



HAL
open science

Le droit au parcours des personnes accueillies ou accompagnées en établissement ou service social ou médico-social

Olivier Poinsot

► **To cite this version:**

Olivier Poinsot. Le droit au parcours des personnes accueillies ou accompagnées en établissement ou service social ou médico-social. *Revue générale de droit médical*, 2016, 59, pp.187-203. halshs-01333161

HAL Id: halshs-01333161

<https://shs.hal.science/halshs-01333161>

Submitted on 15 Dec 2021

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.

Le droit au parcours des personnes accueillies ou accompagnées en établissement ou service social ou médico-social

Olivier POINSOT

Avocat, chercheur associé à l'IFROSS, Université de Lyon III
Chargé de cours aux Universités de Montpellier et Lyon et à l'EHESP

© LEH Édition

Le droit des personnes accueillies ou accompagnées en établissement ou service social ou médico-social (ESSMS) est appelé à connaître, au gré des inflexions des politiques sociales, des évolutions significatives, au même titre que les autres champs du droit des institutions sociales et médico-sociales. À cet égard, il faut constater que les enjeux macro-économiques et de réforme de la gouvernance publique de la réponse à la commande sociale conduisent à une réinterrogation profonde des structures d'intervention qui, jusqu'alors, ont été organisées par catégories juridiques d'activités, de publics et de financements. Deux rapports administratifs d'octobre 2012¹ et juin 2014² témoignent autant que de besoin – certes, par des considérations distinctes – de l'attention désormais portée par la puissance publique à la notion de parcours des personnes vulnérables. Cette nouvelle conception vise à accorder la priorité de l'action publique à l'effectivité, l'efficacité et la fluidité des parcours individuels, au-delà des typologies juridiques et des distinctions de compétences administrative et financière qui font la complexité du système actuel³ et qui sont considérées comme autant d'obstacles à l'exercice du droit des personnes. Un tel changement de perspective pourrait à terme susciter une modification profonde du cadre juridique des activités sociales

AUTOUR DE LA LOI N° 2015-1776
DU 28 DÉCEMBRE 2015

1. Rapport conjoint de l'Inspection générale des finances (IGF) et de l'Inspection générale des affaires sociales (Igas) : « Établissements et services pour personnes handicapées : offres et besoins, modalités de financement », octobre 2012, disponible sur le site Internet de l'Igas. Ce rapport est couramment désigné par les noms de ses rédacteurs principaux (Rapport Vachey-Jeannet).
2. PIVETEAU (D.), « "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 », Rapport au ministre des Affaires sociales et de la santé, juin 2014, disponible sur le site Internet du ministère.
3. Cette complexité peut être déjouée par la connaissance du vocabulaire professionnel utilisé pour décrire les divers acteurs publics et privés du secteur social et médico-social. Pour décoder ce jargon essentiellement fait d'acronymes : JAEGER (M.), *Guide du secteur social et médico-social*, 9^e édition, Dunod, 2014. Propose des entrées par ordre alphabétique.

et médico-sociales en achevant le changement de paradigme initié, à l'égard des institutions au sens matériel du terme, par la loi du 2 janvier 2002. Les discours politiques récents ainsi que la doctrine administrative et la littérature professionnelle évoquent régulièrement l'existence d'un droit au parcours. Saisi par cette idée, le juriste doit formuler en l'état deux observations qui tiennent d'une part à l'absence de définition de ce droit et, d'autre part et plus largement, à ce que la notion de parcours répond avant tout à des considérations factuelles et non pas juridiques. Admettre l'augure d'un droit au parcours nécessiterait dès lors de mobiliser non seulement le droit des institutions mais aussi, au-delà, le droit des personnes afin d'aboutir à une construction cohérente. Il est pour l'heure ardu d'identifier, en droit positif, une notion opératoire de droit au parcours. En effet, le droit international public ignore ce concept pour s'attacher plus globalement à la reconnaissance et la promotion des droits humains, donnant une valeur cardinale aux principes d'autonomie de la personne et de prohibition de la discrimination. En droit interne, avant la promulgation de la loi MSS, alors que l'action sociale et médico-sociale faisait déjà partie intégrante de la politique de santé publique, les articles L 1411-1 et suivants du Code de la santé publique ne faisaient nulle mention d'un droit au parcours dont cette politique aurait eu à tenir compte. Dans le Code de l'action sociale et des familles, les dispositions législatives et réglementaires relatives aux droits des personnes ne faisaient pas davantage état d'un tel droit. Toutefois, l'expression même de droit au parcours était présente dans quelques textes épars. Les uns se rapportaient aux systèmes d'information et statistiques de l'action sociale ; étaient alors évoqués le système de gestion et d'information des Maisons départementales des personnes handicapées (MDPH),⁴ les statistiques des parcours d'insertion des personnes handicapées⁵ et les statistiques des parcours d'insertion des bénéficiaires du revenu de solidarité active (RSA).⁶ Les autres, en droit des institutions, renvoyaient de manière dispersée à quelques situations de parcours ; il s'agissait alors de considérer la situation scolaire de l'enfant handicapé,⁷ celle des personnes et des familles accompagnées par certains services sociaux⁸ et, enfin, la situation professionnelle du travailleur handicapé en ESAT.⁹ L'état du droit interne a toutefois évolué au début de l'année 2016, sous l'effet conjugué des lois ASV et MSS. La première loi a institué un dispositif de coordination départementale des opérateurs intervenant au profit des personnes âgées en perte d'autonomie¹⁰ et consacré l'abandon des maisons pour l'autonomie et l'intégration des malades d'Alzheimer (MAIA) au profit de la méthode d'action pour l'intégration des services d'aide et de soins dans le champ de l'autonomie.¹¹ La seconde loi a consacré son Titre II à

