



HAL
open science

La maltraitance et ses sanctions

Olivier Poinot

► **To cite this version:**

Olivier Poinot. La maltraitance et ses sanctions. Revue droit & santé : la revue juridique des entreprises de santé, 2016, mars 2016, 70, pp.172-190. <halshs-01277865>

HAL Id: halshs-01277865

<https://shs.hal.science/halshs-01277865v1>

Submitted on 24 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Olivier POINSOT, avocat au barreau de Montpellier, chercheur associé à l'IFROSS et chargé de cours à l'EHESS

La maltraitance et ses sanctions

Maltreatment and its sanctions

ABSTRACT: La polysémie de la notion de maltraitance, par la juxtaposition de considérations pénales et d'attentes qualitatives non nécessairement infractionnelles, peut conduire à une confusion que les recommandations de bonnes pratiques professionnelles contribuent à dissiper. La sanction de la maltraitance, si elle présente un caractère quasi absolu en cas d'atteinte à l'intégrité des personnes accueillies, prend une forme plus relative dès lors que le juge prend en considération les circonstances de chaque espèce.

ABSTRACT: Because of the juxtaposition of criminal concepts with qualitative but non penal expectations, polysemy of the notion of maltreatment may cause a mixing up that recommendations of professional good practices fortunately enable to clear up. If the sanction of maltreatment gets a quite absolute harshness in case of a violation of personal integrity, under other circumstances it can follow a more pragmatism way as far as judges actually consider every situation fact.

MOTS-CLÉS: action sociale et médico-sociale – ESSMS – enfance – handicap – dépendance – exclusion – maltraitance – bientraitance – droit – usager – définition – infraction – violence – atteinte – intégrité – qualité – responsabilité – civile – pénale – disciplinaire – ordinaire – préjudice – droit du travail – fonction publique – salarié – agent

KEYWORDS: social and medicosocial action – social and medicosocial centers and services – SMSCS – childhood – handicap – disability – disease – dependence – exclusion – maltreatment – care – law – service user – definition – criminal offense – violence – abuse – breach – integrity – quality – liability – tort – criminal – disciplinary – professional – damage – labor law – civil service – employee – civil servant

La loi du 2 janvier 2002 n'a pas inventé l'idée de droit de la personne accueillie car cette dernière, sujet de droit, a toujours disposé des attributs dévolus à tout individu dans notre système juridique. En revanche, l'attention du législateur au sort des personnes vulnérables prises en charge a manifestement tenu à sa préoccupation de limiter ce que Michel Foucault identifiait sous le vocable de « bio-pouvoir »¹: dans une large mesure, l'enfant à protéger, la personne handi-

capée ou âgée, la personne en situation d'exclusion se trouvent dans un état de soumission de fait à l'égard des professionnels. À la dépendance physique aux fonctions de l'établissement – entendu comme lieu de vie – et au primat de la compétence des travailleurs sociaux peuvent s'additionner d'autres phénomènes aggravants de ce pouvoir, tels un surinvestissement voire une appropriation de la personne aidée par l'aidant, un déni de légitimité de la famille ou de l'entourage pour peu que ces derniers soient considérés comme « pathogènes », alors même que les capacités cognitives des usagers peuvent être très affectées². Les débats qui ont traversé le secteur social et médico-social dans la seconde partie des années 1990, lors de la prépa-

1. Le bio-pouvoir peut se définir comme le pouvoir qui s'exerce sur la vie des corps; en cela, l'établissement est un instrument de bio-pouvoir dès lors que sa dimension collective organisée encadre, contient, voire restreint les vies des personnes accueillies. Pour approfondir: M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976; *Il faut défendre la société, cours au Collège de France 1975-76*, Gallimard-Seuil, coll. « Hautes Études »; K. GENEL, « Le biopouvoir chez Foucault et Agamben », *Methodos* [En ligne], 4, 2004, mis en ligne le 2 mai 2004, consulté le 26 août 2014: <http://methodos.revues.org/131>; DOI: 10.4000/methodos.131

2. Ce qui renvoie, là encore, aux travaux de Foucault sur l'exclusion de la « parole du fou » par les systèmes de pouvoir: *L'ordre du discours, leçon inaugurale au Collège de France du 2 décembre 1970*, Gallimard, coll. « NRF », p. 12-14.

ration de la « réforme de la loi sociale », ont bien rendu compte de la diffusion de cette crainte d'abus de pouvoir qui s'est traduite par la formulation d'une remise en cause de la logique institutionnelle issue de 1975³. Il fallait, selon l'expression consacrée, « remettre la personne au centre du dispositif » et faire en sorte qu'aucune situation ne puisse demeurer cachée derrière les hauts murs d'une institution toute puissante. Il est alors apparu au législateur qu'une affirmation rénovée des droits des personnes devait servir l'exigence primordiale du bannissement de toute forme de maltraitance⁴.

Dès lors que la protection – et même la promotion – des droits des personnes accueillies se justifie par l'impératif de maîtriser le risque de maltraitance, un effort de définition de cette notion s'impose car « Mal nommer un objet, c'est ajouter au malheur de ce monde ». Cette citation d'Albert Camus⁵ sied particulièrement bien à la maltraitance, concept à la fois

juridique et pratique qui a fait irruption dans la culture des professionnels voilà près d'une dizaine d'années. D'abord parce que l'état de handicap, d'exclusion ou de dépendance qui justifie les interventions de ces professionnels exprime déjà assez le malheur de ce monde. Ensuite, parce que l'adjonction, par un acte de maltraitance, d'une souffrance à cette vulnérabilité initiale ajoute de manière patente autant qu'inutile au malheur des personnes concernées. Enfin, parce que le caractère récent de la conceptualisation de la maltraitance explique encore, trop souvent, l'existence d'incompréhensions qui peuvent faire souffrir les équipes, souffrance liée à une inaptitude à apprécier la qualité des pratiques mais aussi, parfois, à un état d'indétermination face à l'état du droit dans une situation ressentie comme délicate. « Que devons-nous faire? Qu'avons-nous fait? Avons-nous bien fait? Que peut-on nous faire? » Ce « on » peut aussi désigner le juge quand l'un des protagonistes a cru bon de le saisir pour arbitrer un conflit né du traitement inadéquat d'une situation de maltraitance: la victime, parce qu'elle n'a pas été assez bien protégée; le professionnel, parce qu'il conteste la sanction qu'on lui a infligée en tant qu'auteur ou parce qu'on lui reproche d'avoir fait – ou de n'avoir pas fait – un signalement; l'organisme gestionnaire, parce que l'Administration a décidé de mettre un terme à l'autorisation de l'établissement ou du service. Mais ce juge va devoir se confronter à la même difficulté conceptuelle et pratique que les professionnels et rechercher des réponses à ces deux interrogations: quel sens juridique le mot maltraitance a-t-il et quel régime s'attache à sa sanction?

I. La polysémie du terme de maltraitance

Alors que le ministère de la Santé rappelle périodiquement la préoccupation des pouvoirs publics en matière de bien-

3. La remise en cause de l'institution sociale ou médico-sociale de la fin du XX^e siècle paraît plus superficielle que la critique de fond adressée, quelque trente ans auparavant, par Foucault à l'endroit de l'institution du XIX^e siècle comme modalité d'enfermement, y compris l'institution thérapeutique (asiles, hospices): M. FOUCAULT, *La société punitive, cours au Collège de France 1972-73*, Gallimard-Seuil, coll. « Hautes Études », p. 208 et s. Si elle ne peut guère entretenir de relation avec l'idée foucauldienne de « grand enfermement » sous l'Ancien Régime, la critique contemporaine semble toutefois rejoindre celle du philosophe lorsque ce dernier soutient que les institutions sont « des corps dont la fonction est d'être des multiplicateurs de pouvoir, des zones dans lesquelles le pouvoir est plus concentré, plus intense » (*op. cit.*, p. 211). C'est en ce sens, de notre point de vue, que la promotion du droit des usagers par la loi de 2002 œuvre à une neutralisation des effets négatifs de la forme institutionnelle.

4. Article L. 311-4 du CASF: « Afin de garantir l'exercice effectif des droits mentionnés à l'article L. 311-3 et notamment de prévenir tout risque de maltraitance, [...] ».

5. Citation extraite de l'essai *Sur une philosophie de l'expression*, Paris, 1944. Camus résume ainsi la pensée sur le mensonge de son ami le philosophe Brice Parain.

traite des personnes accueillies ou accompagnées par les établissements et services sociaux ou médico-sociaux (ESSMS)⁶, il paraît judicieux de prêter attention à la signification de ce terme amplement usité dans la littérature⁷ et par les professionnels. En effet, après les scandales des années 1980 qui ont mis crûment en lumière les violences faites à des enfants⁸, après la sinistre affaire

« des disparues de l'Yonne », qui connut des développements très médiatiques en 2001, année des débats parlementaires, le législateur est intervenu pour veiller à ce que l'intégrité des personnes soit garantie, de sorte que la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 a fait de cette exigence un point cardinal de la rénovation du droit des institutions⁹. L'irruption, par ailleurs, de la notion philosophique de dignité dans le champ du droit, d'abord par l'office du juge puis par le travail législatif, a largement contribué à l'émergence d'un corpus de droits fondamentaux appliqués, démembrements du droit de la personnalité¹⁰ qui constituent aujourd'hui dans le langage courant le droit des usagers¹¹.

6. Circulaire DGCS/SD2A/2014/58 du 20 février 2014 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance et au développement de la bienveillance des personnes âgées et des personnes handicapées dans les établissements et services médico-sociaux relevant de la compétence des ARS, mise en ligne sur le site internet : www.circulaires.gouv.fr, le 20 mars 2014. Ce texte a été annulé et remplacé celui de la circulaire DGCS/2A n° 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 bienveillance dans les établissements et services médico-sociaux relevant de la compétence de l'agence régionale de santé (BO Santé n° 2010/9 du 15 octobre 2010, p. 271).

