 397, 403, 404, 405, 408, 413, 426, 471, 494, 509, 539, 596, 638, 640	
Acronymes	215, 225, 226, 596
Ad'Ap	631
Adaptations	17
Afresheb	194
Altérité	25, 38, 39, 68, 108, 160, 327, 341, 601
Amélie Loquet	244, 620
Aménagement raisonnable	294, 295, 301, 312, 313, 314, 315, 324, 328, 349, 363, 364, 365, 367, 368
Anesm	4, 86, 107, 128
Apf	36, 580, 639
Arrangement administratif	238, 239, 242, 248
Article 22ter 14, 19, 49, 50, 51, 52, 57, 168, 188, 204, 207, 208, 235, 237, 238, 239, 248, 249, 262, 263, 265, 273, 275, 282, 283, 289, 290, 292, 293, 302, 312, 329, 380, 381, 383, 384, 385, 386, 388, 389, 445, 572, 577, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 591, 594, 670, 690	
Asphyxie	12, 391, 471, 567, 659
Assentiment	282, 285, 286, 342, 381, 469
Assurance	103, 122, 136, 239, 241, 246, 249, 387, 412, 416, 420, 425, 432, 436, 438, 449, 508, 519, 625
Asymétrique	119, 123, 164, 165, 166, 171, 249, 676
Austérité budgétaire	16
Autarcie	268
Autisme	138, 579, 580, 581, 584, 590, 591
Autonomie 5, 9, 15, 21, 40, 44, 46, 47, 50, 54, 55, 68, 75, 82, 88, 97, 98, 123, 126, 128, 135, 136, 137, 139, 143, 159, 163, 165, 166, 179, 187, 199, 211, 212, 220, 240, 246, 274, 300, 312, 315, 316, 318, 319, 328, 334, 336,	

338, 351, 352, 363, 366, 375, 376, 377, 380, 381, 382, 384, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 399, 429, 433, 435, 548, 549, 561, 581, 592, 593, 623, 626, 627, 631, 633, 649, 650, 663, 667, 690	
Autorisation de Prise en Charge	239
Avis conforme	111
Avis simple	111
B	
Bannis de la République	245, 601
Belgium Disability Forum	51, 329
Bilatéral	243, 284
Blatman	14
Bloch M.	25
C	
Caisse nationale pour la solidarité et l'autonomie	48
Capacité 55, 119, 121, 146, 148, 150, 151, 159, 165, 177, 217, 220, 223, 224, 245, 246, 248, 257, 272, 273, 275, 295, 303, 304, 344, 391, 409, 468, 580, 612, 619, 664	
CARBONNIER J. 10, 12, 20, 23, 24, 26, 29, 32, 35, 46, 56, 63, 195, 282, 371, 372, 390, 404, 424, 655, 658, 662	
CEDH	226, 227, 228, 365, 366, 367, 368, 487
CEDS 53, 576, 577, 578, 579, 581, 584, 585, 588, 589, 615, 616, 617, 618, 620, 633, 634, 636, 637, 638, 640, 641, 649	
Centralisation	662
Centre communal d'action sociale	145
Centrifuge	164, 165, 166, 171
Cfhe	332, 333
Charte des droits et libertés	84
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne 199, 200, 201, 202, 205, 208, 210, 213, 214, 220, 274, 377, 381, 382	
Charte éthique	85
Charte internationale des droits de l'homme	278
Charte sociale européenne 36, 98, 215, 351, 352, 366, 367, 368, 377, 573, 574, 576, 577, 581, 590, 613, 614, 615, 616, 617, 619, 622, 624, 631, 637, 641, 667	
Cinquième République	23, 30, 195, 237, 282, 289, 371, 658
Cluzel	7, 197, 610
Co délégation	538
Code civil belge	31, 493, 495, 498, 502, 503, 505, 506, 509
Code réglementaire wallon de l'Action sociale et de la Santé	177
co-délégation	538
Comité Consultatif National d'Ethique	91

Comité des droits	53, 307, 352, 353, 389, 390, 426, 446, 571, 664
Comité social et économique	141
Commission européenne	199, 202, 206, 338, 364, 642
Commission nationale consultative des droits de l'homme	4, 641, 648
Compétence universelle	29, 30, 655
Conception universelle	276
Conférence nationale du handicap	4, 593, 641, 643, 645
Congrégations religieuses	181, 234
Conseil Constitutionnel	284, 372, 388, 425
Conseil d'Etat 8, 16, 17, 26, 51, 99, 118, 119, 138, 139, 141, 145, 175, 180, 182, 183, 185, 195, 201, 244, 293, 313, 356, 373, 376, 427, 428, 430, 431, 502, 606, 655	
Conseil de l'Europe 20, 35, 53, 54, 55, 58, 60, 123, 190, 214, 215, 217, 218, 223, 226, 227, 228, 250, 351, 353, 442, 443, 468, 469, 470, 472, 475, 488, 572, 573, 574, 575, 576, 578, 579, 580, 591, 600, 611, 613, 615, 616, 617, 620, 621, 635, 638, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 649, 666	
Conseil de la vie sociale	105
Consociationaliste	164, 168
Convention de la Haye	231, 252, 254, 255, 256, 260, 264
Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme	572
Coopération :	31
Cour constitutionnelle belge	52, 162, 163, 292, 293, 389, 501
Cour de justice de l'Union européenne	4, 35, 207, 208, 209, 210, 213, 214, 363, 364, 365, 670
Cour de justice de la Communauté européenne	201, 206
Cour européenne des droits de l'homme 4, 35, 214, 216, 219, 220, 221, 356, 366, 487, 582, 583, 587, 606, 638, 681	
Cour internationale de justice	202
Covid	71
D	
Décentralisation	32, 157, 166
Décision institutive	109
Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen	217
Déclaration universelle des droits de l'homme	5, 97, 214, 217, 224, 392, 438
Déclaratoire	382, 637, 667
Défenseur des droits 13, 14, 43, 98, 149, 274, 289, 292, 298, 299, 300, 301, 302, 304, 305, 306, 323, 331, 340, 341, 347, 348, 349, 352, 369, 370, 372, 377, 483, 489, 604, 630, 631, 663, 690, 692, 693	
Déléphants	539, 553
Déléataire	448, 454, 513, 533, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 553, 554, 555, 557, 559
Dépendance	9, 128, 135, 143, 178, 318, 356, 468, 470, 484, 512

Désinstitutionnalisation	294, 361, 389, 390, 393
Dignité	261
Directive 151, 152, 184, 185, 204, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 295, 313, 314, 338, 346, 350, 363, 364, 365, 376, 478, 481, 485, 486, 549, 562	
Directive Bolkestein	185
Discrimination 88, 199, 204, 207, 220, 280, 291, 293, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 302, 311, 312, 313, 314, 323, 328, 339, 340, 342, 343, 345, 346, 347, 350, 354, 363, 365, 368, 376, 381, 390, 582, 585, 591, 594, 617, 632, 647	
Document individuel de prise en charge	5, 73, 105, 132, 135, 144, 145, 146, 147, 690
Document unique	540, 543
Droit bureaucratique	24
Droit constitutionnel belge	19, 49, 385
Droit dérivé	364
Droit dogmatique	10
Droits venus d'ailleurs	20, 35, 36, 56, 63, 268, 275, 282, 662
Dysfonctionnement	10, 17, 219, 247, 470, 474, 475, 486
E	
Effectif	11, 656
Effectivité 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 26, 52, 56, 57, 58, 59, 60, 66, 68, 106, 113, 114, 118, 124, 149, 157, 164, 167, 168, 171, 190, 192, 194, 268, 300, 306, 312, 332, 350, 355, 356, 388, 389, 500, 537, 565, 571, 572, 574, 580, 586, 589, 595, 601, 610, 616, 626, 628, 630, 631, 632, 638, 641, 642, 646, 647, 651, 657, 658, 660, 666, 667	
Effet cliquet	51, 386
Effet direct	14, 43, 212, 213, 301, 306, 362, 363, 368, 370, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 388
Efficacité	11, 112, 290, 539, 657
Effcience	9, 11, 55, 539, 657
Erich	251
Esat	5, 68, 114, 200, 208, 209, 210, 211, 225, 397, 430, 497, 560, 561, 562, 563
Etablissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes	141
Etat fédéral	31, 57, 159, 163, 164, 165, 166, 284, 285, 327, 501, 662
Evénements indésirables graves	124, 475
Exils de population handicapée	233
Exposition médiatique	17, 667
F	
Facile à lire et à comprendre	137
Fédération	32, 54
Fnath	36