4. Article R. 146-38 du CASF.

5. Article L. 247-4 du CASF.

6. Article L. 262-55 du CASF.

7. Articles D. 312-10-2, D. 312-10-5 et D. 312-10-16 du CASF.

8. Il s'agit des services intégrés d'accueil et d'orientation (SIAO) : article L. 345-2-4 du CASF.

9. Annexe III-9 du CASF relative au contrat de soutien et d'aide par le travail.

10. Nouvel article L. 113-2-1 du CASF.

11. Article L. 113-3 modifié.

la facilitation des parcours de santé au quotidien.¹² Ainsi ont été décrits l'équipe de soins primaire,¹³ la communauté professionnelle territoriale de santé,¹⁴ le médecin spécialiste de premier ou de deuxième recours,¹⁵ le pacte territoire-santé,¹⁶ la politique de santé mentale et la nouvelle organisation sectorielle de la psychiatrie,¹⁷ la coordination des parcours de santé complexes,¹⁸ la régulation téléphonique de la permanence des soins ambulatoires¹⁹ ainsi que la fonction de coordination des médecins traitants au profit des enfants et adolescents.²⁰ Mais l'évolution la plus importante réside sans doute dans la nouvelle rédaction de la politique de santé issue de la loi MSS²¹ qui inclut désormais l'organisation des parcours de santé. Ces derniers « visent, par la coordination des acteurs sanitaires, sociaux et médico-sociaux, en lien avec les usagers et les collectivités territoriales, à garantir la continuité, l'accessibilité, la qualité, la sécurité et l'efficacité de la prise en charge de la population, en tenant compte des spécificités géographiques, démographiques et saisonnières de chaque territoire, afin de concourir à l'équité territoriale ». Pour primordial qu'il soit, cet énoncé ne constitue qu'une pétition de principe qui ne saurait être assimilable à la consécration, au profit des personnes, d'un droit effectif au parcours.

Évoquer un droit au parcours suppose d'adopter préalablement une définition claire de ce qu'est le parcours lui-même. Il est possible de se référer à une proposition formulée par la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA) dans son rapport d'activité de 2012²² : le parcours serait « l'ensemble des événements intervenant dans la vie d'une personne et les différentes « périodes » et transitions qu'elle connaît. Ces derniers affectent son bien-être physique, mental et social, sa capacité à prendre des décisions ou à maîtriser ses conditions de vie, ses interactions avec son entourage, sa participation à la vie sociale ». Il ressort à l'évidence de cette approche que le parcours est une notion de fait, dynamique et évolutive, et non pas une notion juridique. Le droit au parcours paraît pouvoir être caractérisé par l'agrégation de divers droits dont la reconnaissance en droit positif est avérée. Ainsi pourrait-il s'agir de la conjugaison du droit à l'information sur sa situation et ses droits, du droit à la reconnaissance de ses besoins et attentes et, enfin, du droit à une mise en œuvre des

12. Articles 64 à 82 de la loi MSS.

13. Nouvel article L. 1411-11-1 du Code de la santé publique.

14. Nouveaux articles L. 1434-12 et L. 1434-13.

15. Nouvel article L. 4130-2.

16. Nouvel article L. 1434-14.

17. Nouveaux articles L. 3221-1 et suivants.

18. Nouveaux articles L. 6327-1 et suivants.

19. Article L. 6314-1 modifié.

20. Articles L. 541-1 modifié du Code de l'éducation, L. 2112-2 modifié du Code de la santé publique, L. 162-5 et L. 162-5-3 modifiés du Code de la sécurité sociale.

21. Article L. 1411-1 modifié issu de l'article 1^{er}, II de la loi.

22. « Promouvoir la continuité des parcours de vie : d'une responsabilité collective à un engagement partagé », disponible sur le site Internet de la Caisse.

compensations adéquates, le tout selon un processus personnalisé et itératif visant à conférer à la personne la maîtrise de sa vie. Une telle proposition permettrait de rejoindre assez aisément les énoncés du droit international public afférents à la promotion de l'égalité des droits et à la lutte contre la discrimination. Au bénéfice de ces éléments de contexte, le parti est pris de présenter le droit au parcours par une approche dialectique confrontant les normes de droit positif propices à sa reconnaissance aux éléments systémiques qui sont défavorables au déroulement du parcours des personnes vulnérables.

I. LES ÉLÉMENTS JURIDIQUES PROPICES AU DÉROULEMENT DU PARCOURS

Le droit au parcours tient essentiellement à la personnalisation effective des interventions sociales et médico-sociales. De ce point de vue, il importe d'abord de déterminer l'existence d'un droit à la personnalisation avant d'en examiner la sanction.

A. Le droit à la personnalisation

En l'état actuel du droit positif, le droit à la personnalisation procède de la conjonction de deux principes. Le premier est celui de la réponse aux besoins individuels, le second procède de la prise en compte du droit à la personnalisation dans les interventions.