7. V° par exemple : I. ANGELINO, *L'enfant, la famille, la maltraitance*, Dunod, 2004 ; Y. GINESTE, dir., *Silence, on frappe... De la maltraitance à la bienveillance des personnes âgées*, Animagine, 2007 ; R. HUGONOT, *Violences invisibles : reconnaître les situations de maltraitance envers les personnes âgées*, Dunod, 2007 ; N. LÉPINE, *Vieillir en institution : de la sexualité à la maltraitance*, Chronique sociale, 2008 ; J.-P. BLAEOUET, Ph. CROGNIER, *Prévenir la maltraitance en institution : guide des bonnes pratiques*, Dunod, 2009 ; Collectif, *Guide de la prévention et de la lutte contre la maltraitance des personnes âgées*, Dunod, 2010.

8. Il est ici, notamment, fait référence à de bien tristes affaires dont les médias se sont fait l'écho : celles « du Coral » et de « l'enfant du placard » qui ont éclaté en 1982, celle « des viols de l'été rouge » en 1988. De fait, c'est bien à la fin des années 1980 que le législateur a fait le choix d'investir la question de la protection des mineurs accueillis en établissement, avec la loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance (JO du 14 juillet 1989, p. 8869). Sur le processus législatif lié à ces faits divers : R. LAFORE, « Les montages institutionnels de la protection de l'enfance : entre justice et administration », *RDSS*, 2007, p. 15. Sur le rôle décisif des médias et, en particulier, de la télévision : A.-C. AMBROISE-RENDU, « Enfants violés. Une histoire des sensibilités, XIX^e-XX^e siècles », dossier soutenu le 13 avril 2010 à l'université de Versailles Saint-Quentin en vue de l'habilitation

à diriger des recherches, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://rh19.revues.org/4094>

9. M. LÉVY, « La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale : changement et/ou continuité ? », *RDSS*, 2002, p. 423, spéc. lorsque l'auteur écrit : « Les débats précédant la loi du 2 janvier 2002 sont d'ailleurs très succincts et marqués à notre lecture par le "non-dit". On sent les parlementaires, notamment à l'Assemblée nationale, partagés, comme tout un chacun, entre l'horreur des faits révélés, le souci de ne pas généraliser et le sentiment qu'en la matière, on ne saurait exclure que l'arbre de la maltraitance révélée ne cache une certaine forêt des pratiques ». Pourtant, avec le recul, les nouveaux dispositifs législatifs ne sont pas toujours regardés comme des garanties absolues de prévention et de lutte contre la maltraitance institutionnelle : H. RIHAL, « La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale évite-t-elle la maltraitance en institution ? », *RDSS*, 2006, p. 1000.

10. La doctrine civiliste regorge de sources sur le thème des droits de la personnalité : v° les traités et manuels d'introduction au droit civil. Pour une approche synthétique quoique précise : B. BEIGNIER, *Le droit de la personnalité*, PUF, 1992, coll. « Que sais-je ? ».

11. V° la référence en la matière : J.-M. L'HUILLIER, *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, 4^e éd., Presses de l'EHESP, 2009, spéc. n° 30 et s.

A. L'ambiguïté de la notion de maltraitance

Au nombre des principes reconnus et promus dans le droit des usagers figurent les droits à l'intégrité et à la sécurité, issus en droit des institutions des articles L. 311-3, 1° du CASF et 7 et 12 de la Charte des droits et libertés de la personne accueillie¹². Le respect de ces droits suppose la prohibition de tout acte d'atteinte à l'intégrité et c'est ainsi qu'apparaît naturellement la première acception, pénale, de maltraitance. Autrement dit, si le droit des usagers n'est qu'une application du droit de la personnalité, alors le droit à l'intégrité et à la sécurité en ESSMS n'apparaît en lui-même que comme la déclinaison d'une exigence plus générale de protection de la sûreté des personnes¹³, protection mise en œuvre dans le corps social par la fonction de police judiciaire au visa des dispositions du Code pénal afférentes à la protection des personnes¹⁴. Cette première acception pénale trouve un écho puissant dans l'obligation, faite à toute personne par les articles 434-1¹⁵ et 434-3¹⁶ du même code, de signaler à l'autorité judiciaire ou administrative les atteintes à l'intégrité¹⁷ des personnes vulnérables au point de ne pouvoir se protéger elles-mêmes, au rang desquelles comptent les mineurs de moins de quinze ans, les personnes handicapées et les personnes âgées dépen-

dantes. Et cette double obligation de signalement est d'ailleurs renforcée, de l'avis de la doctrine¹⁸, par celle de porter assistance qui résulte de l'article 223-6 du Code pénal.

Mais la loi fait coexister une autre approche de la maltraitance, plus globale et qui a adopté une logique a *contrario* : relève de la maltraitance toute pratique qui ne promeut pas la bienveillance des personnes accueillies ou accompagnées. L'injonction n'a plus ici la forme d'une prohibition; elle réside davantage dans une préoccupation constante dont le droit des institutions est émaillé¹⁹, sans toutefois jamais en livrer un contenu objectif²⁰.

Le concept de maltraitance peut paraître flou dans sa définition, créant une difficulté qui lui est consubstantielle. En effet, s'il s'agit de tendre vers l'absolu d'un état de bien-être aussi indéfini que celui qu'a pu retenir l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) à propos

18. J.-M. LHULLIER, *op. cit.*, n° 314 et s.; P. CALLOCH, *La responsabilité des établissements sanitaires et sociaux*, Éd. Législatives, 2006, coll. « Dominantes », p. 74; A. PIQUERAS, C. COUPARD, *Maîtriser ses risques et responsabilités en travail social*, 3^e éd., ESF, 2010, p. 212.

19. Il faudrait dresser un inventaire à la Prévert pour identifier les occurrences de cette préoccupation dans le CASF. Citons à titre d'exemples la politique de compensation du handicap (article L. 114-3, f), les missions des maisons départementales des personnes handicapées ou MDPH (article L. 146-7, alinéa 2), les documents obligatoires à remettre à l'admission en ESSMS (article L. 311-4), la formation des travailleurs sociaux (article L. 451-1) ou encore le régime juridique des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (article L. 471-6).

20. Les travaux parlementaires préalable à l'adoption de la future loi du 2 janvier 2002, s'ils comprennent au moins quarante-huit fois le mot « maltraitance », n'en trahissent jamais le sens précis: v° M. LAGRAULA-FABRE, « La loi du 2 janvier 2002 relevant l'action sociale et médico-sociale: pare-feu contre la maltraitance? », *RDSS*, 2006, p. 969; ou encore A. TERRASSON DE FOUGÈRES, « La maltraitance des personnes âgées », *RDSS*, 2003, p. 176.

12. Adoptée, en application de l'article L. 311-4 du CASF, par un arrêté du 8 septembre 2003 (*JO* du 9 octobre 2003, p. 17250).

13. Article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 ayant valeur constitutionnelle.

14. Il s'agit du livre II consacré aux crimes et délits contre les personnes. J.-M. LHULLIER, *La responsabilité civile, administrative et pénale dans les établissements sociaux et médico-sociaux*, 4^e éd., Presses de l'EHESP 2006, n° 268-1.

15. Non-dénonciation de crime.

16. Défaut de signalement.

17. Le texte vise les privations, les mauvais traitements et les atteintes sexuelles.

de la santé²¹, alors la bientraitance est un horizon²²; en ce sens, la situation de chaque personne accueillie apparaît relative au regard de cet absolu. Mais est-ce à dire qu'une relative bientraitance induit l'existence d'une tout aussi relative – et permanente – maltraitance?²³

La difficulté logique que cause la conjonction des deux termes va affecter la mise en œuvre des prérogatives de police administrative, au risque de conduire à une confusion regrettable. En effet, l'exercice par l'État de ses responsabilités régaliennes peut aller, dans les cas les plus graves, jusqu'à la fermeture d'un ESSMS, soit pour non-conformité de l'activité à la réglementation – qu'existe ou non un risque de responsabilité pour le titulaire de l'autorisation ou ses préposés – soit au titre de l'ordre public, c'est-à-dire à raison d'un danger pesant sur la santé, la sécurité ou le bien-être des personnes hébergées²⁴. Parmi ces cas d'intervention possible de la puissance publique, un seul correspond strictement à l'acception pénale de la maltraitance dans laquelle l'intégrité des personnes est – ou est susceptible

d'avoir été – atteinte; les autres hypothèses peuvent induire ou provoquer un défaut de bientraitance mais sans pour autant que la notion soit aisément objective. Ainsi en va-t-il de l'idée de « maltraitance institutionnelle » qui exprime l'existence de facteurs de non-qualité de l'accompagnement qui ont des conséquences péjoratives pour les personnes accueillies; il n'y a pas, là, de comportements infractionnels imputables aux professionnels et pourtant, l'expérience montre que le risque d'amalgame est souvent au rendez-vous, en particulier lorsque les médias ont choisi de procéder par approximations sensationnelles. De cette dualité d'approches²⁵ va découler une ambiguïté aux yeux des professionnels du secteur social et médico-social, entretenue par une doctrine administrative handicapée sans doute par le manque de clarté avéré de la notion²⁶. Postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 2 janvier 2002, une circulaire du 30 avril 2002 va aborder la question du signalement des actes de maltraitance et des abus sexuels commis contre des enfants ou des adultes vulnérables²⁷; elle s'inscrira clairement dans l'acception pénale de la maltraitance, sans toutefois définir explicitement ce qu'est un acte de maltraitance. Puis une circulaire du 3 mai 2002 s'intéressera aux personnes âgées accueillies en institution mais elle ne comprendra pas davantage de définition de ce qu'est la maltraitance.

21. « La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité. »

22. Pour une prise en compte opérationnelle de cette conception de la bientraitance comme objectif professionnel: A. BOUKELAL, dir., dossier « Le déploiement de la bientraitance au quotidien: repère et outils à l'usage des professionnels en ESSMS », *Cahiers de l'Actif* n° 462-463, novembre-décembre 2014, p. 7-385.

23. Pour une mise en garde contre le risque de transformation de l'aspiration à la bientraitance en un « méliorisme » idéologique et utopique: M. GARRIGUE-ABGRALL, « Critique de l'usage du concept de bientraitance », *Éthique & Santé* vol. 2, n° 3, septembre 2005, p. 133.

24. Dossier « Le contrôle des établissements sociaux et médico-sociaux », *RDSS*, n° 3/2010; CAA Lyon, 18 décembre 2008, *Association Les Vinots*, n° 05LY00657; TA Nîmes, 20 mai 2009, *Association IpSIS*, note J.-M. LHUILLIER, *RDSS*, 2009, p. 761; J.-M. LHUILLIER, « La fermeture des établissements sociaux et médico-sociaux: de nouveaux textes pour un nouveau contexte », *RDSS*, 2006, p. 710.