Force contraignante	36, 122, 357, 637
Forum européen des personnes handicapées	5, 350, 351, 352, 612, 614, 616, 622, 630
Frais de séjour	246, 247

G

Gendarme du monde	29
Glasnost	472, 572, 667
Groupe d'expression	107

H

Halde	290
Harcèlement	220, 222, 417
Haut-commissariat aux droits de l'homme	40
Haute Autorité de Santé	5, 86, 103, 104, 128, 196, 468
Hétéronomie	9

I

Impératif	185, 275
Imprescriptibilité	30
In foro interno, in foro externo	282, 284
Incapacité	272, 275, 278, 305, 337
Inclusion 9, 15, 18, 19, 21, 44, 45, 49, 50, 51, 52, 55, 57, 58, 59, 60, 107, 129, 131, 143, 149, 168, 188, 190, 196, 198, 252, 292, 293, 294, 300, 305, 306, 307, 312, 315, 316, 317, 318, 319, 325, 328, 329, 338, 350, 352, 363, 376, 377, 379, 382, 383, 386, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 407, 572, 578, 586, 592, 594, 596, 601, 612, 623, 629, 631, 632, 633, 642, 651, 663, 664, 667, 711	
Inclusion Europe	36, 55, 350, 351, 352, 612, 614, 616, 622, 630
Ineffectivité	12, 16, 114, 668
Inflation du droit	26
Instruction administrative	241
Interaction	275, 305, 319, 595
Interventions tierces	629, 634
Intimité	82, 87, 89, 90, 91, 135, 137, 469

J

Jean-Jacques Rousseau	93
Jurisprudence 89, 94, 97, 110, 134, 139, 145, 201, 202, 203, 205, 206, 208, 209, 214, 216, 217, 219, 220, 222, 224, 229, 295, 356, 362, 365, 366, 367, 368, 373, 374, 386, 388, 408, 409, 410, 411, 412, 415, 416, 417, 418, 420, 422, 424, 426, 427, 428, 430, 435, 439, 440, 445, 448, 449, 450, 452, 453, 454, 455, 468, 487, 490, 491, 492, 493, 495, 496, 497, 498, 499, 503, 504, 505, 506, 508, 513, 514, 515, 516, 520, 521, 522, 523, 524, 525,	

526, 533, 534, 536, 537, 538, 539, 543, 544, 545, 548, 549, 550, 554, 555, 556, 557, 562, 564, 566, 589, 605, 620, 673, 677

L

La Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne	198, 199
Lanceur d'alerte	481, 485, 488, 491
Leitmotiv	26, 101, 655, 666
Loi Elan	632

M

Maisons pirates	172, 181, 659
Maltraitance 7, 72, 86, 87, 118, 120, 122, 123, 124, 125, 132, 140, 141, 180, 181, 182, 183, 187, 189, 247, 437, 439, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 483, 484, 485, 486, 487, 489, 673	
Mandat	50, 109, 148, 149, 150, 534, 535, 648, 663
Marge d'appréciation étendue	217
Médiation	121
Médiatisation	17, 244, 605, 610
Mintzberg	531
Modification unilatérale	243
Moniteur belge	29, 161, 162, 167, 190, 248, 328, 380, 381, 383, 501, 502, 670
Moratoire	47, 194, 245, 246, 247, 580, 581

N

Neufvilles Accords	33, 186, 234, 236, 250
Non-conformité	577
Nothing About Us Without Us	276
Nous aussi	276

O

Observation générale	303, 315, 318, 391, 394, 395
OING	585, 613, 616, 617, 621, 635, 667
Oisiveté	272, 273
Organisation des Nations Unies	6, 15, 36, 278, 309, 662
Organisation fédérale	157, 324, 385, 389
Organisation Mondiale des Personnes Handicapées	275

P

Pacta sunt servanda	371
Paneuropéen	572

Paradigme	13, 14, 19, 20, 38, 40, 53, 56, 58, 76, 148, 183, 198, 219, 305, 319, 329, 340, 382, 394, 405, 406, 408, 424, 631, 650, 661
Personnalité juridique	170, 173, 199, 289, 303, 355, 374, 440, 442
Personne de confiance	74, 105
Personne qualifiée	79
Piveteau	240, 606, 633
Plaidoyer	58, 60, 296, 571, 576, 598, 601, 603, 614, 615, 621, 623, 636, 638, 639, 642, 666
Prétorien	215, 506
Principes de Paris	290, 648
Principes généraux du droit	202, 203, 204, 226, 284, 440
Profondeur historique	272
Programme d'action de Vienne	277
Projet de vie	102
Projet individualisé d'accompagnement	147
Projet personnalisé	102, 103
Protocoles additionnels	218, 573
Q	
Quatrième République	24, 371, 404
Question préjudicielle	204, 206, 207, 208, 258, 293, 389, 562
R	
Rapport français	330, 331
Rapports belges	323, 325
Ratification	43, 218, 225, 254, 255, 256, 257, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 309, 323, 325, 340, 353, 358, 363, 366, 372, 580, 662, 693
Réadaptation	273, 428
Recevabilité	219, 467, 577, 578, 581, 591, 594, 617, 635
Réciprocité	35, 46, 283, 284, 372, 647
Réclamations collectives	53, 573, 576, 580, 588, 589, 590, 636, 647, 666
Recommandation	99, 103, 137, 223, 250, 340, 351, 442, 443, 484, 578, 617, 641, 644
Recours judiciaires	16
Réformes	53, 158, 159, 160, 163, 164, 165, 168, 169, 171, 261, 333, 389, 499, 662, 666
Réformes constitutionnelles	159, 164, 168, 171, 662
Régime APC	187
Registre national	22
Règlement intérieur	111
Règles de compétences	264
Répressif	275, 528

Républiques sœurs	232
Résidence habituelle.....	257, 258, 259, 260, 262, 263
Résolution	111, 277, 278, 343, 488, 578, 595, 615, 617, 641
<i>Respect de la vie privée</i>.....	89
Rhétorique 9, 20, 53, 57, 58, 101, 129, 130, 131, 188, 288, 310, 325, 327, 330, 335, 390, 394, 468, 489, 532, 533, 537, 543, 546, 571, 578, 590, 619, 621, 623, 642, 667	
S	
Secret professionnel	100
SERAFIN-PH	47, 627
SHNA	175
Signalement	124, 125, 135, 186, 297, 343, 472, 474, 475, 477, 478, 485, 487, 488, 690, 692
Situations handicapantes	18
Société handicapante.....	276
Soft law.....	353
Souveraineté	201, 284, 391
Standstill	51
Subdélégation	426, 536, 555
T	
Thomas Hobbes	93
Traité d'Amsterdam	199
Traité de Lisbonne	199, 205, 226, 229
Traité de Nice	199
Traité mixte	285
Traité sur l'Union européenne.....	199
Troubles du spectre autistique.....	241
Troubles envahissants du développement.....	241
U	
Unafam.....	36, 580, 640
Unapei	36, 54, 85, 317, 570, 571, 580, 601, 607, 639, 640
Unesco	6, 13, 362, 368, 393
Unia	290, 291, 292, 294, 298, 389, 578
Unité du forum et du jus.....	256
V	
Valeur constitutionnelle.....	98, 284, 292
Vision impérative	10, 21, 194, 581

Vulnérabilité..... 4, 92, 95, 123, 149, 222, 255, 256, 261, 302, 470, 483, 673, 675

W

Wallonie12, 15, 21, 32, 34, 44, 46, 158, 163, 166, 169, 171, 174, 182, 183, 186, 188, 190, 232, 233, 234, 235, 236,
238, 239, 240, 242, 243, 245, 246, 248, 249, 251, 252, 253, 257, 260, 284, 296, 297, 298, 328, 330, 344, 579,
580, 601, 603, 610, 612, 623, 632, 659, 665