S'agissant en premier lieu de la réponse aux besoins individuels, le droit consacre l'existence d'un principe de réponse aux besoins individuels, tant au regard des principes généraux de l'action sociale et médico-sociale qu'en considération des obligations de compensation des situations de handicap et de prise en compte des conséquences de la perte d'autonomie. Pour ce qui est d'abord de la personnalisation au nom des objectifs de l'action sociale et médico-sociale, le droit à la personnalisation découle de l'impératif de réponse aux besoins individuels énoncé par la loi au nom des objectifs de l'action sociale et médico-sociale. Cet impératif est clairement exprimé par l'article L. 311-1, 3° du CASF lorsque le texte procède à l'inventaire des interventions des professionnels, en précisant que ces dernières doivent être « adaptées aux besoins de la personne, à son niveau de développement, à ses potentialités, à l'évolution de son état ainsi qu'à son âge ». Pour ce qui relève ensuite de la personnalisation au nom du droit à la compensation du handicap et à la prise en compte des conséquences de la perte d'autonomie, dans la situation particulière des personnes en situation de handicap, la loi assigne à ceux qui les accompagnent le devoir de procéder à une individualisation des réponses apportées à titre de compensation. Ainsi l'article L. 114-1-1 renvoie-t-il à la nécessaire prise en compte de l'origine et de la nature des déficiences, de l'âge et du mode de vie de la personne, précisant que « cette compensation consiste à répondre à ses besoins ». La notion centrale est alors celle des besoins de compensation qui doivent, après identification, donner lieu à l'élaboration d'un plan personnalisé de compensation (PPC). Ce plan doit correspondre au projet de vie de la personne, qu'elle ait ou non été en état de l'élaborer elle-même. L'article L. 114-2 précise à dessein que les interventions ont pour

vocation « d'assurer aux personnes handicapées toute l'autonomie dont elles sont capables ». L'article L. 114-3 définit les politiques et les moyens mobilisés en tant qu'ils doivent permettre le « développement des capacités de la personne handicapée et la recherche de la meilleure autonomie possible ». Enfin, dans le cas particulier du polyhandicap et des syndromes autistiques, l'article L. 246-1 souligne l'existence du droit à une prise en charge pluridisciplinaire, personnalisée et évolutive. Par ailleurs, la « loi ASV » complète le Livre I^{er} du CASF par la proclamation du droit, pour la personne âgée, à des aides adaptées à ses besoins et ressources, dans le respect de son projet de vie, pour répondre aux conséquences de sa perte d'autonomie, quels que soient la nature de sa déficience et son mode de vie.²³ Un tel énoncé ne peut que faire écho à celui du droit à compensation, même si le législateur a pris soin de ne pas recourir exactement à la même terminologie. L'essentiel réside évidemment ici dans la personnalisation, c'est-à-dire l'adéquation et la subsidiarité des interventions par rapport à l'autonomie résiduelle et aux choix personnels de la personne âgée. L'exercice de ces choix induisant l'accès préalable aux informations utiles, ce droit à l'individualisation est assorti de celui de bénéficier d'un droit à une information sur les formes d'accompagnement et de prise en charge adaptées aux besoins et aux souhaits personnels; les débiteurs de cette information sont notamment la CNSA, les Conseils départementaux et les centres locaux d'information et de coordination (CLIC).²⁴

S'agissant en second lieu de la prise en compte du droit à la personnalisation dans les interventions, l'impératif de personnalisation est très clairement affirmé dans les textes relatifs à l'orientation des personnes en situation de handicap ainsi que dans le droit des usagers proprement dit. D'abord, pour ce qui concerne la définition de la compensation du handicap, l'article L. 146-9 du CASF, qui décrit l'intervention de l'équipe pluridisciplinaire de la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH), impose la prise en compte, par cette dernière, des souhaits exprimés par la personne dans son projet de vie ainsi que celles du plan personnalisé de compensation (PPC). Cette prise en considération doit être assurée par l'utilisation du guide d'évaluation des besoins de compensation des personnes handicapées (GEVA), référence méthodologique de valeur réglementaire.²⁵ Ensuite, au moment de l'accueil ou de l'accompagnement, le droit des usagers impartit aux professionnels, au visa de l'article L. 311-3 du CASF, de respecter le libre choix de la personne entre les différentes sortes de prestations et de lui garantir ainsi « 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

23. Nouvel article L. 113-1-1 du CASF issu de l'article 24 de la « loi ASV ».

24. Nouvel article L. 113-11-2 du CASF issu de l'article 24 de la « loi ASV ».

25. Article R. 146-28 du CASF issu du décret n° 2008-110 du 6 février 2008 relatif au guide d'évaluation des besoins de compensation des personnes handicapées et modifiant le Code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire); arrêté du 6 février 2008 relatif aux références et nomenclatures applicables au guide d'évaluation des besoins de compensation des personnes handicapées prévu à l'article R. 146-28 du Code de l'action sociale et des familles (JO du 6 mai 2008, p. 7489).

son consentement éclairé ». À cet énoncé principal font écho plusieurs dispositions de la Charte des droits et libertés de la personne accueillie et notamment le droit à une prise en charge ou un accompagnement adapté,²⁶ le principe du libre choix, du consentement éclairé et de la participation de la personne²⁷ et, enfin, le droit à la renonciation.²⁸ De même, l'article D. 311, V impose la conclusion d'un avenant au contrat de séjour, dont l'objet est de déterminer, chaque année, les objectifs et prestations adaptés à la personne. Enfin, selon les catégories d'établissements ou de services, les conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement prévoient l'élaboration d'un projet individualisé.²⁹

B. La sanction du droit à la personnalisation

S'assurer de l'effectivité du droit à la personnalisation revient à constater qu'en cas de lacune, toute personne vulnérable dispose de la faculté d'engager une action en responsabilité à l'encontre des acteurs du système social et médico-social concernés. C'est donc non seulement l'examen des textes mais aussi et surtout celui de la jurisprudence qui va conduire à mettre en exergue cette effectivité. À cette fin, il est permis de distinguer entre l'État, en tant qu'il assume la charge de l'organisation du système social et médico-social, et les autres acteurs des interventions.