25. D'autant plus délicate à objectiver qu'elle fait l'objet d'un tabou: D. ROMAN, « Vieillesse et droits fondamentaux: l'apport de la construction européenne », *RDSS*, 2008, p. 267.

26. Ainsi qu'a notamment pu le relever la commission d'enquête sénatoriale présidée par Paul Blanc dans son rapport *Maltraitance envers les personnes handicapées: briser la loi du silence* (n° 339 du 5 juin 2003).

27. Circulaire DGAS/SD2 n° 2002-265 du 30 avril 2002 relative au renforcement des procédures de traitement des signalements de maltraitance et d'abus sexuels envers les enfants et les adultes vulnérables accueillis dans les structures sociales et médico-sociales, *BO Santé* n° 2002/23.

tance²⁸. Le vocabulaire évoluera avec, pour la première fois dans une instruction ministérielle du 2 mars 2007, l'expression d'une idée de développement de la bientraitance²⁹... Mais toujours rien pour définir la maltraitance ou la bientraitance. L'instruction ajoutera même à la confusion lorsqu'elle visera le traitement des « événements indésirables »³⁰ qu'elle désignera comme « tous ceux qui constituent une menace pour la santé, la sécurité ou le bien-être d'un résident »; manifestement, son auteur ignorait le vocabulaire de l'assurance qualité qui recourt usuellement à cette expression pour désigner les non-conformités justifiant une non-délivrance/un rappel du produit ou de la prestation ainsi qu'un traitement *a posteriori* en revue de direction. Et comme si cette confusion ne suffisait pas, voilà également que vont être distinguées des situations exceptionnelles ou dramatiques qui justifieront la mise en œuvre d'une procédure de compte rendu à l'administration centrale; pour le suivi, vont être déployés des outils applicatifs « Signal » et « Vigie » au sein d'un système d'information unique « Prisme » qui mêlera données de signalement et

données d'inspection. La circulaire du 15 octobre 2008, ayant trait au renforcement de la politique de contrôle de l'État, ne donnera toujours pas de définition. Celle du 23 juillet 2010³¹ adressée aux directeurs généraux des agences régionales de santé (ARS), si elle considère la maltraitance et la bientraitance, se gardera bien encore de les caractériser. En dernier lieu, la circulaire du 20 février 2014 ne fournit au lecteur aucune définition claire de la maltraitance et entretient la confusion entre les différents registres déjà évoqués³²; par ailleurs, elle s'attache à préciser le processus de compte rendu des ARS aux services et cabinets ministériels dans le cadre du système d'information sanitaire des alertes et crises (Sisac)³³.

B. Une définition de « droit mou »

C'est à l'Agence nationale pour l'évaluation et la qualité dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM) qu'est revenu le soin de proposer, *via* des recommandations de

28. Circulaire DGAS/SD2 n° 2002-280 du 3 mai 2002 relative à la prévention et à la lutte contre la maltraitance envers les adultes vulnérables, et notamment les personnes âgées, *BO Santé* n° 2002/21: « La maltraitance envers les adultes vulnérables, personnes handicapées ou personnes âgées, qu'elle ait lieu dans la famille ou au sein d'une institution, est une réalité complexe qui reste difficile à appréhender, tant dans son ampleur que dans la nature des violences qui la caractérisent ».

29. Instruction ministérielle n° 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.

30. La notion, voisine par son flou, d'« information préoccupante » au sens de l'article L. 226-2-1 du CASF, qui concerne le droit de la protection de l'enfance, n'est pas abordée dans ce chapitre. Pour plus de détails, v° J.-M. LHUILLIER, « Information préoccupante et signalement: la mise en œuvre des textes issus de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance », *RDSS*, 2010, p. 947.

31. Déjà citée en note 2.

32. V° la définition de la notion de signalement (p. 4 de la circulaire): « 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. » Plus loin (même page), est visé « tout événement ayant pour conséquence de menacer ou compromettre la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes accueillies ou de perturber l'organisation ou le fonctionnement de l'établissement avec des conséquences néfastes sur la prise en charge des personnes et le respect de leurs droits ». Le modèle de protocole de signalement ARS/ESSMS annexé à la circulaire définit ainsi le champ d'application du signalement: « Entrent dans le champ du protocole les informations relatives à tout événement indésirable et toute situation menaçant ou compromettant la santé ou la sécurité des personnes prises en charge. »

33. Annexe 2 de la circulaire.

bonnes pratiques professionnelles, le contenu et la portée des notions de maltraitance et de bientraitance. Une première recommandation de juillet 2008³⁴ a offert de la bientraitance la définition suivante: « La bientraitance est une culture inspirant les actions individuelles et les relations collectives au sein d'un établissement ou d'un service. Elle vise à promouvoir le bien-être de l'usager en gardant présent à l'esprit le risque de maltraitance [...] Mouvement d'individualisation et de personnalisation permanente de la prestation, la bientraitance ne peut, en tant que telle, recevoir de définition définitive ». Cet énoncé, extrait de la première partie de la recommandation où se côtoyaient par ailleurs la bienfaisance, la bienveillance, la sollicitude, le *care*³⁵ et la reconnaissance, s'est accompagné d'un effort de clarification méritoire autant que salutaire à l'égard de la maltraitance: « Ainsi, la bientraitance ne se réduit ni à l'absence de maltraitance, ni à la prévention de la maltraitance. Elle n'est ni le contraire logique, ni le contraire pragmatique de la maltraitance ». L'ANESM a poursuivi son œuvre clarificatrice en prêtant attention au rôle du directeur et des cadres d'ES-SMS dans l'animation du processus de prévention et de traitement de la maltraitance³⁶. Une définition précise a alors été donnée de la maltraitance, issue de celles du Conseil de l'Europe de 1987 et 1992³⁷: constituent des faits de maltraitance

les violences – dans un sens très large – ainsi que les négligences et les violations des droits. L'Agence reprendra cette définition dans le cadre de sa recommandation consécutive intéressant les interventions à domicile³⁸. C'est ce sens extensif de la maltraitance qui guide l'action militante d'associations telles qu'Habéo (www.habeo.org), à l'origine³⁹ de la création d'un numéro d'appel spécial, le 3977, permettant le signalement de toute situation de maltraitance d'une personne adulte handicapée ou d'une personne âgée. La plateforme téléphonique gouvernementale dédiée

ment le développement de sa personnalité et/ou nuit à sa sécurité financière». Cette définition est complétée par la classification que le Conseil de l'Europe a établie en 1992. La maltraitance y est détaillée sous ses différentes formes, comme: **violences physiques**: coups, brûlures, ligotages, soins brusques sans information ou préparation, non-satisfaction des demandes pour des besoins physiologiques, violences sexuelles, meurtres (dont euthanasie); **violences psychiques ou morales**: langage irrespectueux ou dévalorisant, absence de considération, chantages, abus d'autorité, comportements d'infantilisation, non-respect de l'intimité, injonctions paradoxales; **violences médicales ou médicamenteuses**: manque de soins de base, non-information sur les traitements ou les soins, abus de traitements sédatifs ou neuroleptiques, défaut de soins de rééducation, non-prise en compte de la douleur...; **négligences actives**: toutes formes de sévices, abus, abandons, manquements pratiqués avec la conscience de nuire; **négligences passives**: négligences relevant de l'ignorance, de l'inattention de l'entourage; **privation ou violation de droits**: limitation de la liberté de la personne, privation de l'exercice des droits civiques, d'une pratique religieuse; **violences matérielles et financières**: vols, exigence de pourboires, escroqueries diverses, locaux inadaptés. La notion de maltraitance retenue comme objet de la recommandation est donc plus large que celui de la maltraitance justifiant la réalisation d'un signalement au sens des articles 226-3, 226-13, 226-14, 434-1, 434-3 du Code pénal et 40 du Code de procédure pénale ».

38. Recommandations de bonnes pratiques professionnelles « Mission du responsable de service et rôle de l'encadrement dans la prévention et le traitement de la maltraitance à domicile », septembre 2009.

39. Avec la fédération Alma France. La réunion de ces deux acteurs a fait naître la Fédération 3977.

34. « La bientraitance: définition et repères pour la mise en œuvre ».

35. Le « prendre soin », notion développée par l'universitaire américaine Carol Gilligan: V. NUROCK, *Carol Gilligan et l'éthique du care*, PUF, 2010, coll. « Débats philosophiques ».

36. Recommandations de bonnes pratiques professionnelles « Mission du responsable d'établissement et rôle de l'encadrement dans la prévention et le traitement de la maltraitance », décembre 2008.

37. Un acte de maltraitance est « une violence se caractérisant "par tout acte ou omission commis par une personne s'il porte atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle ou psychique ou à la liberté d'une autre personne, ou compromet grave-

aux enfants et adolescents, le 119, est également destinée à accueillir des appels d'urgence relatifs à la maltraitance mais son domaine s'étend, au-delà, à toutes les situations de danger au sens du droit de la protection de l'enfance.

Au terme de cette description apparaissent donc deux acceptions « concentriques » de la maltraitance. L'une, restrictive, correspond aux atteintes à l'intégrité entrant dans le champ des articles 223-6, 434-1 et 434-3 du Code pénal. L'autre, extensive, conforme aux recommandations de bonne pratiques professionnelles de l'ANESM, englobe d'autres infractions – y compris des atteintes aux biens – et des comportements non infractionnels⁴⁰ ainsi que les autres situations de non-qualité⁴¹.