Z

Zéro sans solution.....240, 243, 433, 606, 609

Table des matières

PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS	5
INTRODUCTION.....	8
PARTIE 1 : L'EFFECTIVITE ENTENDUE DANS UNE VISEE DESCENDANTE DE DIFFUSION DU DROIT	63
TITRE 1 : UNE CONGRUENCE DES OBJECTIFS ENTRE DROITS NATIONAUX ET INTERNATIONAUX	65
<i>Chapitre 1 : L'effectivité des droits à l'aune des textes nationaux</i>	67
Section 1 : L'effectivité à l'aune des normes françaises	69
I. Stabilité du cadre juridique et environnement mouvant pour les établissements.....	70
II. Les normes françaises entendues au sens d'outils statiques	75
A. La désignation d'une personne de confiance, un choix personnel	75
B. La personne qualifiée, une voie de médiation pour la défense des droits	80
C. Les droits et libertés regroupés autour d'une charte.....	85
III. Les normes françaises entendues au sens d'outils dynamiques	106
A. Un conseil pour une participation de tous les acteurs	106
B. Le livret d'accueil	119
C. Le projet d'établissement, outil de définition des actions futures	127
D. Le règlement de fonctionnement et l'encadrement de la vie en collectivité	133
E. La vie des relations contractuelles en établissement	144
Section 2 : L'effectivité à l'aune des normes belges	158
I. Les multiples réformes de fédéralisation de l'État belge.....	159
A. 50 ans de réformes constitutionnelles	160
B. Des revendications linguistiques comme point de départ de la réforme de 1970	162
C. Une deuxième réforme et une volonté d'autonomie culturelle et économique en 1980	164
D. Depuis 1980, la recherche permanente de la bonne formule pour la Belgique	164
II. L'organisation des établissements médico-sociaux en lien avec la Région Wallonne	170
A. La quatrième réforme de l'État et le transfert des compétences à la Région	170
B. La philosophie d'organisation des établissements médico-sociaux en Wallonie	172
C. « Maisons pirates », des structures d'hébergement non agréées en Wallonie	173
D. Des réponses aux besoins belges sans véritable cadre légal.....	173
E. L'arrêté du 18 juillet 2019 du gouvernement Wallon	176
F. Une réglementation nouvelle, mais des questionnements.....	178
III. Un texte pour les établissements recevant des personnes handicapées étrangères	179
A. Les consultations préalables du Conseil d'État belge.....	181
B. L'arrêté wallon et son cadre juridique	187
<i>Chapitre 2 : L'effectivité des droits à l'aune des textes européens</i>	193
Section 1 : Les droits fondamentaux et les droits de l'homme à l'aune des textes européens.....	195
I. La Charte européenne des droits fondamentaux de l'union européenne	200

A.	Le cheminement vers la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	201
B.	La valeur initiale de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	202
C.	Evolution vers une prise en compte de la valeur normative	203
D.	La Cour de justice de l'Union européenne et l'importance de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	207
E.	Le statut du travailleur en ESAT et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	209
F.	Invocabilité entre particuliers de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	213
II.	La Convention européenne des droits de l'homme	214
A.	Un travail prétorien qui promeut la respiration du texte	216
B.	La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant	218
C.	Les personnes handicapées et la Convention européenne des droits de l'homme	220
D.	L'applicabilité directe de la Convention par les particuliers	225
E.	La défense des droits loin des acronymes	226
	Section 2 : La protection des personnes handicapées	232
I.	France et Belgique, un accord-cadre pour l'accueil des français en Wallonie	233
A.	Les bases de l'accord du 21 décembre 2011- Neufvilles (Wallonie)	235
B.	La signature et le contenu de l'accord-cadre franco-belge	238
C.	Au-delà de l'accord-cadre, les limites des départs non souhaités	240
D.	La modification unilatérale d'une convention bilatérale	244
E.	Un accord-cadre pour davantage de droits, « Non, peut-être » ?	248
II.	La protection internationale des adultes, la place de la Convention de la Haye	253
A.	Les origines conventionnelles de la protection des personnes handicapées	256
B.	La règle conventionnelle, le principe de l'unité du forum et du jus	257
C.	Application matérielle de la Convention de la Haye	261
D.	Application spatiale, une compétence concurrente subsidiaire	263
E.	Mise en œuvre des règles de compétence	265
	TITRE 2 : LES « DROITS VENUS D'AILLEURS », SOFT LAW ONUSIENS DE PROTECTION DES PERSONNES	
	HANDICAPEES.	269
	<i>Chapitre 1 : Le handicap, une question de droits de l'homme traitée par l'Organisation des Nations</i>	
	<i>Unies</i>	271
	Section 1 : Le travail préparatoire indispensable	273
I.	Un long combat préalable à la Convention relative aux droits des personnes handicapées	276
A.	Des règles universelles à l'appui d'une première convention	277
B.	La Convention relative aux droits des personnes handicapées et l'ensemble des éléments de la Charte internationale des droits humains :	279
II.	La ratification de la Convention relative aux droits des personnes handicapées :	282
A.	La ratification française de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, un pilotage des pouvoirs exécutif et législatif	283
B.	En Belgique, la prédominance de l'adage « in foro interno, in foro externo » :	285
	Section 2 : Les mécanismes de protection des personnes handicapées.	288
I.	Une protection nationale et internationale :	289
A.	La protection des droits des personnes handicapées au niveau national :	289

B.	Le Comité des droits des personnes handicapées, organe onusien de suivi	308
II.	La définition des termes conventionnels.....	313
A.	L'article 9 de la Convention, la notion d'accessibilité et d'aménagement raisonnable	313
B.	L'article 19 de la Convention, l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société.....	316
Chapitre 2 : La mobilisation de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, suivi et limites de sa mise en œuvre		322
Section 1 : L'analyse des rapports nationaux		323
I.	Le Comité des droits des personnes handicapées et les rapports belges et français	324
A.	L'examen des rapports belges	326
B.	L'examen du rapport français.....	331
II.	La Convention et la défense des droits des personnes handicapées	341
A.	Les principes de la Convention relative aux droits des personnes handicapées mobilisés pour un règlement constructif par l'UNIA.....	343
B.	Les actions du Défenseur des droits en soutien des droits conventionnels.....	348
C.	L'examen des communications par le Comité de l'Organisation des Nations Unies, la création de « soft law ».....	354
Section 2 : L'impact et les limites de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées		362
I.	L'interrogation sur l'effet direct ou par ricochet de la Convention relative aux droits des personnes handicapées	363
A.	L'impact de la Convention relative aux droits des personnes handicapées sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'union européenne	363
B.	L'impact de la Convention relative aux droits des personnes handicapées sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	366
C.	L'effet direct des stipulations de la Convention relative aux droits des personnes handicapées en droit interne français	369
II.	Des droits conventionnels aux droits constitutionnels en Belgique	380
A.	Un long processus pour une reconnaissance constitutionnelle.....	381
B.	La démarche parlementaire préalable à la création de l'article 22 ^{ter} au Sénat	384
C.	La reconnaissance constitutionnelle.....	385
D.	La protection des droits constitutionnels, application du principe de <i>standstill</i>	386
III.	Le respect des droits et le développement de la désinstitutionnalisation	390
A.	La définition des termes de l'article 19 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.....	392
B.	Les textes à l'appui de l'article 19 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.....	393
C.	Les conditions de mise en œuvre des dispositions de l'article 19 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées	394
IV.	Le soft law onusien et les limites de la réception de la Convention	394
A.	L'inclusion au travers les positions du Comité des droits des personnes handicapées	395
B.	Les établissements d'hébergement et l'emploi protégé à l'aune de l'inclusion	397
C.	Les angles morts du « tout inclusion »	399
D.	Inclusion et rationalité budgétaire, l'alliance inattendue	400

**PARTIE 2 : L'EFFECTIVITE ENTENDUE DANS UNE VISEE ASCENDANTE D'APPROPRIATION
DU DROIT 403**

TITRE 1 : L'ACCULTURATION INDIVIDUELLE ET LA PROTECTION DES ACTEURS, UNE VOIE INTERNE

D'EFFECTIVITE..... 405

Chapitre 1 : Le droit de la responsabilité et la promotion d'un nouveau paradigme..... 407