S'agissant en premier lieu de la sanction de la responsabilité de l'État, le juge administratif, statuant par interprétation des dispositions législatives précitées afférentes à la définition de l'action sociale et médico-sociale, a eu l'occasion de caractériser l'engagement de la responsabilité de l'État en cas d'insuffisances avérées, tant de l'organisation de l'offre que du dispositif de scolarisation des enfants et adolescents en situation de handicap. Au visa des articles L. 114-1 et L. 246-1 du CASF, il a été jugé³⁰

26. Article 2.

27. Article 4.

28. Article 5.

29. Articles D. 312-10-3 (ESSMS pour enfants et adolescents handicapés), D. 312-6 (services d'aide et d'accompagnement à domicile ou SAAD), D. 312-7 (services polyvalents d'aide et de soins à domicile ou SPASAD), D. 312-12, D. 312-14, D. 312-15, D. 312-19, D. 312-22, D. 312-37, D. 312-38, D. 312-39, D. 312-40 (ESSMS pour enfants et adolescents déficients intellectuels), D. 312-50 (centres d'accueil familial spécialisé ou CAFS déficience intellectuelle), D. 312-57 (services d'éducation spécialisée et de soins à domicile ou SESSAD déficience intellectuelle), D. 312-61, D. 312-63, D. 312-64, D. 312-67 (ESSMS pour enfants et adolescents handicapés moteur), D. 312-77 (SESSAD handicap moteur), D. 312-84, D. 312-85, D. 312-86, D. 312-89 (ESSMS pour enfants et adolescents polyhandicapés), D. 312-99, D. 312-100, D. 312-102, D. 312-109 (ESSMS pour enfants et adolescents déficients auditifs), D. 312-112, D. 312-113, D. 312-115, D. 312-121 (ESSMS pour enfants et adolescents déficients visuels), D. 312-155-11, D. 312-168 (services d'accompagnement médico-social pour adultes handicapés ou SAMSAH), D. 312-155-15, D. 312-155-16, D. 312-172, D. 312-173 (services d'aide à la vie sociale ou SAVS et SAMSAH).

30. CE, 16 mai 2001, *Beaufils*, n° 318501, *JCP A*, 2011, 2391, note C. PAILLARD; CAA Nantes, 29 mars 2012, *M. & Mme Christophe X...*, n° 11NT00477, *RGDM*, juin 2012 n° 43, p. 544-545, note O. POINSOT; TA Cergy-Pontoise, Réf., 17 octobre 2013, *M. Jacques L...*, n° 1307736 (affaire dite de « la jeune Amélie »); CE, Réf., 27 novembre 2013, *M. et Mme A...*, n° 373300. Ces décisions, rendues dans des espèces différentes, reconnaissent à l'État la même responsabilité. À noter que si la deuxième admet la

que l'État porte la responsabilité d'assurer la prise en charge effective des personnes atteintes de troubles autistiques. Cette responsabilité tient à ce que l'État – directement dans le champ social ou par l'intermédiaire des Agences régionales de santé (ARS) qui sont ses établissements publics en matière médico-sociale – est investi de la charge d'organiser l'offre de places en établissements ou services, aussi bien des points de vue de la planification et des autorisations que de celui de la tarification. Dès lors qu'une personne a subi un préjudice en raison de l'insuffisance ou de l'inadaptation de cette offre, elle est fondée à engager une action indemnitaire dont le fait générateur tient, même sans preuve d'une faute avérée de l'État, à cette insuffisance ou à cette inadaptation mêmes. Il s'agit là d'un mécanisme de responsabilité objective. Deux observations peuvent être exprimées suite à la reconnaissance de cette responsabilité. D'une part, en tant qu'elle est imputable à la personne publique investie des compétences de régulation de l'offre, Elle est susceptible d'être opposée non seulement à l'État mais aussi, selon leurs attributions, aux Conseils départementaux dès lors que serait en cause la planification départementale. D'autre part, au-delà du libellé particulier de l'article L. 246-1 qui ne mentionne que le polyhandicap et les troubles autistiques, il faut souligner que la motivation retenue par le juge est celle d'un manquement à l'obligation de proposer une prise en charge interdisciplinaire, personnalisée et évolutive. Or ainsi qu'il a déjà été démontré, ces trois caractères d'interdisciplinarité, de personnalisation et d'évolutivité correspondent de manière générale à l'action sociale et médico-sociale tous types de publics confondus. Dès lors, réside là une possibilité d'extension de la solution à l'ensemble des situations d'inadéquation ou d'inadaptation de l'offre qui seraient rencontrées par l'ensemble des catégories de personnes vulnérables, au-delà du champ du polyhandicap ou de l'autisme.³¹ Par ailleurs, se fondant sur les articles L. 111-1, L. 112-1 et L. 351-1 du Code de l'éducation, le Conseil d'État a admis l'engagement de la responsabilité de l'État en cas de lacune dans la scolarité d'un enfant en situation de handicap assujéti à l'obligation scolaire.³² En effet, pour les juges du Palais Royal, il appartient à l'Exécutif de prendre l'ensemble des mesures et de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour donner un caractère effectif aux droits et obligations, pour les enfants handicapés, de recevoir une éducation adaptée à leur situation, l'Administration ne pouvant soutenir qu'elle n'a ici qu'une obligation de moyens.

9. S'agissant en second lieu de la sanction de la responsabilité des acteurs des accompagnements, sont concernés tant la MDPH que les organismes gestionnaires d'ESSMS. En effet, la traduction du projet de vie des personnes en situation de handicap en un plan personnalisé de compensation (PPC) constitue sans doute la mission essentielle

compétence du juge des référés, la troisième l'exclut. Pour des exemples plus récents de jugements au fond consacrant la responsabilité objective de l'État ouvrant droit à indemnisation : TA Paris, 15 juillet 2015, n° 1416868, 1416874, 1416876, 1416880, 1416881, 1421688, 1422391, 1422407.