La question pourrait se poser de la hiérarchie des valeurs respectives des deux concepts. Si la portée de la loi pénale ne laisse guère de place à l'incertitude, en revanche celle des recommandations de bonnes pratiques professionnelles de l'ANESM demeure à déterminer. Il est certes possible de tenter une analogie avec d'autres recommandations que le droit de la santé a vu apparaître, telle celles de la Haute Autorité de santé par exemple⁴². Il serait aussi intéressant de

situer le processus particulier d'élaboration des recommandations de l'ANESM dans le contexte plus général du régime juridique des évaluations de biens et de services pour en tirer, le cas échéant, des conclusions sur l'efficacité juridique de la production de l'Agence⁴³. Enfin, il faut

lorsqu'elles ont été adoptées postérieurement à la réalisation de l'acte chirurgical objet du litige (CAA Bordeaux, 28 octobre 2010, *CHU de Toulouse*, n° 10BX00398). Elles ne sont pas annulables non plus dès lors qu'elles n'ont pas fait grief en l'espèce (CE, 12 octobre 2009, *Sociétés Glaxosmithkline*, n° 32784). Toutefois, il a pu être jugé à propos des recommandations de l'ancienne ANAES « que si les recommandations de bonnes pratiques ainsi définies, qui visent normalement à donner aux professionnels et établissements de santé des indications et orientations pour l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'accès des patients aux informations médicales, n'ont pas en principe, même après leur homologation par le ministre chargé de la Santé, le caractère de décision faisant grief, elles doivent toutefois être regardées comme ayant un tel caractère, tout comme le refus de les retirer, lorsqu'elles sont rédigées de façon impérative » (CE, 26 septembre 2005, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, n° 270234; *AJDA* du 13 février 2006, p. 308 et s., note J.-P. MARKUS).

43. Le régime juridique de l'évaluation externe des ESSMS (articles L. 312-8, D. 312-198 à D. 312-202 du CASF; cahier des charges réglementaire issu du décret n° 2007-975 du 15 mai 2007) pourrait ne pas paraître conforme aux prévisions de l'article 137 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 qui a institué un dispositif de droit commun de certification (nouveaux articles L. 115-27 et suivants du Code de la consommation). Est ainsi créée une Instance nationale d'accréditation (INA) qui dispose du monopole de la délivrance des certificats d'accréditation en France. La soumission à ce régime juridique est, comme ici, essentiellement affaire de définitions. Ainsi la compétence de l'INA s'étend-elle à toute certification de produit ou de service par laquelle un organisme atteste qu'un produit ou un service est conforme à des caractéristiques décrites dans un référentiel et faisant l'objet de contrôles. Il faut alors entendre comme référentiel tout document technique définissant les caractéristiques que doivent présenter un produit ou un service et les modalités du contrôle de la conformité du produit ou du service à ces caractéristiques. Est considéré comme organisme certificateur tout organisme ayant déposé auprès de l'autorité administrative une déclaration relative à son activité et contenant notamment toutes informations nécessaires en ce qui concerne les mesures destinées à garantir son impartialité et sa

40. Ce qui ne signifie pas qu'ils ne soient pas sanctionnables juridiquement, par exemple sur le terrain disciplinaire, v° par exemple: Cass. soc., 7 mai 2014, n° 13-14017 (bien-fondé du licenciement d'un rédacteur administratif et comptable ayant obtenu de deux personnes âgées la conclusion, à son profit, de contrats d'assurance vie).

41. Pour une analyse plus fine de ces faits non infractionnels entrant dans le champ de la maltraitance: M. LAGRAULA-FABRE, « La violence institutionnelle dans les établissements sociaux et médico-sociaux, une question de droit ? », *RDSS*, 2005, p. 110.

42. V° le dossier consacré à la question de la valeur juridique des recommandations de bonnes pratiques in *RDS* n° 15, janvier 2007 et notamment, p. 17, la chronique d'O. SMALLWOOD: « Essai d'une qualification juridique des recommandations ». Les recommandations ne sont pas invocables devant le juge administratif

souligner que le Conseil d'État a reconnu – mais implicitement et sans en affirmer expressément la portée réglementaire – que les recommandations de bonnes pratiques émises par l'ANESM sont des décisions administratives faisant grief, justiciables d'une annulation à l'issue d'un recours pour excès de pouvoir⁴⁴. Mais pour acquérir une plus grande certitude, sans doute faudra-t-il attendre les développements que la jurisprudence administrative donnera aux contentieux des refus de renouvellement d'autorisation d'ESSMS intervenus en suite d'une évaluation externe défavorable⁴⁵.

En toutes hypothèses, selon les situations, le juge va mobiliser l'une ou l'autre des acceptions de la maltraitance pour déterminer la solution du litige qui lui a été soumis. Tenter de déterminer le critère auquel il aura recours, tel est bien alors l'enjeu d'un examen du régime de la sanction de la maltraitance à travers les enseignements de la jurisprudence.

compétence. L'accréditation s'entend de la reconnaissance d'aptitude des organismes certificateurs à procéder à des opérations de certification. Dans ce régime, seule échappe à la compétence de l'INA l'accréditation des organismes certificateurs des denrées alimentaires, des produits agricoles non alimentaires et non transformés, des médicaments, des poinçons, estampilles, visas, certificats d'homologation, marques collectives ou attestations de conformité aux dispositions communautaires par l'autorité publique ou par des organismes désignés à cet effet et soumis à un contrôle technique ou administratif de l'autorité publique en vertu de dispositions législatives ou réglementaires. Échappent également à l'INA les organismes qui délivrent des labels ou marques prévus par l'article L. 413-1 du Code du travail ainsi que des marques d'artisan et de maître-artisan. La délivrance d'une certification non conforme à ces règles constitue une infraction pénale.

44. CE, 23 décembre 2014, *Association lacanienne internationale*, n° 362053.

45. Sur ce point précis, la circulaire précitée du 20 février 2014 comprend des instructions ministérielles aux ARS qui sont exprimées dans les termes suivants (p. 11) : « Vous ne renouvelerez pas tacitement l'autorisation de ceux [des établissements et services] qui n'auront pas procédé à cette évaluation [externe] dans les délais requis et n'accorderez aucune dérogation à cette exigence. »

II. La sanction de la maltraitance

L'entreprise est vaste qui consiste à examiner ce qui, dans la jurisprudence judiciaire et administrative, a trait à la sanction de la maltraitance. Car sur un même fait dolosif, le droit peut proposer au moins deux regards : celui de la répression – pénale ou disciplinaire – et celui de la réparation. La casuistique des situations peut aussi conduire à distinguer les liens nécessaires ou possibles entre la sanction pénale et la sanction disciplinaire. Et puis, inévitablement dès lors que les professionnels sont investis d'un rôle de médiation à l'égard des personnes accueillies ou accompagnées, doit être examinée la situation de celui ou de celle qui aura signalé – ou omis de signaler – un fait de maltraitance. En présence d'une telle pluralité de grilles de lecture, le parti peut être pris de distinguer selon que la notion de maltraitance adoptera ou non une valeur absolue, sanctionnée comme telle par le juge.

A. Une sanction rigoureuse de la maltraitance au sens pénal

La jurisprudence tend à adopter un point de vue très rigoureux à propos de la maltraitance dès lors que les enjeux lui apparaissent majeurs. Tel est sans doute le cas dans deux domaines : celui de la sanction des infractions pénales d'atteinte aux personnes d'abord, celui de la protection des professionnels auteurs de signalements ensuite.

Dans le domaine des atteintes à l'intégrité constitutives d'infractions pénales d'abord, le juge fait preuve d'une intransigeance absolue⁴⁶. Cette intolérance s'oriente dans deux directions complémentaires : la répression et la réparation.

46. Pour une illustration récente de ce que des brimades ne sauraient être assimilées à des négligences qui, par leur caractère involontaire, auraient fait obstacle à toute qualification d'un élément moral du délit de violences : Cass. crim., 24 juin 2014, n° 13-85134.

Dans un cas, la jurisprudence enseigne que l'obligation pénale de signaler est absolue et qu'elle ne s'accommode d'aucun aménagement; dans l'autre, transigeant avec la théorie classique de la faute, elle fait de la commission même de l'infraction l'unique critère de l'indemnisation.

S'agissant d'abord de l'obligation pénale de signaler, le juge répressif fait preuve de la plus grande sévérité⁴⁷. Ainsi, par exemple, l'obligation de signalement instituée par l'article 434-3 du Code pénal requiert-elle que soient portés à la connaissance des autorités compétentes non seulement les faits avérés mais également les faits rapportés par un témoin indirect⁴⁸, les simples soupçons⁴⁹, les circonstances colportées par la rumeur ou la réputation⁵⁰. L'absence de preuve ne dispense pas de l'obligation de signaler⁵¹. Le dépositaire

de toute information doit la transmettre aussitôt en s'interdisant bien de porter une appréciation sur la gravité des faits⁵² et, *a fortiori*, de réaliser préalablement une enquête interne⁵³; le signalement doit intervenir sans délai⁵⁴. Cette sévérité trouve son prolongement naturel en droit disciplinaire puisque le défaut de signalement justifie le prononcé du licenciement du cadre intermédiaire fautif⁵⁵. Pour être exhaustif, il faut enfin indiquer que le Parquet, maître des poursuites en application de l'article 40-1 du Code de procédure pénale, n'est pas pour autant tenu de donner nécessairement suite au signalement et en cas de décès de la personne victime des actes signalés, l'absence de poursuites n'engage pas la responsabilité de l'État du fait d'un dysfonctionnement du service public de la justice dès lors qu'a pu être établie l'absence de faute lourde par la réalité des investigations qui avaient été conduites en enquête préliminaire⁵⁶.

S'agissant ensuite de l'obligation de réparer les conséquences de l'infraction, il faut constater que depuis 1993, le juge répressif reçoit et satisfait la demande d'indemnités dirigée par la victime du défaut de signalement à l'encontre du professionnel demeuré silencieux⁵⁷; de

47. Pour un examen plus détaillé des infractions pénales susceptibles d'être relevées en répression de faits de maltraitance: G. GIUDICELLI-DELAGE, « La responsabilité pénale des travailleurs sociaux au regard du nouveau Code pénal », *RDSS*, 1993, p. 708; L. LETURMY, « La maltraitance en droit pénal », *RDSS*, 2006, p. 981.

48. Cass. crim., 6 septembre 2006, n° 05-87-274: condamnation du directeur d'un foyer qui, informé par le psychologue du témoignage d'une mineure hébergée, n'a pas signalé les faits qui lui ont ainsi été rapportés (caresses sur la joue et baisers sur la bouche par le veilleur de nuit).

49. Cass. crim., 12 janvier 2000, n° 99-80534: condamnation du directeur d'un établissement qui, au fait de soupçons de commission d'atteintes sexuelles sur des enfants, avait interrogé le professionnel présumé auteur et l'avait entendu nier.