Section 1 : Les établissements français face aux responsabilités..... 408

I. La responsabilité civile extracontractuelle..... 408

A. La responsabilité du fait des choses 410

B. La responsabilité des commettants du fait des préposés 413

C. La responsabilité du fait d'autrui 425

II. La responsabilité pénale 438

A. Les principes qui gouvernent le droit pénal 439

B. La responsabilité pénale des établissements médico-sociaux..... 441

C. La responsabilité pénale du fait d'autrui 449

Section 2 : La protection du lanceur d'alerte en France et en Wallonie 458

I. Le lanceur d'alerte saisi par le niveau européen 459

A. Le lanceur d'alerte et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 459

B. Les textes adoptés par le Conseil de l'Europe 462

C. La directive de l'Union européenne 463

II. La déclinaison en droit interne de la directive européenne 465

A. Au-delà du droit européen, la recherche d'un équilibre dans le droit français..... 465

B. Les lanceurs d'alerte et la législation wallonne applicable aux pouvoirs locaux 467

III. Les lanceurs d'alerte dans le champ médico-social 468

A. La gestion des actes de maltraitance 468

B. Respecter un ratio comptable signifie respecter les droits des personnes ? 482

C. Organiser le lancement d'alerte dans les établissements médico-sociaux..... 486

D. En 2023, la protection du lanceur d'alerte confirmé 491

Section 3 : La Belgique et la réforme du droit de la responsabilité 494

I. Les textes à la base du droit de la responsabilité civile 494

A. Le « Code civil des Français » partagé entre Belges et Français 494

B. Doctrine et jurisprudence pour accompagner les évolutions de la société belge 497

C. La réforme du Code civil belge 499

II. La réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle..... 502

A. La responsabilité du fait d'autrui 504

B. La responsabilité des commettants du fait des préposés 510

C. La responsabilité du fait des choses 520

III. La responsabilité pénale..... 527

Chapitre 2 : Les délégations de pouvoirs en établissement, une clarification des responsabilités 531

Section 1 : Les contours de la notion 532

I. Un effort nécessaire de définition des notions voisines..... 534

A. La délégation de signature 534

B.	Le mandat	535
C.	La subdélégation ou délégation « en cascade »	537
D.	La co-délégation ou délégations multiples	539
II.	Le document unique de délégation, document différent et obligatoire	541
A.	Le cadre législatif	541
B.	Le cadre réglementaire : le décret n°2007-221 du 19 février 2007	541
C.	La circulaire du 30 avril 2007	543
D.	Une pédagogie nécessaire	543
III.	La jurisprudence autour des délégations de pouvoirs	545
A.	Les conditions de validité tenant au délégant	546
B.	Les conditions de validité tenant au délégataire	547
C.	Les conditions tenant à la délégation	551
D.	La délégation à la gestion journalière en Belgique	552
	Section2 : Délégations et responsabilité	554
I.	La responsabilité des différents acteurs	554
A.	Responsabilité des délégants	554
B.	Responsabilité des délégataires	556
C.	Responsabilité des personnes morales	557
D.	La jurisprudence belge concernant le risque pénal lié à la délégation	559
II.	L'organisation des sanctions et poursuites en matière de droit du travail	560
A.	L'ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016	562
B.	Décret n° 2016-510 du 25 avril 2016 relatif au contrôle de l'application du droit	565
C.	Circulaire du 18 juillet 2016 du droit pénal du travail	565
D.	Instruction Direction générale du travail N°2016/03 du 12 juillet 2016	566
E.	Poursuites sur le fondement du code du travail	567
	TITRE 2 : LA PROMOTION DES ACTIONS COLLECTIVES FRANCO-BELGES POUR LA DEFENSE DES DROITS .	571
	<i>Chapitre 1 : La promotion des réclamations auprès du Conseil de l'Europe</i>	<i>576</i>
	Section 1 : Plusieurs domaines couverts par une procédure identique	577
I.	Les différentes étapes de la procédure de réclamation collective	577
A.	La recevabilité de la réclamation	578
B.	La décision sur le bien-fondé de la réclamation	579
II.	L'accompagnement du handicap, l'autisme en lumière	580
A.	La réclamation 13/2002, une collaboration entre associations françaises et belges	580
B.	La réclamation 13/2002, les bases de la violation de la Charte	582
C.	Les suites de la réclamation de l'Association internationale Autisme-Europe	585
	Section 2 : Une mobilisation des acteurs sur un temps long	589
I.	Les décisions sur le bien-fondé des réclamations, le suivi sur plusieurs années	589
A.	Le fonctionnement du système de rapports successifs	590
B.	20 ans après la réclamation d'Autisme-Europe, quelles suites ?	591
C.	La réclamation de l'association AEH, encore d'actualité 10 ans après	593
II.	En Belgique, l'inclusion et l'évolution du droit interne	595
A.	La réclamation et l'évolution du droit national de la Belgique	595

B.	La réclamation, une occasion de définir correctement les termes	597
Chapitre 2 : Une action franco-belge de plaidoyer		599
Section 1 : La naissance de l'action		601
I.	La genèse de la réclamation collective « Urgence Handicap »	601
A.	Les bannis de la République, le livre noir du handicap en France	602
B.	La promotion des rapports et des décisions de justice	606
II.	Les bases de la réclamation collective	612
A.	Un fléchage obligatoire des structures pour une réclamation collective	613
B.	Le fonctionnement de la réclamation collective contre l'État français	617
C.	Les interventions tierces, un éclairage complémentaire pour garantir les droits.....	630
Section 2 : Les attentes des parties à la suite de la réclamation collective.....		636
I.	Les attentes de la réclamation collective de la part des associations	636
A.	Les décisions déclaratoires du Comité européen des droits sociaux.....	637
B.	Les actions de plaidoyer des associations	639
II.	Les attentes de la réclamation collective de la part des institutions	642
A.	Le suivi du Conseil de l'Europe de la réclamation collective	642
B.	La Conférence nationale du handicap, la diffusion des suites de la réclamation ?	644
C.	La Commission nationale consultative des droits de l'homme	649
BIBLIOGRAPHIE.....		670
INDEX		697
TABLE DES ANNEXES		712

Table des annexes

1. UNAPEI, *Le livre noir du handicap en France, les bannis de la République*, Oct.2015
2. CESER Hauts-de-France, *Les enjeux transfrontaliers de la santé : quelle accessibilité aux soins des résidents frontaliers franco-belges*, Danièle EROUART & Claire LEFRANC VAN RYSEL, CESER Hauts-de-France, Sept.2023
3. Représentation de l'inclusion, *Les grands arrêts en matière de handicap*, Isabelle HACHEZ & Jogchum VRIELINK, LARCIER, Août.2020

Annexe 1

Source : *Le livre noir du handicap en France, les bannis de la République*, UNAPEI, Oct. 2015

ÉLODIE, 20 ANS

Polyhandicapée, accueillie en IME, bientôt à domicile sans solution.

Toujours en IME, Élodie sera en décembre 2015 sans solution à domicile, l'amendement Creton ayant été accordé pour 1 seule année, non reconductible. Seule proposition : la Belgique et une pression énorme des interlocuteurs qui culpabilisent les familles et n'hésitent pas à donner des renseignements aux établissements belges pour du démarchage commercial !

« Depuis 2013, nous demandons un accueil en externat. Rien de possible, sauf la Belgique en internat ! Et en prime, nous avons droit à toutes les culpabilisations possibles. On vous dit « voilà la solution, miracle ! la Belgique ». Si vous refusez, votre enfant restera à votre domicile, car rester dans l'établissement actuel signifie qu'un jeune enfant ne pourra pas bénéficier de la place. On m'a même proposée d'aller visiter des établissements là-bas. Le discours est bien posé et le circuit, bien établi. Ça m'a tellement choquée

sur le moment que j'ai poussé un cri. Et cela a continué avec le médecin qui nous a froidement demandé : « pourquoi ne voulez-vous pas qu'elle y aille ? ». L'éducatrice, elle, nous a dit « de toute façon, il faudra bien vous y faire, il faudra élargir votre secteur d'investigation, parce que sur le secteur, il n'y a pas de place ! ». Élodie n'est pas un pion qui doit subir le système et dépérir ! Elle est réceptive aux suivis éducatifs et progresse. Ses handicaps nécessitent de la suivre de près avec un traitement complètement atypique. Il lui faut un suivi de proximité, et ce que l'on veut surtout, c'est qu'elle reste près de sa famille, car elle y est très attachée, et je crois qu'elle en a le droit. On n'a pas à détruire une famille. Parce que j'ai donné naissance à une fille handicapée, on ne devrait pas avoir une relation familiale comme les autres ? Nous avons tout fait, défendu notre dossier devant tout le monde, Mdph, Cdaph, personnalités

politiques... Devant nous, un mur inhumain et l'exil comme seul choix ! Le coup de grâce, cela a été le 5 mai 2015 avec un message d'un établissement belge qui me demandait de rappeler pour savoir

« Parce que j'ai donné naissance à une fille handicapée, on ne devrait pas avoir une relation familiale comme les autres ? »

si on maintenait la candidature d'Élodie ! Après enquête et conseil d'avocat, la réalité dépassait la fiction ! Cet établissement a reçu une fiche de la MdpH avec mes coordonnées pour nous contacter. La fiche est estampillée du département et de la MdpH ! Ça m'a démolie, c'est une horreur. J'ai envie de crier : nous sommes considérés comme du bétail ! Mais, nous ne nous laisserons pas faire ! »

Martine Balasse, mère d'Élodie, Val-d'Oise (95)

LOTFI, 11 ANS

Porteur d'un handicap mental et de troubles du comportement, à domicile et sans solution depuis 3 ans.