31. Pour des raisons d'égalité, Monsieur Piveteau a exprimé la même préoccupation en p. 10 de son rapport à propos des « situations de handicap d'une certaine gravité ».

32. CE, 8 avril 2009, *Deruelle*, n° 311434; 16 mai 2011, *Mme A...*, n° 318501; CE, Réf., 15 décembre 2010, *Ministre de l'Éducation nationale*, n° 344729.

des MDPH. Depuis la loi du 11 février 2005, l'orientation vers un ESSMS s'appréhende comme l'une des modalités possibles de l'exercice du droit à compensation. Or l'exercice effectif de ce droit constitue d'évidence un enjeu majeur, à telle enseigne que le Conseil d'État a pu considérer, à titre d'exemple, que le droit à orientation relève de la catégorie des droits et obligations à caractère civil au sens de l'article 6 § 1er de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.³³ Ceci étant rappelé, l'article L. 241-9 du CASF prévoit explicitement la faculté, pour toute personne handicapée, de contester la décision d'orientation dont elle a fait l'objet devant le Tribunal du contentieux de l'incapacité (TCI) ou, dans le cas particulier de l'orientation vers un établissement ou service d'aide par le travail (ESAT), devant le Tribunal administratif (TA). Cette action étant également ouverte par le texte à toute personne intéressée, c'est dire que l'organisme gestionnaire de l'établissement ou du service concerné peut aussi prendre l'initiative d'une démarche contentieuse s'il lui apparaît que l'orientation – ou la réorientation – a été prononcée par défaut ou sans tenir compte de la réalité des besoins et attentes de la personne concernée. Quant aux organismes gestionnaires d'ESSMS, ils sont susceptibles d'exposer leur responsabilité, délictuelle ou contractuelle selon les cas, lorsqu'une personne vulnérable considère qu'elle n'a pu bénéficier d'une personnalisation effective de sa prise en charge. C'est ainsi, d'abord, que peut être engagée une action en responsabilité délictuelle en cas de refus d'admission. Si, sur ce thème-là, la jurisprudence et pour l'heure peu fournie, il faut toutefois signaler un précédent en vertu duquel le refus d'admission est valablement justifié lorsqu'il a été motivé par un risque pour la sécurité du candidat-usager en l'état d'un plateau technique insuffisant, le juge ayant à cette occasion pris le niveau de la tarification en considération.³⁴ Au-delà, la proclamation du caractère contractuel de la relation peut, dans des conditions que la jurisprudence sera invitée à préciser, conduire à l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'organisme gestionnaire à raison d'un défaut d'exécution des obligations du prestataire, notamment en cas de personnalisation insuffisante de l'accompagnement. Enfin, il est permis d'attendre de l'office du juge le développement d'une théorie jurisprudentielle de la responsabilité contractuelle de l'organisme gestionnaire en matière de résiliation du contrat de séjour. Il faut toutefois rappeler qu'aux termes de l'article L. 241-6, III, alinéa 2 du CASF, la décision de la CDAPH ne s'impose que dans la limite du principe de spécialité en vertu duquel la structure concernée a été autorisée ou agréée, ce qui établit la relativité de l'autorité de cette décision et, par contrecoup, la faculté pour un directeur ou une directrice – à l'exception notable des ESAT – de prononcer la sortie et de provoquer la résiliation de son contrat de séjour, sous réserve de disposer d'éléments objectifs de justification et d'un dispositif contractuel.³⁵

33. CE, 30 juillet 2003, *Mlle Valérie A...*, n° 230226.

34. Montpellier, 1^{re} Ch., Sect. D, 18 juin 2008, *ADAPEI des Pyrénées-Orientales c/ Carl et Saskia X...*, n° A08.1D2767.

35. Il s'agit ici de veiller à la convenable et cohérente rédaction du règlement de fonctionnement et du contrat de séjour.

II. LES ÉLÉMENTS SYSTÉMIQUES DÉFAVORABLES AU DROIT AU PARCOURS

Le défaut d'effectivité du droit au parcours se justifie non seulement par des paramètres qui tiennent aux imperfections du système social et médico-social français mais il est aussi – de manière sans doute aussi importante – la résultante d'un exercice insuffisant de leurs droits par les personnes qui bénéficient – ou peuvent bénéficier – des interventions sociales et médico-sociales.

A. Les imperfections du système social et médico-social

S'attacher à caractériser les imperfections du système social et médico-social revient à identifier, au travers du droit des institutions en ce qu'il décrit l'ensemble du dispositif, ce qui apparaît comme une faiblesse ou une insuffisance de nature à compromettre la bonne adéquation de l'offre de prestations aux besoins. Ainsi deux pistes peuvent-elles être suivies, l'une relative à l'inadéquation de l'offre à la demande, l'autre afférente à la rigidité des processus de réponse.