50. Cass. crim., 5 septembre 2001, n° 01-81397: condamnation du directeur et d'un professeur d'un établissement d'enseignement pour n'avoir pas signalé des atteintes sexuelles (fellation imposée à une élève dans les toilettes par un autre élève contre de l'argent) dont la réalité leur paraissait incohérente, étant précisé que selon eux la victime avait la réputation de pratiquer volontairement ainsi.

51. Cass. crim., 13 mai 2009, n° 08-86820: condamnation du maire qui avait refusé de procéder au signalement de faits de violence commis par une aide-soignante sur des résidents de la maison de retraite communale. Le second moyen de cassation entendait faire valoir que la détention d'attestations écrites ne rapportait pas

la preuve de la connaissance directe des faits par le prévenu.

52. Cass. crim., 6 septembre 2006, loc. cit.

53. Cass. crim., 17 mars 2010, n° 09-85670: condamnation du directeur d'une maison d'enfants à caractère social (MECS) qui, informé d'une possible atteinte sexuelle, avait décidé une enquête interne à l'établissement avant de se déterminer sur la réalisation du signalement.

54. Cass. crim., 5 septembre 2001, loc. cit.

55. CAA Douai, 1^{er} décembre 2011, *Mme Edwige A...*, n° 10DA01154: confirmation de l'autorisation de licencier l'éducatrice-chef d'une maison d'accueil spécialisée (MAS) qui n'avait donné aucune suite au compte rendu d'un stagiaire ayant fait état d'actes de maltraitance.

56. Cass. 1^{er} civ., 8 octobre 2014, n° 13-22591 & n° 13-22602 (affaire dite « de la petite Marina »).

57. Cass. crim., 17 novembre 1993, n° 93-80466, *Bull. crim.*, 1993, n° 347.

ce point de vue, la condamnation pénale entraîne mécaniquement la réparation du préjudice subi par l'auteur sur un fondement délictueux pour peu que la victime l'ait sollicitée au cours du procès pénal. Par ailleurs, le juge civil admet depuis 2005 l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'organisme gestionnaire en réparation des conséquences dommageables de l'infraction commise sur la personne de l'utilisateur, l'existence de cette atteinte sanctionnée pénalement caractérisant une violation de l'obligation de sécurité née du contrat de séjour et ce, même en l'absence d'administration de la preuve par le demandeur de toute faute des professionnels⁵⁸. Au demeurant, cette rigueur s'accorde à celle dont peut faire preuve la Cour de cassation s'agissant de la réparation, par l'employeur, des conséquences dommageables de l'infraction commise par le salarié. Modulant sa jurisprudence antérieure⁵⁹ sur le thème

connu de l'abus de fonctions du préposé⁶⁰, la haute juridiction – en recourant à la typologie des trois conditions issue de son arrêt d'assemblée plénière du 19 mai 1988⁶¹ – a en effet souligné en 2011 la prépondérance de la responsabilité du fait d'autrui qui pèse sur l'employeur, prolongeant la tendance jurisprudentielle qui avait été initiée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'arrêt *Costedoat*⁶². Ainsi, l'employeur est-il très fréquemment responsable des conséquences dommageables des actes de son personnel, même lorsqu'il s'agit de la commission d'infractions pénales dépourvues de lien avec l'exercice normal du travail, dès lors que l'exercice du travail a fourni l'occasion de la commission de l'infraction⁶³.

58. Cass. 2^e civ., 12 mai 2005, *Fgti c/ Association Clair Soleil & Maif*, *Bull. civ.*, 2005, II, 121; *JCP A*, 2005, n° 1201, note O. POINSOT. La solution, confirmée depuis (Cass. 2^e civ., 24 mai 2006, *Association Adij & Maif*, n° 04-17495; L. LAMBERT-GARREL, « Dualité du régime de la responsabilité du fait d'autrui en matière de placement de mineur handicapé ? », *RDS* n° 13, septembre 2006, p. 462), rompt avec l'idée d'obligation de moyen (dont la sanction doit en principe passer par une démonstration expresse de la faute, du préjudice et du lien de causalité) puisque le procédé d'induction auquel recourt le juge a pour effet de faire naître une obligation « de quasi-résultat » qui rend l'indemnisation indépendante de la nécessité de prouver la faute. La tendance jurisprudentielle actuelle est même d'aller au-delà des seules atteintes causées par des infractions pénales: ainsi a-t-il pu être jugé qu'une atteinte à l'intégrité physique fait nécessairement induire l'existence d'une faute de surveillance éducative en l'absence de toute violence causée par une personne (à propos du décès d'une personne âgée, atteinte de la maladie d'Alzheimer, décédée après avoir quitté l'enceinte d'une maison de retraite et erré dans la campagne: Toulouse, 3^e ch., 1^{er} sect., 26 juin 2007, n° 371; O. POINSOT, « Contrat de séjour, obligation de sécurité et fugue mortelle », *RDS* n° 26, décembre 2008, p. 716).

59. Cass. 2^e civ., 21 février 2008, n° 06-21182; *RCA*, 2008, n° 124; *Dalloz*, 2008, 2125, note LAYDU; *JCP G*, 2008, I, 186, n° 5, obs. STOFFEL-MUNCK.

60. À titre indicatif: Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'abus de fonctions », *Dalloz*, 1986, 143; N. RIAS, « Infraction du préposé et abus de fonctions », *JCP G*, 2011, 860; N. MOLFESSIS, « La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlèvement de la Cour de cassation », *Mélanges M. Gobert*, *Economica*, 2004, p. 495 et s.; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2006, n° 797 et s.; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., *Dalloz*, 2009, n° 834 et s.; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2^e éd., Litec, 2009, n° 454 et s.; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVALUX, *Droit civil, Les obligations*, vol. 2, *Le fait juridique*, 13^e éd., *Dalloz-Sirey*, 2009, n° 215 et s.; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 2^e éd., PUF, Thémis, 2010, p. 324 et s.

61. Ph. LE TOURNEAU, dir., *Droit de la responsabilité et des contrats*, *Dalloz-Action*, 2014-2015, n° 7528 et s.

62. Cass. ass. plén., 25 février 2000, n° 97-17387 et 97-20152; *JCP G*, 2000, II, 10295, rapp. KESSOUS, note BILLIAU; *Dalloz*, 2000, 673, note BRU.

63. Cass. 2^e civ., 17 mars 2011, *Association Irsam & Société Groupama assurances océan indien c/ Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages*, n° 10-14468; D. SINDRES, « L'introuvable abus de fonctions du préposé », *Dalloz*, 2011, p. 1530; *Dalloz*, 2011, p. 2050, chron. H. ADIDA-CANAC et O.-L. BOUVIER. Cette œuvre jurisprudentielle s'inscrit dans la postérité de l'arrêt: Cass. ass. plén., 19 mai 1988, n° 87-82654, *Bull. civ.*, 1988, n° 218; *GAJC*, 12^e éd., 2008, n° 219-223.

Dans le second domaine ensuite, afférent à la protection du personnel – de droit privé comme de droit public – contre toute rétorsion de l'employeur en cas de réalisation d'un signalement de faits de maltraitance, le juge a également tendance à adopter une lecture intransigeante. L'idée est ici que la protection de l'article L. 313-24 du CASF⁶⁴ doit être assez forte pour résister aux velléités d'intimidation de l'employeur et ce, afin que l'efficacité du dispositif juridique du signalement des actes de maltraitance soit assurée. Sur ce thème, l'examen de la jurisprudence administrative tourne vite court en l'absence de décisions⁶⁵ quand celui des arrêts de la

chambre sociale de la Cour de cassation retient au contraire l'intérêt. Si dans un premier temps, le dispositif de l'article L. 313-24 a pu ne pas susciter une satisfaction totale⁶⁶, son appropriation par la haute juridiction à compter de son arrêt de principe du 26 septembre 2007⁶⁷ a pu apporter aux professionnels quelque motif légitime de satisfaction. Bientôt confirmé par un arrêt du 30 octobre 2007⁶⁸, le principe est que la protection du salarié revêt un caractère absolu. C'est pourquoi, lorsqu'un licenciement a été prononcé pour plusieurs motifs dont l'un est afférent à la réalisation d'un signalement, il est nul de plein droit. Le caractère absolu de la solution aurait pu faire redouter que l'auteur d'un signalement de mauvaise foi – pour nuire à son employeur ou à un collègue – fût ainsi à l'abri de toute sanction juridique après avoir fraudé l'article L. 313-24⁶⁹; la chambre sociale, dans sa sagesse, a pris ce risque en considération pour le neu-

64. Inséré par l'article 15 de l'ordonnance n° 2005-1477 du 1^{er} décembre 2005 : « Dans les établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1, le fait qu'un salarié ou un agent a témoigné de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie ou relaté de tels agissements ne peut être pris en considération pour décider de mesures défavorables le concernant en matière d'embauche, de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement du contrat de travail, ou pour décider la résiliation du contrat de travail ou une sanction disciplinaire. / En cas de licenciement, le juge peut prononcer la réintégration du salarié concerné si celui-ci le demande. / Ces dispositions sont applicables aux salariés de l'accueillant familial visé à l'article L. 441-1. »

65. Deux arrêts sont à signaler néanmoins. Dans l'un, le Conseil d'État a dit pour droit que l'autorisation, par l'inspecteur du travail, du licenciement d'un salarié protégé ne peut être suspendue par la voie du référé-liberté, la protection légale du salarié auteur d'un signalement ne constituant pas une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (CE, 1^{er} octobre 2004, *Mme Eva A...*, n° 272659). Dans l'autre, une cour administrative d'appel a jugé que l'assistante sociale scolaire qui a opéré un signalement au conseil général après avoir appris qu'une collégienne était frappée par sa mère n'a pas commis de faute mais s'est au contraire conformée à ses obligations telles qu'issues de l'article 434-3 du Code pénal; par suite, nulle responsabilité de l'État ne peut être recherchée (CAA Nancy, 8 avril 2010, *Ministre de l'Éducation nationale*, n° 09NC00454). Précisons enfin que les agents publics auteurs de signalement bénéficient de la protection fonctionnelle, selon les cas, du préfet de département ou

du directeur général de l'agence régionale de santé (article L. 313-24-1 du CASF).