Accueilli en maternelle avec un AVS puis en IME, Lotfi subit une rupture de prise en charge suite à un temps de répit souhaité par sa mère. Au retour, plus de place. Depuis 3 ans, Lotfi régresse, se désocialise et ses troubles s'accroissent. Seule proposition : un exil en Belgique et un signalement à l'aide sociale à l'enfance !

« J'ai demandé de l'aide au centre médico-psychologique de ma ville pour trouver une école. On m'a tout de suite proposé un internat en Belgique. J'ai refusé. Ensuite, la MdpH m'a renvoyé une notification avec uniquement des propositions d'internat en Belgique ! L'assistante sociale m'a dit : « Vous savez, vous ne trouverez jamais de place en France, ce n'est pas la peine de compter là-dessus ». Je lui ai dit que c'était hors de question que je m'éloigne de mon fils, et qu'il n'irait pas en Belgique. Ma situation était compliquée et mon fils commençait à

souffrir à la maison. Mais je me battais pour lui. En trois ans, on ne m'a rien proposé de positif. Pire, pour Lotfi les interventions à domicile demandées par le CMP ont augmenté ses troubles, les personnes qui venaient ne connaissaient rien au handicap. J'ai décidé de ne plus être suivie par ces intervenants sociaux à domicile. Résultat, j'ai été signalée à l'Aide sociale à l'enfance, arguant que ma situation était

« Vous savez, vous ne trouverez jamais de place en France, ce n'est pas la peine de compter là-dessus. »

trop compliquée et dangereuse. Être signalée parce que j'ai un enfant handicapé, parce qu'il a des troubles du comportement, vous vous rendez compte ! Ce n'est qu'un enfant handicapé qui

doit être pris en charge, dans un environnement adapté ! Ils ont voulu prouver que j'étais seule, dépassée.

Toutes ces années, je me suis battue pour mon fils, malgré les difficultés. Avec la juge, au final cela s'est bien passé. Elle a demandé une mesure ouverte. Un éducateur, qui n'a pas compris ce signalement, a repris mon dossier MdpH pour obtenir un traitement en urgence. Mais, à part les listes d'attente, nous n'avons rien.

Mon fils vit tout cela très mal, il veut aller à l'école comme sa sœur. Il ne comprend pas, il se roule par terre. Cela risque d'être difficile maintenant de trouver un établissement qui accepte un enfant déscolarisé depuis 3 ans. Je n'y crois plus... Je voulais porter plainte contre l'État, mais je ne sais pas si j'ai le droit, à cause du signalement. Je ne veux pas d'indemnités, je veux juste une école pour mon fils ».

Zineb Benhala, mère de Lotfi, Seine-Saint-Denis (93)

CHRISTOPHE, 50 ANS

porteur d'un handicap mental sévère, exilé en Belgique à plus de 1 000 km de sa famille.

En Maison d'accueil spécialisée (MAS) depuis 2005 dans le Var, et suite au déménagement de ses parents à Nice _ « hors secteur » ! _ Christophe a enchaîné séjours courts en MAS et à l'hôpital pour finir en Belgique depuis janvier 2014, à 11h30 de route et 1 160 km de ses parents.

« Il y a 33 ans, j'ai épousé une femme avec un enfant handicapé. Christophe est devenu mon fils depuis. En 2005, suite à notre déménagement, Christophe a été transféré à l'hôpital. Il y est resté jusqu'en fin 2013. Là, nous avons obtenu une place dans une MAS de notre secteur, mais au bout de 6 mois, ils ont décidé de s'en séparer et Christophe est retourné à l'hôpital. Puis, au bout de quelque temps, un médecin de l'hôpital nous a dit « on ne peut plus garder Christophe, il est stabilisé maintenant, il faut trouver une autre solution », et il nous a évoqué un établissement en Belgique. Christophe est en Belgique depuis

le 15 janvier 2014. Il y est bien, on sent qu'il s'épanouit, il est moins violent. Je me demande si les MAS le garderaient si on le ramenait en France. Sa mère, bien évidemment, voudrait le voir revenir, mais si c'est pour qu'il soit accepté 3 mois dans un établissement et qu'ils décident de s'en séparer ensuite ... Nous ne pouvons pas le garder à la

« Elle est très mal de savoir son fils aussi loin. »

maison, il faut s'occuper de lui à plein temps, on ne peut pas, nous sommes trop âgés. Le problème, c'est pour aller le voir. Cette année, nous avons pu nous y rendre deux fois. C'est un voyage épuisant pour nous. Ce n'est pas une situation facile. Il n'y a que nous qui allons le voir. Mon épouse était opposée au départ en Belgique, puis elle s'est dit que c'était mieux pour lui. Mais, elle est très mal de savoir son fils aussi loin. »

Claude Duboué, père de Christophe, Alpes-Maritimes (06)

ESTHER, 20 ANS

Autiste, exilée en Belgique

Esther a alterné IME et suivi en libéral à domicile. Pour la famille, des situations complexes et douloureuses. Depuis l'âge de 15 ans, elle est en Belgique et aucune possibilité de rapprochement n'est envisageable.

« Depuis qu'elle a 3 ans, Esther a un dossier Mdp, mais, jusqu'à ses 8 ans, elle est restée à domicile. Cela a été très compliqué. Je travaillais et j'étais seule avec 2 autres jeunes enfants à charge. Puis, elle a été accueillie en IME, mais ce n'était pas adapté à son handicap. Au bout de 7 ans, et cela n'a pas été une décision facile, j'ai choisi de la retirer de l'établissement et j'ai géré son retour à domicile comme j'ai pu. Je suis passée en horaires de nuit, son frère aîné la gardait et m'appelait en cas de problème. Le jour, elle était accompagnée par des intervenants en libéral. Puis, quand mon fils a quitté la maison pour faire ses études, j'ai demandé

à avoir une garde à domicile pour continuer la prise en charge thérapeutique d'Esther. Réponse de la Mdp : « nous avons trop de dossiers en attente, impossible de fixer un rendez-vous ». J'ai ainsi dû arrêter de travailler pendant 1 mois. Aucun des établissements où elle était sur liste d'attente en région parisienne ne pouvait accueillir Esther. J'ai fini par lui trouver une classe Teacch en Belgique, après de nombreuses démarches effectuées toute seule. Esther a intégré cet établissement à ses 15 ans, en internat de semaine. Pendant les vacances et les jours fériés, il me fallait trouver des solutions. Lorsqu'Esther a eu 19 ans, j'ai eu un rendez-vous à la Mdp pour son passage dans un établissement pour adultes. J'ai demandé un rapprochement géographique. Réponse : « ce n'est pas la peine de l'envisager, il n'y a pas de place et puisqu'elle est déjà en Belgique, elle y restera ». J'ai dû trouver un nouvel établissement en Belgique et elle s'y trouve bien. J'ai

des opportunités professionnelles que je refuse, parce que cela implique un déplacement géographique. Je ne peux pas habiter dans le Sud de la France, sachant ma fille en Belgique, nous sommes déjà à 250 km de distance ! Il m'est difficile d'imaginer qu'elle restera en Belgique, mais je dois me rendre à l'évidence. Même si elle est bien prise en charge, je n'ai pas eu le choix : c'était soit la Belgique soit rien. C'est une souffrance terrible pour nous. »

Isabelle Chapuis, mère d'Esther,
Seine-Saint-Denis (93)

« Puisqu'elle est déjà en Belgique, elle y restera. »

EVANN, 11 ANS

Porteur d'un handicap mental et de troubles envahissants du développement, sans solution adaptée.