La première piste, propre à l'inadéquation de l'offre à la demande, conduit à identifier empiriquement quatre facteurs déterminants. La puissance publique est la première à être consciente de l'inéquation de l'offre de prestations aux besoins de la population,³⁶ ce qui la conduit à impartir aux Agences régionales de santé (ARS) la mission cardinale de réduire les inégalités sociales de santé (ISS). Empiriquement, quatre facteurs peuvent être identifiés comme étant déterminants des insuffisances systémiques évoquées ici. D'une part, il apparaît que l'objet même de la politique publique peut se caractériser par des difficultés intrinsèques de définition et c'est là, sans doute, un obstacle aussi permanent que relativement insurmontable. Mais les effets de cette première cause sont amplifiés par un deuxième problème, qui tient au passif historique du régime juridique de la planification. Un troisième ensemble de contraintes pèse sur l'effectivité du droit au parcours : il s'agit de la lourdeur et de la complexité des dispositifs. Enfin, même si ce phénomène semble avoir une cause plus conjoncturelle, il faut tout de même constater que les orientations actuelles de la politique publique sont aujourd'hui dominées par des préoccupations budgétaires. La question de la connaissance de la commande sociale est classique pour les observateurs avertis des politiques publiques. C'est ainsi que, par exemple, le professeur Lafore décrit de longue date l'apparition et le développement du secteur social et médico-social comme une progression « en tuyaux d'orgue » ; cette belle métaphore exprime bien l'idée que c'est la connaissance progressive des publics et de leurs besoins qui a progressivement conduit les professionnels à imaginer de nouvelles modalités d'intervention, lesquelles ont abouti à leur tour à la consécration de nouvelles distinctions juridiques d'établissements et de services. Mais cette idée renvoie également à une limite intrinsèque à toute politique sociale : les besoins demeurent latents jusqu'à ce que des modalités adéquates de réponse leur soient proposées, incitant alors les publics à se manifester pour en bénéficier. Au risque d'un simplisme, on pourrait

36. « Rapport Piveteau », point 2.2.2, p. 21.

donc considérer que c'est au moins en partie la réponse qui crée le besoin. Ici, ce n'est pas l'idée d'une organisation de l'offre par la puissance étatique qui pose problème, c'est partiellement la commande sociale en tant que telle, dans sa dimension implicite ou dissimulée. Mais à cette première difficulté quasi ontologique s'ajoute un autre problème plus technique; il tient aux freins que constituent les insuffisances et le manque d'interopérabilité et de réactivité des systèmes d'information employés par les structures de gouvernance publique et les opérateurs eux-mêmes.³⁷ La prise de décision comme la planification des ressources budgétaires nécessitent une connaissance aussi actuelle et complète que possible des besoins, ces exigences étant renforcées depuis la recentralisation du pouvoir de décision au niveau national, intervenue depuis le milieu des années 2000, d'abord entre les mains de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA) puis du secrétariat général des ministères chargés des affaires sociales (SGMAS).³⁸ Quant à la planification, il fut rappelé que la « loi sociale » du 30 juin 1975, à l'origine du régime contemporain de police administrative des activités sociales et médico-sociales, ne comprenait pas de dispositif de planification. Il a fallu attendre la promulgation de la loi n° 86-17 du 6 janvier 1986 adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétences en matière d'aide sociale et de santé (dite « loi particulière ») pour que l'idée de planification influence les mécanismes de gouvernance publique du secteur³⁹; toutefois, en l'absence d'articulation avec le droit des autorisations, cette planification n'a pas produit d'effets juridiques.⁴⁰ Ce n'est qu'à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi du 2 janvier 2002 que les schémas sont venus constituer un critère à la fois explicite et objectif de délivrance ou de refus d'autorisation.⁴¹ Cet encadrement s'est ensuite renforcé en 2005 avec l'apparition du programme interdépartemental d'accompagnement des handicaps et de la perte d'autonomie⁴²; à la planification territoriale et catégorielle des interventions s'est ajouté un levier de planification financière, rendu effectif par son articulation explicite avec le droit des autorisations.⁴³ Dès lors, la puissance publique ne peut qu'être engagée, dans le cadre de la lutte contre les ISS, à recomposer l'offre afin d'estomper les effets de l'hétérogénéité territoriale qui a régné jusqu'en 2002 et généré une situation d'insuffisances à la fois quantitatives et qualitatives.⁴⁴ Sur ce sujet, l'action des Agences régionales de santé (ARS) est détermi-

37. « Rapport Piveteau », point 2.1.

38. Décrets n° 2013-727 du 12 août 2013 portant création, organisation et attributions d'un secrétariat général des ministères chargés des affaires sociales et n° 2014-834 du 24 juillet 2014 relatif aux secrétaires généraux des ministères.

39. L'article 2 de cette loi a introduit le recours aux schémas territoriaux.

40. L'article 10 modifié de la loi « sociale » n'a pas inscrit, au rang des motifs d'autorisation – et donc de refus d'autorisation – des ESSMS, d'exigence de conformité du projet du promoteur à l'annexe du schéma, ladite annexe consistant pourtant dans la description concrète de la planification territoriale et catégorielle.

41. L'article 28 de la loi a introduit l'article L. 313-4 du CASF postulant l'exigence de conformité du projet du promoteur aux prévisions de la planification.

42. Article L. 312-5-1 du CASE.

43. Article L. 313-4, 4° du CASE.

44. « Rapport Piveteau », point 2.2.2.