66. Daniel Boulmier a pu, à juste titre, exprimer une critique sur les insuffisances des prévisions légales s'agissant du traitement pécuniaire de la réintégration du salarié injustement licencié (« Le leurre de la protection des travailleurs sociaux en cas de dénonciation d'actes de maltraitance : propos de l'article L. 313-24 du Code de l'action sociale et des familles », *RDSS*, 2006, p. 992) avant d'exprimer une forme de réjouissance au début du commentaire qu'il a fait de l'arrêt de principe (« Le témoignage de mauvais traitements : du bon usage de l'article L. 313-24 du CASF », *RDSS*, 2008, p. 126).

67. Cass. soc., 26 septembre 2007, n° 06-40.039 et *Dr. soc.*, 2007, 1325, obs. J. SAVATIER; D. BOULMIER, « Le témoignage... », *loc. cit.*; G. AUZÉO, « Qui dit réintégration dans l'entreprise dit nullité du licenciement! », *Rev. Dr. Trav.*, 2007, p. 652; C. PIZIO-DELAPORTE, « Dénonciation de mauvais traitements à une personne âgée : absence de cause réelle et sérieuse de licenciement », *JCP S*, 2008, 1098; S. MAILLARD, « Nullité du licenciement fondée sur la dénonciation d'actes de maltraitance », *Dalloz Actualité*, 9 octobre 2007.

68. Cass. soc., 30 octobre 2007, n° 06-44.757; D. BOULMIER, « Le témoignage... », *loc. cit.*

69. O. POINSOT, « Maltraitance : la protection des salariés en cassation », *Direction(s)* n° 46, novembre 2007, p. 12.

traliser dans un arrêt de 2009⁷⁰ et, depuis, les signalements mal intentionnés exposent leurs auteurs à être licenciés⁷¹. À l'exception de cet aménagement, conforme à l'esprit de la loi elle-même et fondé sur un principe juridique non écrit mais millénaire, *Fraus omnia corrumpit*, la protection est bien absolue⁷². Enfin, il peut être précisé que c'est au visa de l'article L. 313-24 qu'il a été jugé que la prise de clichés photographiques par un professionnel pour établir la matérialité d'actes de maltraitance n'est pas fautive par défaut d'autorisation des usagers photographiés, dès lors que ces captations d'image avaient pour seul objet la réalisation d'un signalement aux autorités judiciaires et administratives⁷³.

Subsidiairement, il est intéressant de constater que l'autorité de tarification et de financement, lorsqu'elle est à l'origine du placement des usagers, peut prendre la décision d'y mettre un terme immédiat en cas de suspicion d'acte de maltraitance au sens pénal, l'existence du risque suffisant à justifier leur retrait même sans préavis. L'organisme gestionnaire, même lorsque l'enquête pénale se sera soldée par un non-lieu, ne sera pas fondé à exiger le règlement des frais de séjour impayés⁷⁴. Mais il ne

s'agit là que d'un îlot de rigueur dans un océan de pragmatisme: excepté dans les deux registres qui viennent d'être évoqués, l'office du juge se caractérise d'abord par une casuistique qui rend pour le coup difficile l'identification d'un principe ferme et définitif.

B. La pragmatique sanction de la maltraitance ou la « tentation de Bourges »

Le caractère absolu de l'interdiction de menacer l'intégrité des personnes accueillies devrait logiquement conduire à prendre des dispositions drastiques à l'égard du personnel employé dans les ESSMS. En effet, le primat du droit des usagers devrait avoir pour corollaire l'absence de toute tolérance à l'endroit des gestes et mots violents des professionnels. Mais les conseils de prud'hommes comme les tribunaux administratifs, caisses de résonance de la vie pratique, savent bien que nul n'est parfait et qu'indépendamment de toute volonté de nuire, les salariés et agents du secteur social et médico-social peuvent avoir leurs faiblesses. C'est que, comme l'a si justement souligné le philosophe Éric Fiati⁷⁵, nul n'est à l'abri d'un geste malheureux ni d'une parole trop vite prononcée. C'est aussi parce que, parfois, doit être prise en compte la réalité d'un management toxique pour

70. Cass. soc., 9 décembre 2009, n° 08-42.666; O. POINSOT, 16 février 2010, « Maltraitance: la mauvaise foi est une limite à l'application de l'article L. 313-24 du CASF », blog: www.blogavocats.fr/member/olivier.poinsot

71. Pour un exemple de confirmation du licenciement d'un salarié protégé, impliqué dans le signalement d'actes de maltraitance destiné à provoquer le départ du directeur d'établissement: CAA Lyon, 1^{er} mars 2012, *M. Ahmed A...*, n° 11LY00084.

72. Pour des applications au contentieux administratif des décisions d'autorisation de licenciement: CAA Bordeaux, 29 mars 2011, *Mlle Caroline X...*, n° 10BX01351; CAA Lyon, 22 mars 2011, *Mme Solange A...*, n° 09LY01432.

73. CAA Bordeaux, 29 mars 2011, *Mlle Caroline X...*, n° 10BX01351.

74. Dans le cas d'un lieu de vie et d'accueil (LVA): CAA Bordeaux, 25 octobre 2011, *Association Les*

Ateliers de l'Espoir, n° 11BX00404.

75. Maître de conférences à l'université de Marne-la-Vallée, directeur du laboratoire « Institut Hannah Arendt/Espaces éthiques et politiques » et enseignant à l'espace éthique de l'AP-HP. Dans sa conférence intitulée « Les enjeux éthiques de la décision », il n'a pas peur de reconnaître: « Chercher la juste mesure, c'est fatigant. Essayer de raisonner, d'intuitionner et d'équilibrer les deux, c'est fatigant. Essayer d'éviter l'esquive, la tragédie et l'obstination, c'est fatigant. La fatigue est le pire ennemi de celui qui veut prendre des décisions conformes à l'éthique. Il ne faut pas avoir peur de dire qu'on est fatigué, de demander de l'aide, car la fatigue est un marécage dont on ne peut se sortir seul. »

les professionnels eux-mêmes⁷⁶. Face à cette réalité humaine, le juge – humain, lui aussi – ne va pas absoudre le fautif mais se livrer, pour aboutir à la décision la plus adéquate aux circonstances, à un exercice de « pragmatique sanction »⁷⁷ qui explique le titre de ce développement. Au final, force est de constater que la traditionnelle distinction entre ordres de juridiction n'exerce ici qu'une influence ténue⁷⁸.

La position du juge judiciaire résulte de deux arrêts du 18 mars 2009 par lesquels la chambre sociale de la Cour de cassation a statué sur la contestation du licenciement de deux travailleurs sociaux convaincus d'avoir commis des actes de maltraitance à l'égard de personnes handicapées accueillies en établissement social ou médico-social. À cette occasion, la haute juridiction s'est livrée à un exercice d'apparente casuistique sur l'annulation du licenciement du salarié fautif. Dans une première espèce⁷⁹, un moniteur d'atelier employé en ESAT est licencié pour faute grave pour avoir exigé d'un travailleur handicapé qu'il aille, seul, dans le froid, casser des cailloux. Il conteste le bien-fondé de son congédiement devant la juridiction

prud'homale. La cour d'appel caractérise la réalité de la faute mais, dans le même temps, estime que les effets disciplinaires de cette dernière doivent être minorés en considération de l'ancienneté du salarié – sept ans – et de l'absence de toute perturbation causée au travailleur handicapé concerné ou à d'autres membres de l'équipe de son atelier. Elle en déduit que le licenciement est dépourvu de cause sérieuse et prononce son annulation. L'employeur se pourvoit en cassation; la haute juridiction casse l'arrêt d'appel et renvoie les parties devant une autre cour d'appel. La solution retenue est la suivante: « le fait, pour un salarié, moniteur chargé de l'encadrement et de l'insertion de travailleurs handicapés que leur état rendait vulnérables, d'infliger à l'un d'eux, sans justification, un traitement spécifique, humiliant et dégradant, était constitutif d'une faute grave justifiant, en dépit de son ancienneté, la rupture immédiate des relations contractuelles ». Dans une deuxième espèce⁸⁰, une aide médico-psychologique (AMP) employée en maison d'accueil spécialisé (MAS) gifle un adolescent accueilli dans cet établissement qui l'a empoignée par le bras. Licenciée pour faute grave, elle saisit le juge prud'homal. La cour d'appel annule le licenciement en le disant dépourvu de motif réel et sérieux. L'employeur se pourvoit mais la haute juridiction rejette son recours et confirme l'arrêt d'appel au motif suivant: « ayant relevé que le geste de Mme X... avait été provoqué par l'attitude du jeune résident qui l'avait agrippée au bras, avait refusé de la lâcher et lui avait enfoncé les ongles dans la peau, et que le comportement de la salariée, qui justifiait d'une ancienneté de treize années, avait été jusqu'alors irréprochable, la cour d'appel a pu décider que les faits reprochés à l'intéressée n'étaient pas de nature à rendre impossible son maintien dans

76. Il est ici fait allusion aux effets délétères du harcèlement moral: O. POINSOT, « Le risque de harcèlement moral: panorama de jurisprudence et incidences pour les établissements et services sociaux ou médico-sociaux », *Les Cahiers de l'Activité* n° 406-409, mars-juin 2010, p. 35-56.

77. Il s'agit ici, en forme de clin d'œil, de faire référence à l'ordonnance promulguée à Bourges le 7 juillet 1438 par Charles VII et connue sous l'appellation de « Pragmatique Sanction de Bourges »... Bien que cette ordonnance n'ait pas, il faut le reconnaître, de lien avec le sujet présent: elle portait en effet sur la définition des droits du roi sur l'Église de France, prélude au gallicanisme.

78. À l'exception de la différence liée à l'objet de l'appréciation réalisée, la Cour de cassation s'attachant à la proportionnalité de la sanction tandis que le Conseil d'État exerce son contrôle sur l'erreur manifeste d'appréciation: D. BOULMIER, « Travailleurs sociaux, défaut de *self-control* et maltraitance: la position du juge », *RDSS*, 2009, p. 1147.

79. Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.691.