Accueilli au sein d'un IMP, Evann a une prise en charge inadaptée. L'établissement qui devrait l'accueillir a une liste d'attente de 60 personnes. Son avenir ? Un retour à domicile.

« Actuellement, Evann est accueilli au sein d'un IMP, alors où est le problème ? Mon enfant a bien une prise en charge, mais qui est inadaptée par manque de moyens humains. Il végète depuis ses 6 ans même si l'établissement fait de son mieux et a créé sans moyen une petite unité de jour pour sortir Evann du groupe des enfants polyhandicapés qu'il perturbe. Mais ce n'est pas tenable. Nous avons besoin d'une place dans une structure adaptée qui lui permette de progresser. A défaut, nous imaginons dans un futur proche, son retour à domicile. Ma famille se retrouvera avec un jeune adolescent atteint de troubles du comportement qui ne pourront que s'aggraver avec, qui plus est, une perte des rares acquis qu'il a difficilement obtenus. Ceci

engendrera un grave risque pour la fratrie et une situation familiale précaire susceptible d'aboutir à des conclusions malheureuses pour nous tous. Que prévoit l'ARS pour que nous ayons des solutions ? Un protocole pour des appels à projets qui n'existent pas ! La mission de l'Etat n'est-elle pas d'aider au bien-être de nos enfants plutôt que de se cacher derrière des enjeux financiers et des rapports d'efficacités au détriment d'une prise en charge de qualité ! Ma famille et d'autres souhaitent pouvoir sereinement aborder l'avenir sans que les handicaps de nos enfants ne soient majorés par une société et une politique qui les laissent de côté. »

**Natacha Chancerel, mère d'Evann,
Loiret (45)**

« Votre rôle est d'aider au bien-être de nos enfants et de créer un nombre suffisant de places en médico-social. »

RYAD, 19 ANS

Autiste exilé loin de sa famille en Belgique.

Diagnostiqué autiste tardivement, Ryad n'a jamais eu d'accompagnement adapté à ses besoins. Depuis 2012, il est en Belgique à 200 km de sa famille. Pour le voir, faute d'espace prévu pour les familles, pas d'autre solution que de rester 3h en voiture avant de le ramener dans l'établissement et de reprendre la route.

« Ryad revenait de la structure où il a été accompagné toute son enfance dans un état lamentable, parfois nu, parce qu'ils n'arrivaient plus à le gérer. L'établissement lui, m'écrivait « dites à Ryad de bien tenir sa ceinture ». Ryad ne parle pas, et l'on ne sait pas s'il entend ! On me rappelait sans cesse son « agressivité et sa violence », en justifiant ainsi les traitements médicamenteux lourds et non adaptés mis en place. Voilà le genre d'aberrations que j'ai subies. Lorsqu'il a eu 16 ans, on m'a demandé de trouver un nouvel établissement. J'en ai visité

de nombreux avec la référente de Ryad. Rien d'adapté. On nous a même aiguillés sur l'hôpital psychiatrique. J'ai dit « non, hors de question, même si l'on n'a pas d'autres solutions, même s'il faut le garder à la maison ». Nous avons navigué entre espoirs et désillusions le tout sur fond de crises. Ryad sentait bien qu'il y avait des tensions. Il était angoissé, il se mordait, me griffait, frappait. Finalement, une solution s'est présentée en Belgique à 200 km de chez nous. Il y est depuis 2012. J'ai de bons rapports avec l'équipe qui semble avoir établi un lien de confiance avec Ryad, lui permettant une évolution dans la vie quotidienne... mais je ne sais pas exactement comment Ryad y est accompagné. Que fait-il ? Comment évolue-t-il ? Il semble mieux, il a le regard moins crispé, il s'habille alors qu'il était tout le temps nu. Au début, nous le ramenions à la maison le week-end, mais il ne dormait pas et nous non plus. Nous culpabilisions et avions peur de rompre un équilibre peut

« Le voir 3h, puis revenir et se dire encore une fois qu'on l'a abandonné. »

être trouvé dans l'établissement. Et puis, 800 km, des week-ends sans dormir suivis de semaines au travail, c'était ingérable. Donc on a arrêté les allers-retours à domicile. Le problème, c'est qu'on ne peut pas le visiter dans l'établissement parce qu'il n'y a pas de lieu où recevoir les familles. Alors, on va le chercher, parfois il est habillé, parfois, il s'est déshabillé. Il faut le doucher de nouveau. On part avec lui en voiture, et comme on ne peut pas aller dans un restaurant, parce que c'est impossible avec Ryad, même au fast-food, on achète à manger, on fait un tour, on reste 3 ou 4 heures avec lui dans la voiture et on le ramène dans l'établissement. C'est la seule solution que l'on ait trouvée. Le voir 3h, puis revenir et se dire encore une fois qu'on l'a abandonné. »

Keltoum Bensalem, mère de Ryad, Nord (59)

OLIVIER, 38 ANS

**Autiste sévère non verbal,
au domicile de ses parents.**

Diagnostiqué à l'âge de 5 ans, Olivier a passé 5 ans dans deux structures spécialisées. Le dernier établissement a proposé de placer Olivier dans une coque de plâtre pour faire face à ses crises d'automutilation. Profondément choqués et craignant pour sa vie, ses parents ont choisi de le reprendre à domicile quand il avait 11 ans. Aujourd'hui âgés, et ne pouvant plus faire face, la famille se retrouve seule et sans issue.

« Sans solution d'accompagnement, ce sont mes parents âgés de 68 et 75 ans qui ont la pleine charge de mon frère. Pas autonome dans les gestes de la vie quotidienne, il sollicite une attention de tous les instants. Il souffre parfois de crises d'automutilation soudaines. En vieillissant, mes parents éprouvent de plus en plus de difficultés à le gérer et s'épuisent. Devant l'absence d'une prise en charge pluridisciplinaire et d'un placement

en accueil permanent au sein d'une structure spécialisée, mes parents n'ont plus aucun espoir. Cette situation pour moi ne peut mener qu'à une issue dramatique pour tous les trois. Olivier est inscrit sur la liste d'attente d'une dizaine d'établissements. En attendant, ce sont les médicaments (cocktails de neuroleptiques) qui font office de « soupape de sécurité » en maintenant mon frère dans un état léthargique mais avec des effets secondaires très inquiétants qui nous amènent à penser que sa vie est en danger. Nous sommes vraiment impuissants. Olivier n'a jamais eu la chance de pouvoir progresser grâce à une prise en charge éducative adaptée alors qu'il montrait de véritables capacités d'évolution. Aujourd'hui sonne l'heure des choix : entre la santé de mon frère et celle de mes parents. Quelle autre issue ? »

Sylviane Bodel, sœur d'Olivier,
Pays-de-la-Loire

« Mon frère réclame la surveillance constante de mes parents qui, à 68 et 75 ans, n'arrivent plus à le gérer et s'épuisent. »

CHARLOTTE, 27 ANS

Syndrome de West,
accueillie en Belgique,
à 500 km de ses parents.

Née avec le syndrome de West, Charlotte a une autonomie très réduite. Elle nécessite un important accompagnement et est accueillie depuis 3 ans, dans un établissement belge, à 540 km de ses parents.

« Charlotte a passé 18 années dans un IME proche de chez nous, jusqu'à ses 23 ans.

5 années d'amendement Creton, pendant lesquelles, aidés par l'IME, nous avons cherché une place en Maison d'accueil spécialisée, ce qui correspondait à l'orientation de la Mdp.

A 23 ans, il a fallu que Charlotte quitte l'IME et nous n'avions toujours pas trouvé d'établissement pour adultes.

Au début, nous ne voulions pas entendre parler de la Belgique.

On s'y est résigné, par dépit.

Charlotte est accueillie depuis 3 ans dans un établissement à Spa, à 540 km de chez nous. C'est terrible parce qu'on ne sait rien de ce qu'elle vit là-bas. Les rendez-vous téléphoniques ne remplacent

pas les rapports que nous avons avec l'équipe éducative de l'IME chaque semaine. On doit accepter ce qui est dit sans contrôle. On ne peut pas aller la voir, c'est trop loin, et elle ne rentre qu'une fois par mois... ce qui l'empêche de garder des liens avec son frère et sa sœur qui ont déjà une vie de famille. Elle a perdu plus de 8 kg depuis qu'elle est là-bas. Si des problèmes de santé surviennent, il nous faut parcourir plus de 1 000 kms aller-retour.