nante, en particulier lorsque certains besoins de la population, pourtant identifiés, n'ont fait jusque-là l'objet d'aucun traitement programmatique.⁴⁵ Toutefois, lorsque l'adaptation de l'offre résulte de l'exercice de compétences conjointes, il peut arriver qu'en dépit de ses améliorations juridiques, le système ne soit malgré tout pas opérationnel puisque son efficacité dépend d'une entente interadministrative qui n'est pas toujours avérée.⁴⁶ Enfin, l'autorité administrative ne dispose pas des instruments juridiques qui lui permettraient d'opérer cette réorganisation, en l'état actuel du droit des autorisations, de sorte que la volonté louable de résorber les ISS pourrait donner corps à quelque tentation voisine du détournement de procédure voire de pouvoir, *via* l'exercice de pressions sur les opérateurs par la tarification, le contrôle et le traitement des évaluations externes. Quant à la gouvernance publique du secteur social et médico-social, sa complexité, issue de la division historique des compétences d'intervention selon la provenance des financements mobilisés, s'est accrue sous l'effet des premières lois de décentralisation, lorsqu'il s'est agi de subdiviser les compétences d'aide sociale entre l'État et les Conseils généraux, puis encore lorsqu'a été opérée la séparation du médico-social d'avec le social à la création des ARS par la « loi HPST » du 21 juillet 2009.⁴⁷ D'autres « fragmentations » sociologiques, juridiques, professionnelles, financières et administratives témoignent de la grande sophistication du système social et médico-social contemporain, ce constat de difficulté faisant très largement consensus.⁴⁸ De ces phénomènes normatifs historiques de segmentation

45. À titre d'exemple, l'absence totale, dans une région entière, de planification des réponses aux besoins des personnes en situation de polyhandicap : POINSOT O., « La gestion d'un IME est-elle lucrative ? » ou l'art de poser les fausses bonnes questions », *TSA Quotidien*, 30 avril 2014.

46. Pour une illustration de cette difficulté structurelle, il suffit de prendre le dernier exemple en date, relatif à la politique de développement des SPASAD. Ces services ont été institués par le décret n° 2004-613 du 25 juin 2004 relatif aux conditions techniques d'organisation et de fonctionnement des SSIAD, des SAAD et des SPASAD, codifié au sein des articles D. 312-1 à D. 312-7-1 du Code de l'action sociale et des familles (CASF) consacrés aux services d'assistance à domicile. Or l'administration centrale a reconnu que « près de dix ans après leur création, on constate un faible développement de ces structures (94 SPASAD au mois de septembre 2015) et leur répartition inégale sur le territoire alors même qu'ils sont particulièrement adaptés pour favoriser le maintien à domicile dans de bonnes conditions le plus longtemps possible » (instruction n° DGCS/SD3A/CNSA/2016/33 du 8 février 2016 relative à la mise en œuvre de l'expérimentation des services polyvalents d'aide et de soins à domicile (SPASAD) prévue à l'article 49 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, p. 2). Alors que, depuis 2010, la définition de l'offre relève de l'initiative des autorités administratives et non plus des promoteurs, il faut constater qu'ARS et conseils départementaux n'ont pas mené de politique concertée efficace afin de susciter, par des appels à projets adéquats, le développement de l'offre d'intervention mixte aides/soins à domicile à hauteur des besoins de la population. Le législateur a donc dû intervenir pour promouvoir plus directement l'expérimentation des « SPASAD intégrés » (article 49 de la « loi ASV »), une action relayée par l'autorité réglementaire (arrêté du 30 décembre 2015 fixant le cahier des charges des expérimentations relatives aux services polyvalents d'aide et de soins à domicile prévues à l'article 49 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, *JO*, 31 décembre 2015, p. 25361).

47. Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (*JO*, 22 juillet 2009, p. 12184).

48. Monsieur Bauduret en dénombre sept qui sont la division du secteur social et médico-social en cinq champs d'inégale importance et étrangers peu ou prou les uns aux autres, la subdivision des ces champs en sous-secteurs, l'atomisation des opérateurs sur les territoires, la dualité du pilotage administratif

et d'empilement résulte un régime juridique du système social et médico-social d'une grande complexité. Cette dernière n'épargne pas les mécanismes de gouvernance publique du secteur ; à cet égard, la dispersion des compétences en matière de planification, d'autorisation et de tarification⁴⁹ ainsi que la coexistence de ressorts territoriaux disparates – communes, intercommunalités, départements, régions, territoire national – ne favorisent pas l'exercice d'une gouvernance publique cohérente et réactive, alors même que les enjeux quantitatifs – dont le développement de l'offre à moyens budgétaires constants – et qualitatifs – dont le décloisonnement des interventions et la fluidification des parcours – de l'évolution du système de santé devraient exhorter au développement d'une véritable capacité d'adaptation. Mais la difficulté provient également de ce que les orientations des politiques sociales demeurent gouvernées par la question budgétaire. En effet, il est acquis que l'évolution des conceptions de la gouvernance publique à partir du milieu des années quatre-vingt-dix – sous la forme d'une appropriation des dispositifs du *new public management* – a été en grande partie inspirée par la prise en considération de la dégradation de la situation macro-économique de l'État et du système de protection sociale.⁵⁰ Cette attention particulière aux facteurs macro-économiques explique également l'abandon progressif de la philosophie fondatrice du droit de la tarification – répondre aux besoins des établissements à hauteur des charges générées par l'exercice normal de leurs missions – au profit d'une conception du financement dans les limites des ressources disponibles. Les tarifs plafonds comme le caractère limitatif des dotations et la convergence tarifaire sont, dès lors, venus constituer des instruments de rationalisation, au service d'une stratégie de financement dont l'objectif est avant tout de ne pas dépasser l'objectif national des dépenses de l'assurance maladie (ONDAM), les dotations budgétaires de l'État et des Départements. Dans la droite ligne des modifications du droit budgétaire opérées par la loi de finances pour 2009⁵¹ et la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009,⁵² le développement très significatif du champ d'application des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM) obligatoires par la loi de finances pour 2016⁵³ et les lois ASV et MSS, s'il a été justifié politiquement par la volonté d'assurer un meilleur pilotage de la qualité des interventions, a pour effets immédiats de continger les moyens, rendre les engagements tarifaires inopposables aux tarificateurs et interdire l'accès des organismes gestionnaires au juge de la tarification. L'emploi des états prévisionnels de recettes et dépenses

territorial, la séparation du sanitaire et du social, la dissociation depuis la loi HPST de la gouvernance publique du médico-social et du social, la pluralité des sources de financement et des modalités de tarification. Ces fractures et barrières constituent autant de causes du manque systémique de fluidité des parcours. *Op. cit.*, p. 85-96 ; V° dans le même sens « Rapport Piveteau », point 8, p. 79-82.