80. Cass. soc., 18 mars 2009, n° 08-40.384.

l'entreprise et ne constituaient donc pas une faute grave ». Par ces deux arrêts, la Cour de cassation rappelle d'abord le principe selon lequel l'atteinte, causée à une personne accueillie en établissement par un acte de violence imputable à un professionnel, constitue une faute disciplinaire dont la sanction peut aller jusqu'au licenciement pour faute grave. En ce sens, les deux arrêts s'inscrivent dans la continuité d'une jurisprudence connue s'agissant des obligations professionnelles des travailleurs sociaux. Cela étant, ils mettent en relief, par leur apparente contradiction, l'étendue du contrôle que la Cour de cassation entend exercer s'agissant du licenciement pour faute grave consécutif à la commission d'actes de maltraitance, ce terme étant employé dans son acception juridique issue de l'article 434-3 du Code pénal. En effet, dans le premier cas, le juge régulateur semble s'être arrogé le pouvoir de porter une appréciation sur la caractérisation des faits alors que dans le deuxième, il paraît s'être borné à vérifier que la cour d'appel avait bien procédé à cette opération de qualification des circonstances de fait. Dans un cas, la faute grave est confirmée, dans l'autre elle est disqualifiée. En réalité, dans les deux cas, le juge suprême a exercé le même contrôle, un contrôle maximal aux confins du fait et du droit et dont le résultat est d'ébaucher une théorie de la gravité de l'acte de maltraitance punissable dont les critères sont les suivants : le niveau de qualification du salarié, l'exercice d'une attribution d'encadrement des personnes accueillies, le caractère fondé de l'acte au regard d'un élément causal objectif, le caractère discriminatoire de l'acte, le fait que l'acte résulte d'une volonté autonome de son auteur ou d'une réaction à un comportement agressif de la personne accueillie, le fait que l'acte constitue ou non une atteinte à la dignité de la personne par ses caractères humiliant et dégradant. En considération de ces éléments, l'an-

cienneté et le caractère irréprochable de la manière de servir antérieure sont manifestement sans incidence sur la qualification de la faute. Peut-être s'agirait-il là de la véritable évolution de la jurisprudence sociale que ces arrêts contribuent à esquisser. Une observation terminale peut être formulée à propos du dernier critère. En effet, compte tenu de l'état des personnes accueillies en MAS, il ne semble pas du tout certain que le fait qu'un résident s'agrippe fortement au bras d'un salarié chargé de s'occuper de lui caractérise un geste agressif appelant, comme une réponse légitime, un geste violent. Cela paraît d'autant moins avéré que la vulnérabilité de ces personnes, du fait du pluri ou du polyhandicap qui les affecte, est très importante. Là peut-être se situe la dimension la plus paradoxale de ces deux arrêts : il n'est pas certain que la sanction abusive et vexatoire d'un travailleur handicapé, dont l'injustice retentit dans le collectif de l'atelier, soit vraiment plus attentatoire à la dignité de sa personne que la réponse non maîtrisée et violente d'un personnel éducatif au geste d'une personne polyhandicapée dénué de volonté aggressive, dans la singularité d'une relation intersubjective.

Les juges du fond, suivant cette approche casuistique, pratiquent sous le contrôle de la Cour de cassation⁸¹ un examen circonstancié des faits pour atténuer la sanction disciplinaire en tenant compte d'un contexte de rupture sentimentale⁸² ou encore de l'ancienneté importante du salarié fautif⁸³. Ils confirment

81. Pour une illustration récente du pouvoir d'appréciation reconnu par la haute juridiction au juge d'appel : Cass. soc., 5 mars 2015, n° 13-26312.

82. Requalification de la faute grave reprochée à une aide-soignante en motif réel et sérieux de licenciement, suite à l'abandon sur le sol d'une personne âgée amputée des deux jambes pour mettre en difficulté l'infirmier, ancien compagnon : Basse-Terre, 27 janvier 2014, n° 13/00091.

83. Reims, 20 février 2008, n° 07/000428 (privations de dessert et de sortie, confiscation de bou-

le licenciement pour faute grave d'un salarié ayant commis un acte de violence en l'absence de circonstances particulières pouvant expliquer son geste⁸⁴ comme celui d'un directeur qui, pratiquant le harcèlement moral à l'endroit du personnel, avait également institué un système punitif des usagers comportant notamment des confiscations d'objets personnels (lunettes, prothèses auditives) et des privations (d'aliments, de visites)⁸⁵. Dès lors que leur appréciation des faits apparaît exempte de critique, le juge régulateur en protège la souveraineté⁸⁶. Il faut enfin tenir compte de la complexité de la prise en compte du caractère pénalement répréhensible des actes donnant lieu à sanction professionnelle; en effet, si pour le juge administratif la sanction disciplinaire est susceptible d'être annulée lorsque l'enquête pénale concomitante n'a pas abouti à son caractère avéré⁸⁷, en revanche pour le juge judiciaire un classement sans suite par le Parquet n'est pas nécessairement de nature à faire obstacle à un licenciement pour faute grave⁸⁸.

La position du juge administratif repose, quant à elle, sur une jurisprudence beaucoup plus abondante, fournie par le contentieux du droit de la fonction publique. Dans tous les cas – abstraction faite du contrôle préalable de la légalité externe des décisions – le juge administratif procède, en référé⁸⁹ comme à l'oc-

casion des recours pour excès de pouvoir, à une double vérification qui porte à la fois sur le caractère établi des faits fautifs⁹⁰ et sur la proportionnalité de la sanction disciplinaire à la faute⁹¹; sur ce dernier point, sont prises en compte la gravité des faits maltraitants reprochés ainsi que, le cas échéant, celle de manquements aux obligations professionnelles⁹². L'absence d'établissement suffisant des faits fautifs a une double incidence: sur le plan de la légalité externe d'abord, elle alimente nécessairement un vice de procédure dès lors que l'agent doit avoir accès aux éléments qui l'accusent tandis qu'à celui de la légalité interne, elle impose ensuite l'erreur manifeste d'appréciation⁹³. *A contrario*, le caractère établi des faits peut, dans un premier temps, justifier le prononcé d'une mesure conservatoire et non disciplinaire sous le contrôle du juge⁹⁴

Levis, n° 241124: rejet de l'appel formé contre une ordonnance de référé-suspension d'une mesure de révocation d'une aide-soignante pour fait de maltraitance.

90. CAA Nancy, 17 juin 2010, *Commune de Villers-lès-Nancy*, n° 09NC01421: le juge d'appel vérifie que le juge de première instance a caractérisé les propos grossiers et injurieux tenus aux résidents par la gardienne de la maison de retraite pour confirmer l'arrêt municipal ayant mis un terme à ses fonctions.

91. Pour une application récente de ce principe d'appréciation de la faute et de la proportionnalité de la sanction: CAA, Bordeaux, 25 février 2014, *Mme B... E...*, n° 12BX02480 (douche forcée, administration brutale de médicaments).

92. CAA Marseille, 19 décembre 2014, *EHPAD « Résidence Jeanne de Baroncelli »*, n° 13MA04688.

93. CAA Nancy, 2 décembre 2010, *Ministre du Travail*, n° 09NC01865: le juge d'appel annule la décision de licenciement d'un moniteur d'atelier accusé d'actes d'abus d'autorité et de maltraitance sur des travailleurs handicapés: aucun fait daté et précis n'est établi au vu des pièces du dossier, l'agent n'a donc pas été informé de manière suffisamment circonstanciée des témoignages le mettant en cause.

94. CAA Lyon, 21 octobre 2010, *Centre communal d'action sociale de Meyzieu*, n° 09LY01163: le juge d'appel vérifie la réalité des faits reprochés à l'agent pour justifier la vraisemblance d'une faute

chons d'oreille, interdiction d'aller aux toilettes).

84. Angers, 7 janvier 2014, n° 12/00409 (coups de genou, injures).

85. Angers, 29 janvier 2013, n° 11/01422.

86. Cass. soc., 10 octobre 2012, n° 11-22354 (injures et propos grossiers constitutifs d'une violence morale).

87. CAA Nantes, 19 janvier 2012, *Association départementale des pupilles de l'enseignement public du Cher*, n° 10NT01579 à 10NT01581 (accusations de coups, de négligences et de défaut de soins).

88. Cass. soc., 22 janvier 2014, n° 13-10658 (refus d'emmener une personne âgée aux toilettes).

89. CE, 15 mai 2002, *Maison de retraite de Lurcy-*

ou aboutir à une confirmation pure et simple de la sanction édictée⁹⁵. À l'occasion de son office, le juge d'appel ou de cassation peut confirmer une diminution de la gravité de la sanction lorsque l'absence de faute antérieure de l'agent était avérée, mais le motif de diminution peut aussi tenir à la part prise par l'encadrement dans les défaillances qui ont rendu la situation de maltraitance possible⁹⁶. La juridiction peut aussi absoudre l'agent dont le comportement violent s'expliquait par un geste de légitime défense⁹⁷. Elle peut sanctionner des faits qui ne constituent pas, au sens strict, des actes de maltraitance en ce qu'ils résultent de consignes mal intentionnées données par la responsable,

grave permettant, dans l'immédiat, la suspension provisoire à titre conservatoire et non disciplinaire de cet agent (menace de couper l'électricité, défaut d'assistance, injures).

95. CAA Marseille, 1^{er} juillet 2008, *Hôpital local d'Oraison*, n° 06MA01137: le juge d'appel confirme l'exclusion de six mois d'un agent de service hospitalier pour avoir administré un comprimé de *Polident*® à un résident âgé, après avoir vérifié la matérialité des faits fautifs (reconnus par l'agent) ainsi que la proportionnalité de la sanction au vu des états de services de l'intéressé.

96. CE, 29 avril 2002, *Centre hospitalier intercommunal du Bassin de Thau*, n° 227341 (comportement verbal agressif, gestes assimilables à des brutalités physiques).