Depuis 3 ans que Charlotte est dans l'établissement, c'est tellement difficile que je n'arrive toujours pas à l'accompagner au rendez-vous taxi qui la ramène dans l'établissement. C'est très dur pour son père également.

Pour toutes ces raisons, il nous est totalement insupportable de voir la nation française infliger lâchement la double peine à ses citoyens handicapés mentaux : le handicap et l'exil ! »

Pascale Lagarde, mère de Charlotte,
Eure (27)

« La nation française nous inflige lâchement la double peine : le handicap et l'exil ! »

THIBAUT, 21 ANS

Syndrome de West, accueilli à l'hôpital de jour faute de solution adaptée.

« Je me suis renseignée sur la Belgique mais je m'y refuse, pour moi, c'est un scandale d'être obligés d'exiler nos enfants. »

Thibaut est atteint du syndrome de West, une forme rare d'épilepsie, décelée à l'âge de neuf mois, qui a engendré un retard global d'acquisition, et des troubles du comportement. Depuis qu'il a quitté l'IME, il est accueilli à l'hôpital de jour faute de solution adaptée.

« Mon fils Thibaut, âgé de 21 ans est un cas comme tant d'autres... Il bénéficiait de l'aménagement Creton dans un IMPro, et au fur et à mesure, l'accueil s'est dégradé, il ne voulait plus y aller, il se retrouvait avec des enfants de 12 ans, ce n'était plus adapté pour lui et très compliqué pour l'établissement car Thibaut devenait agressif. On a dû faire face à de nombreuses hospitalisations en secteur psychiatrique ce qui n'était, bien sûr, pas adapté non plus. On lui a administré de lourds traitements médicamenteux qui l'abrutissaient plus qu'autre chose. Depuis 2 ans, nous sommes sur liste d'attente dans plusieurs établissements.

J'ai envoyé des courriers de demandes d'admissions _plus d'une vingtaine_ dans le Gard, les Bouches-du-Rhône, le Vaucluse, le Var, l'Hérault et la Lozère. La réponse est toujours la même : « pas de place ». Thibaut est pris en charge à l'hôpital de jour à Uzes pendant que nous travaillons mon mari et moi. Je me suis renseignée sur la Belgique mais je m'y refuse, pour moi c'est un scandale d'être obligé d'exiler nos enfants. Nos jeunes sont des laissés pour compte. »

**Myriam Mosti, mère de Thibaut,
Gard (30)**

CELINE, 26 ANS

Porteuse d'un handicap mental sévère, sans-solution depuis 4 ans.

Céline a une anomalie du chromosome 1, une maladie très rare qui entraîne des troubles sévères du développement psychomoteur et un retard global d'acquisition. Elle est à domicile et sans solution d'accompagnement depuis sa sortie de l'IME en 2011. Depuis, plus aucune perspective pour elle et sa famille.

« A la sortie de l'IME de ma fille, on m'avait proposé un accueil dans un établissement à 150 km de notre domicile, avec des périodes de sortie tous les 15 jours. Pour nous, ça faisait vraiment loin, et nous voulions que Céline puisse rentrer à la maison tous les week-ends. Lorsqu'on a vu le psychiatre de l'établissement, on a compris que si elle était trop agitée, il la calmerait avec des traitements médicamenteux. Nous avons eu peur et on a préféré refuser. Depuis, même être sur la liste d'attente d'un établissement est une affaire insurmontable. On me dit que le profil de Céline n'est pas

adapté à l'établissement, sans m'expliquer pourquoi. On arrive à avoir des accueils temporaires de temps à autre quand ils ne sont pas annulés parce que l'établissement doit faire face à des urgences. C'est très compliqué pour Céline, on lui dit « tu y vas... » puis finalement « tu n'y vas plus ». Ça la perturbe énormément. C'est très difficile pour nous à la maison. Céline n'est pas autonome, elle ne parle pas. On n'arrive pas à la gérer. Elle pousse des cris sans qu'on sache pourquoi, on ne sait pas si on lui propose les bonnes choses. Elle est agitée, elle crie, elle s'énerv...elle crie tout le temps... Pour elle aussi, tout cela est très difficile, il faudrait que son accompagnement soit plus stable, qu'elle ait ses occupations à elle, qu'elle puisse se socialiser. Il y'a un FAM en cours de rénovation près de notre domicile. On m'a dit qu'ils y réétudieraient le dossier de Céline une fois la rénovation achevée, mais, bien sûr, à ce jour, je n'ai aucune garantie... »

D., mère de Céline,
Gard (30)

« Même être sur la liste d'attente d'un établissement devient une affaire insurmontable. »

Annexe 2

Source : *Les enjeux transfrontaliers de la santé : quelle accessibilité aux soins des résidents frontaliers franco-belges*, Danièle EROUART & Claire LEFRANC VAN RYSSEL, CESER Hauts-de-France, Sept.2023

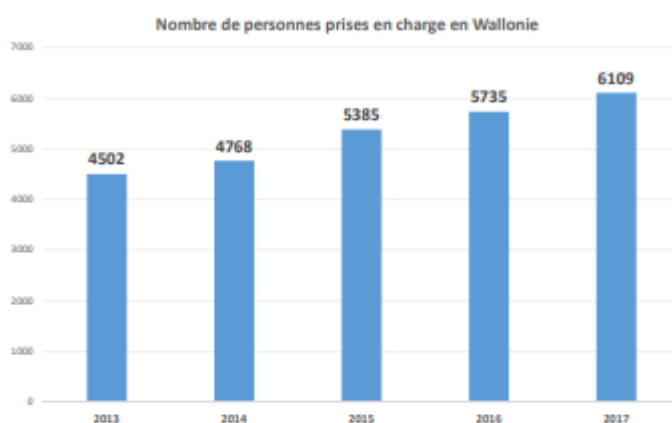


FIGURE 5 : ÉVOLUTION DU NOMBRE D'ADULTES PRIS EN CHARGE EN WALLONIE

SOURCE : PRÉVENTION DES DÉPARTS NON SOUHAITÉS EN BELGIQUE,
EDITH CHRISTOPHE – MARINE DUPONT-COPPIN, MAI 2019

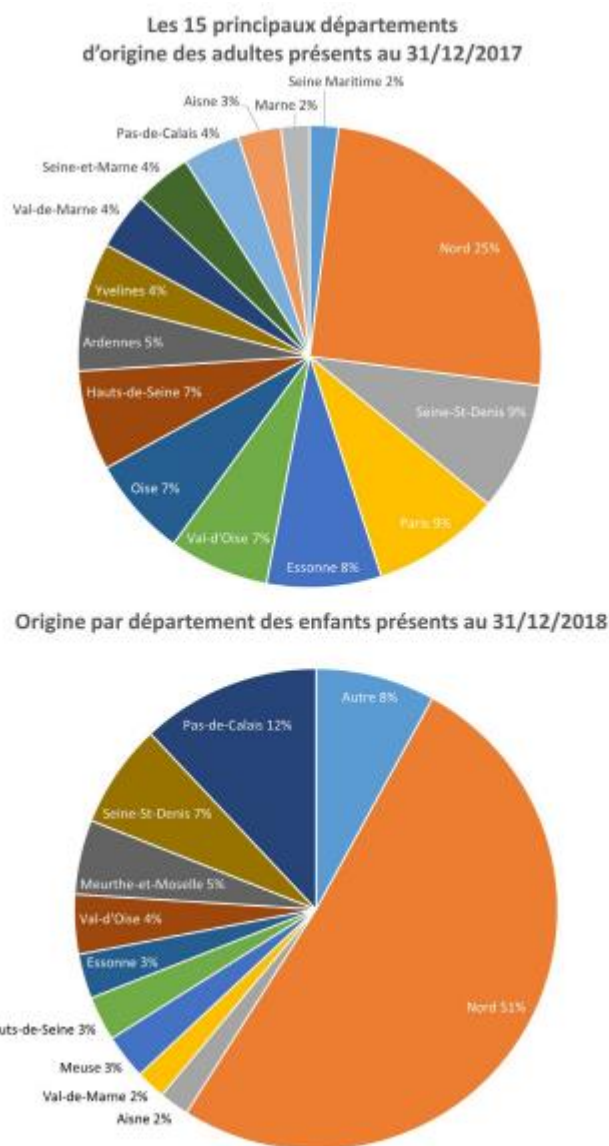


FIGURE 6 : ORIGINE GÉOGRAPHIQUE DES PERSONNES ACCUEILLIES EN WALLONIE
 SOURCE : PRÉVENTION DES DÉPARTS NON SOUHAITÉS EN BELGIQUE,
 EDITH CHRISTOPHE – MARINE DUPONT-COPPIN, MAI 2019