97. CAA Versailles, 6 juin 2010, *Hôpital gériatrique et médico-social de Plaisir-Grignon*, n° 09VE00510: le comportement violent d'un éducateur spécialisé à l'égard d'un usager de foyer d'accueil médicalisé (FAM) dans un cas de légitime défense ne constitue pas une faute disciplinaire. En revanche, une attitude violente dans un autre contexte n'était pas adéquate et traduisait un manque de maîtrise de soi fautif justifiant une sanction disciplinaire. La fixation de cette sanction doit tenir compte du passé professionnel de l'intéressé (annulation d'une exclusion temporaire de deux ans); CAA Bordeaux, 9 octobre 2008, *Centre intercommunal d'action sociale de Lezay*, n° 07BX02308: annulation de la révocation d'un agent de service hospitalier qui, en maison de retraite, avait frappé une résidente démentie qui l'avait mordu, au motif que la sanction était disproportionnée à la faute compte tenu de l'ancienneté et des états de service de l'agent ainsi que de la difficulté de la situation.

infirmière référente⁹⁸. Son appréciation tient compte de la nature de la profession exercée et des devoirs qui en découlent⁹⁹; l'existence de précédents disciplinaires pour des fautes analogues entre aussi en ligne de compte¹⁰⁰.

98. CAA Bordeaux, 25 février 2014, *Mme B... E...*, n° 12BX02480: « Considérant qu'il est reproché à Mme E... d'avoir contraint deux résidentes de l'établissement, considérées comme étant en fin de vie par leur médecin traitant, à subir respectivement, les 10 et 16 février 2011, une douche et un lever au fauteuil malgré l'opposition des agents placés sous son autorité, ainsi que plusieurs manquements, détaillés dans un courrier du 24 février 2011, consistant notamment à avoir administré des médicaments sans aucune précaution à des résidents au cours de la matinée du 30 janvier 2011, en méconnaissance du protocole en vigueur dans l'établissement; que la matérialité des faits reprochés est suffisamment établie par les documents versés au dossier [...]; Considérant que, d'une part, le fait reproché à Mme E... d'avoir procédé elle-même à la distribution aux pensionnaires de certains médicaments ne présentait pas, dans les circonstances de l'espèce le caractère d'une faute grave; que, d'autre part, ceux d'avoir fait se lever du fauteuil une pensionnaire de l'EHPAD en fin de vie et d'avoir fait administrer une douche à une autre pensionnaire dans la même situation, ne peuvent être regardés comme caractérisant des actes de maltraitance; que toutefois, ils révèlent un comportement agressif et des gestes assimilables à des brutalités physiques; que [...] compte tenu de l'importance des fonctions d'infirmière référente qu'elle exerçait, la sanction du licenciement sans préavis ni indemnité de licenciement est proportionnée à la gravité des fautes reprochées à Mme E... »

99. CAA Lyon, 7 février 2013, *Mme A... B...*, n° 12LY00288: une aide-soignante en EHPAD est sanctionnable, compte tenu de ses devoirs à l'égard des résidents, lorsqu'elle a asséné une tape sur les mains d'une personne âgée en fauteuil roulant qui avait tenté de la pousser, qu'elle a imposé à une autre une toilette sommaire alors qu'elle demandée une toilette normale et qu'elle a pu s'emporter verbalement, le juge considérant par ailleurs que ces actes ne sont pas qualifiables de maltraitance. Compte tenu de la manière de servir de l'intéressée, la sanction de licenciement sans préavis ni indemnité est jugée disproportionnée et la décision du directeur, annulée.

100. CAA Marseille, 14 février 2012, *M. Pierre A...*, n° 09MA03872: la révocation d'un aide-soignant pour brusquerie et violence à l'égard des résidents d'un EHPAD est justifiée notamment en considération du fait qu'il avait préalablement reçu une sanction disciplinaire pour le même motif, non contestée.

Enfin, le juge peut, même en présence d'un non-lieu du juge pénal, confirmer une sanction disciplinaire¹⁰¹. Il faut souligner qu'indépendamment de l'auteur des actes de maltraitance, la situation peut motiver l'édition de décisions individuelles faisant grief à des agents qui, d'une manière ou d'une autre, sont intervenus pour minimiser les conséquences de ces actes ; ainsi est fondée la mesure de suspension du praticien hospitalier chef du service de cure médicale qui, à l'occasion d'une enquête pénale visant des auxiliaires médicaux suspectés d'avoir commis des actes de maltraitance, a altéré les dossiers médicaux de certains patients¹⁰².

Une originalité de cette jurisprudence, en matière de suspension d'un agent suspecté d'actes de maltraitance, mérite d'être soulignée. En effet, s'il existe des éléments graves laissant croire à la vraisemblance de l'implication de l'agent, alors la mesure de suspension, prononcée même sans texte¹⁰³ dans l'attente des conclusions de l'enquête judiciaire, n'est pas assujettie au respect de la contradiction et ne souffre pas la

contestation. De même la réalisation d'un signalement au Parquet par le chef de service n'est-elle pas fautive. Mais de manière corrélatrice, le préjudice causé, du fait de la suspension, à l'intéressé dispulcé par la suite ouvre droit à indemnisation au titre d'une responsabilité sans faute du service¹⁰⁴.

Cette jurisprudence est complétée par celle relative au contentieux de mesures ordinales liées à l'imputabilité d'actes de maltraitance. Est ainsi justifié le refus d'inscription au tableau d'une infirmière qui avait été condamnée pénalement pour des actes de violence sur mineurs lorsqu'elle était institutrice puis avait fait, dans son nouveau métier, l'objet d'un signalement à l'ARS par la maison de retraite qui l'employait¹⁰⁵.

Enfin, le contentieux des refus d'autorisation de licenciement illustre encore la marge d'appréciation que se réserve le juge administratif pour caractériser l'existence de comportements fautifs de maltraitance. Ainsi l'inflexion du mode de gestion d'une maison de retraite, même si elle peut avoir une incidence négative du point de vue du ressenti des résidents, n'est pas nécessairement maltraitante et le congédiement du directeur doit être refusé¹⁰⁶.

Au terme de ce panorama de jurisprudence, il apparaît que le pragmatisme de la sanction des faits de maltraitance par le juge résulte moins de la mansuétude ou de la faiblesse que d'une préoccupation de tenir compte des circonstances de chaque espèce, afin que l'arbitraire

101. CAA Marseille, 11 décembre 2007, *M. Rodolphe X...*, n° 05MA01954 : confirmation de la sanction d'abaissement de deux échelons infligée par la directrice d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) public à l'agent coupable d'actes de maltraitance (maquillé de manière outrancière une première résidente, introduit une pastille de *Stéradent®* dans la bouche d'une autre mentalement diminuée, poussé une troisième aux larmes, traité avec dureté une personne handicapée, manipulé avec brutalité une personne âgée lors d'une douche entraînant des ecchymoses et, enfin, abandonné une pensionnaire dans un couloir, laquelle est finalement tombée) bien qu'ayant bénéficié d'un non-lieu pénal, au motif que les faits sont avérés et que la sanction est proportionnée compte tenu des états de service (existence d'une faute professionnelle antérieure). V° aussi, plus récemment : CAA Nancy, 25 mai 2011, *Mme Véronique A...*, n° 10NC01544.

102. CE, 30 mars 2011, *Centre hospitalier d'Arras*, n° 318184.

103. CAA Lyon, 7 février 2013, *Mme A... B...*, n° 12LY00288.

104. CAA Nantes, 14 mars 2013, *M. A... B...*, n° 11NT03202 : en l'espèce, un veilleur de nuit avait été mis en cause pour des faits de maltraitance à caractère sexuel et violent.

105. CE, 6 mars 2013, *Mme A... B...*, n° 349582.

106. CAA Marseille, 22 avril 2014, *Association Habitat Pluriel*, n° 13MA00378 : ne constitue pas un acte de maltraitance la diminution des activités proposées aux résidents pour des raisons budgétaires et de risque de responsabilité.

soit banni et qu'une individualisation adéquate de la réprobation puisse produire ses effets. Pragmatisme n'est pas synonyme de laxisme et, en la matière, cela apparaît particulièrement heureux.

En conclusion, l'effort de définition accompli, la notion de maltraitance semble se dessiner avec une relative précision; les choses s'émancipent du mot. Bien sûr, il faut avoir banni toute idée de correspondance – par antinomie – avec la bienveillance¹⁰⁷ pour retenir ce qui

converge de la loi, de la jurisprudence et des recommandations de bonnes pratiques: la maltraitance met avant tout la violence à l'index. Sans doute est-ce là l'une des fonctions anthropologiques du droit que d'intervenir pour médiatiser cette violence. Ou plutôt, pour lui substituer un ordre social dans lequel le droit des usagers fait de ces derniers des égaux en droits et leur garantit à la fois individualité, subjectivité et personnalité¹⁰⁸.

107. Mais Wittgenstein avait bien prévenu qu'il faut se méfier du langage: S. LAUGIER, « La réception française de Wittgenstein: deux exemples », *Austriaca*, 2007, n° 63, p. 33, à propos du rôle essentiel de Pierre Hadot et Jacques Bouveresse dans l'introduction en France de la pensée du philosophe austro-britannique.

108. E. GAGNON, « Sur la fonction anthropologique du droit (essai bibliographique) », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 30, n° 1, 2006, p. 221-232, spéc. p. 222, lorsqu'il cite la thèse d'Alain Supiot: « Individu, chaque homme est unique, mais aussi semblable à tous les autres; sujet, il est souverain, mais aussi assujéti à la Loi commune; personne, il est esprit, mais aussi matière. »

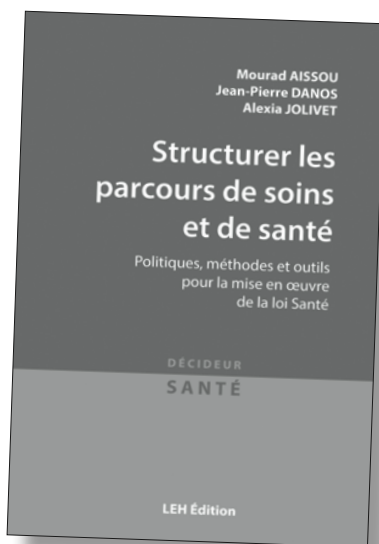
STRUCTURER LES PARCOURS DE SOINS ET DE SANTÉ

Politiques, méthodes et outils pour la mise en œuvre de la loi Santé

Décideur Santé

Mourad AISSOU, Jean-Pierre DANOS
et Arsène HU-YEN-TACK

ISBN: 978-2-84874-621-0
240 pages
160 x 240 mm
50 €



Retrouvez les autres ouvrages des éditions LEH et les sommaires détaillés sur www.leh.fr
Commandez en ligne sur www.leh.fr (frais de port offerts)