Type de déficience principale des adultes accueillis en Wallonie au 31/12/2017

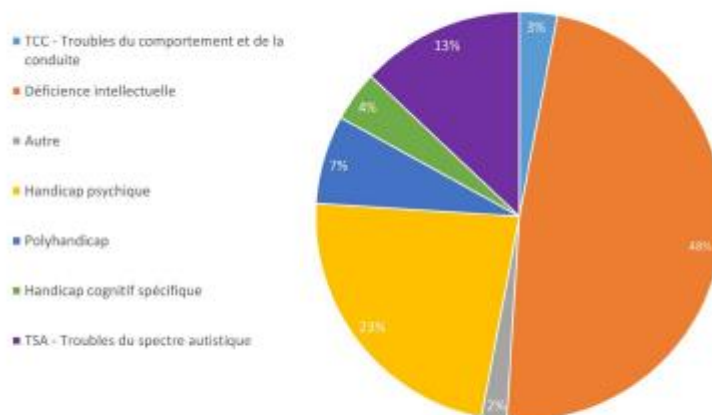


FIGURE 7 : RÉPARTITION DES ADULTES ACCUEILLIS EN WALLONIE PAR TYPE DE HANDICAP

SOURCE : PRÉVENTION DES DÉPARTS NON SOUHAITÉS EN BELGIQUE,
EDITH CHRISTOPHE – MARINE DUPONT-COPPIN, MAI 2019

SYNTHÈSE DE L'ÉTAT DES LIEUX

Thème	Ce qui fonctionne	Ce qui ne fonctionne pas ou pourrait être amélioré
Rôle des autorités françaises	> Financement partiel de places dans des établissements médico-sociaux belges (sur bases financières françaises) > Système de couverture des soins répondant aux accords-cadres en vigueur	> Un moratoire sur la capacité d'accueil financée en Wallonie, fixée à 8258 places (enfants et adultes), sans pour autant s'accompagner d'une « garantie » de place en France > Des plans de prévention des départs vers la Belgique, successifs, au bilan très mitigé jusqu'à présent > Un choix contraint, par défaut, laissé aux familles > Un accompagnement des familles par les services compétents en France défaillant -> Chaque famille ayant l'un des siens en Belgique devrait avoir un référent en France (dans une ARS, une CPAM ou une MDPH).
Relations entre les autorités françaises et les établissements médico-sociaux wallons	> Le mode de financement des places en Belgique est basé sur le système médico-social français	> Un mode de financement des établissements wallons par les autorités françaises inadapté, qui ne tient pas compte des réels besoins d'accompagnement de la personne (situations de plus en plus complexes), ni des conditions de fonctionnement des établissements belges (inflation répercutée sur la masse salariale) -> Un indispensable effort de revalorisation de l'allocation journalière octroyée par les financeurs > Une multiplicité des interlocuteurs pour les établissements wallons (nombreux Départements financeurs). A l'inverse, un manque de coordination des établissements face à leurs interlocuteurs français. -> Une instance de concertation nécessaire réunissant les ARS et Départements concernés côté français, et les établissements et l'AViQ côté belge

SYNTHÈSE DE L'ÉTAT DES LIEUX

Etude comparée des approches belge et française en matière de prise en charge des handicaps	> Echanges de pratiques, micro-initiatives ponctuelles par nécessité (familles, associations, personnels soignants) sur des cas particuliers, qui semblent porter leurs fruits	> Une différence d'approche fondamentale entre les modèles médico-sociaux belge et français (degré d'adaptabilité, souplesse des solutions, etc.) qui nécessiterait un travail universitaire afin d'objectiver les différences de métiers exercés et les raisons de la préférence des familles pour le modèle wallon
Statut des Français résidant en Belgique	> Services consulaires présents en Belgique	> Des difficultés administratives et sociales récurrentes auxquelles sont confrontés ces Français résidant à l'étranger (papiers d'identité, couverture mutuelle, sorties, accès consulaire, etc.) -> De nécessaires États généraux pour enregistrer tous les problèmes concrets rencontrés par les familles et leurs membres afin d'apporter des réponses > Vide juridique : quel statut pour le citoyen français résidant en centre médico-social en Belgique ?
Hypothèse d'un retour vers la France	> Ouverture d'un nombre minimum de places dans des services ou des centres médico-sociaux en France, mais pas toujours adaptées	> Le retour vers la France non souhaité, voire Inenvisageable, dans une grande majorité de cas au regard du contexte actuel. Ce retour ne peut relever que du volontariat des familles. > En cas de retour en France, obstacle de la non-équivalence des diplômes ou du système scolaire (ex. : le diplôme délivré par l'enseignement spécialisé belge n'est plus reconnu en France)

Annexe 3

**Source : *Les grands arrêts en matière de handicap*, Isabelle
HACHEZ & Jogchum VRIELINK, LARCIER, Août.2020**



Titre : *L'effectivité des droits français et belge en établissement social et médico-social à l'aune d'une approche inclusive du handicap*

Mots clés : Effectivité, Droits, Responsabilité, Inclusion, Handicap, Secteur sanitaire et Médico-social, CIDPH, Transparence, Ouverture.

Résumé : Dans le champ du handicap, on attend du droit qu'il protège les personnes vulnérables. La seule production et diffusion des textes juridiques suffit-elle à garantir les droits des personnes handicapées en établissement médico-social ? Le droit français, contrairement au droit belge, promeut cette vision impérative du droit. L'évolution de l'environnement juridique nous invite à analyser, au-delà des lois nationales françaises et wallonnes, les « *droits venus d'ailleurs* », qu'ils soient européens et internationaux. L'effectivité des droits doit alors être lue dans le sens d'une acceptation de la règle de droit par les acteurs sociaux. Ce faisant, les directions d'établissements sont confrontées à un métissage des sources de droit, *hard* et *soft* et à des tensions entre des textes qui créent du droit et d'autres qui ne génèrent pas directement d'obligations mais rappellent les droits fondamentaux.

La Convention relative aux droits des personnes handicapées correspond à une vision descendante des droits qui inonde l'environnement des établissements médico-sociaux depuis une quinzaine d'années et crée parfois des tensions dans son application. Pour tendre vers l'effectivité des droits des personnes handicapées, il est nécessaire d'explorer des voies complémentaires et ascendantes d'appropriation des droits. Accompagner les acteurs pour appréhender les règles qui gouvernent la responsabilité en établissements et mettre en lumière les carences d'application des droits par les pouvoirs publics, constituent autant de chemins d'effectivité des droits en établissements.

Title : *The effectiveness of French and Belgian rights in social and medico-social institutions in the light of an inclusive approach to disability*

Keywords : Effectiveness, Rights, Responsibility, Inclusion, Disability, Health sector and Medical-social, CIDPH, Transparency, Openness.

Abstract : In the field of disability, the law is expected to protect vulnerable people. Is the mere production and dissemination of legal texts enough to guarantee the rights of disabled people in medical and social establishments? French law, unlike Belgian law, promotes this imperative vision of the law. The evolution of the legal environment invites us to analyze, beyond French and Walloon national laws, "rights from elsewhere", whether European or international. The effectiveness of rights must then be read in the sense of an acceptance of the rule of law by social actors. In doing so, establishment managements are confronted with a mix of sources of law, *hard* and *soft*, and with tensions between texts which create rights and others which do not directly generate obligations but recall fundamental rights.

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities corresponds to a top-down vision of rights which has flooded the environment of medico-social establishments for around fifteen years and sometimes creates tensions in its application. To move towards the effectiveness of the rights of people with disabilities, it is necessary to explore complementary and ascending ways of appropriating rights. Supporting stakeholders to understand the rules that govern liability in establishments and highlighting the shortcomings in the application of rights by public authorities constitute all paths to the effectiveness of rights in establishments.