49. Sans même évoquer la confusion née de l'absence de séparation de la fonction de contrôle.

50. POINSOT (O.), « Dix ans après : retour sur les raisons de l'introduction du contrat de séjour dans le droit des institutions sociales et médico-sociales », *RGDM*, juin 2012, n° 43, p. 545-561.

51. Loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009 (*JO*, 28 décembre 2008, p. 20224).

52. Loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009 (*JO*, 18 décembre 2008, p. 19291).

53. Loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016 (*JO*, 30 décembre 2015, p. 24614).

(EPRD) – avec l'apparition de la troisième dimension budgétaire que constitue la capacité d'autofinancement (CAF) – comme la progression, plus globale, de la logique de maîtrise comptable déjà à l'œuvre n'est pas nécessairement de nature à laisser augurer d'une prise en compte prioritaire de l'intérêt des personnes accueillies ou accompagnées. De fait, cette évolution majeure de la politique publique tend à retirer aux organismes gestionnaires toute capacité d'initiative stratégique, de sorte que si le droit au recours individuel est sans doute une notion appelée à s'épanouir dans les temps qui viennent, en revanche les fondatrices du secteur social et médico-social que sont les Associations seront bientôt démunies de toute possibilité d'exercer une forme collective de droit au recours sur le terrain tarifaire. De même, les usagers, en tant qu'ils sont appelés à agir désormais en consommateurs de prestations, pourraient perdre en citoyenneté ce qu'ils gagneront comme créanciers des prestataires. La régulation du système par la libre concurrence – qui suppose une offre effectivement supérieure à la demande, ce qui n'est pas le cas actuellement – achèverait d'estomper l'idée d'intérêt général qu'a commencé de masquer depuis 2002 la notion d'utilité sociale. Enfin, à la suite de la reddition du premier rapport Vachey-Jeannet à la fin de l'année 2012, les travaux engagés pour réformer la tarification – s'ils s'orientent vers une meilleure connaissance analytique des charges en fonction des grandes familles de besoins des personnes – pourraient bien aboutir à des mécanismes favorables avant tout à la standardisation et à la convergence, suivant en cela – toutes proportions gardées – la trajectoire dessinée dans le secteur sanitaire depuis l'entrée en vigueur de la tarification à l'activité (T2A). Dès lors, la consécration du primat des parcours pourrait conduire à l'abandon du système actuel de la tarification des établissements et services, au profit d'une solvabilisation à la source des personnes vulnérables. Seule cette nouvelle organisation leur permettrait complètement d'accéder aux prestations dont elles ont besoin au fil du temps, avec le soutien technique permanent de pilotes de cas dédiés. Cela induirait une unification des fonctions de financement et de tarification qui contrasterait avec le morcellement actuel des compétences des financeurs et autorités de tarification. Une telle approche conduirait de surcroît à abandonner le modèle juridique et économique actuel des établissements et services. Enfin, les personnes bénéficiaires n'auraient plus aucun pouvoir d'agir sur les conditions matérielles de la réponse apportée à leurs besoins et attentes, sauf à se placer en citoyens sur le terrain politique afin de contester un dispositif d'allocations qui leur échappe.

La seconde piste, relative à la rigidité des dispositifs de réponse, part du constat que le fonctionnement du système social et médico-social contemporain produit un effet de cloisonnement qui contrarie l'effectivité des parcours et ce, pour deux raisons. En effet, du fait même de l'absence de définition juridique précise de la notion de parcours, ledit système n'appréhende pas *a fortiori* le parcours comme processus évolutif dans le temps et l'espace; par ailleurs, il pâtit encore beaucoup de rigidités peu favorables à la coopération intersectorielle. L'idée même de parcours renvoie à celle de trajectoire et, partant, au fait que des évolutions des besoins et attentes de la personne interviennent dans le temps comme dans l'espace, sans être toujours prévisibles. Or plusieurs obstacles structurels se dressent sur cette trajectoire. D'une part, le dispositif actuel de labellisation du handicap par les notifications d'orientation de la MDPH – essentiellement, il est vrai, du fait d'un manque de réactivité suffisante de ce « guichet unique » – génère des à-coups dommageables à la continuité des parcours, par exemple dans le champ de la psychiatrie où, du fait des risques de décompensation, le patient – également personne en situation de handicap psychique – ne peut rapidement accéder au statut d'usager d'une forme médico-sociale d'intervention en aval.⁵⁴ D'autres difficultés sont plus directement liées aux insuffisances de la planification sur un territoire donné. Ainsi peut-il s'agir d'une insuffisance de la capacité disponible – qu'illustre par exemple la situation du jeune adulte demeurant dans un établissement pour enfants et adolescents en vertu de l'amendement Creton⁵⁵ – ou d'une absence totale d'anticipation du besoin – comme en matière de polyhandicap ou d'autisme: les personnes peuvent alors être contraintes de s'exiler dans un pays limitrophe. Dans ces cas, les professionnels sont en présence de personnes dont ils ne peuvent satisfaire convenablement les besoins et attentes; il arrive qu'ils fassent concomitamment l'objet d'incitations des autorités de contrôle, de la MDPH ou encore des familles pour poursuivre cet accueil inadéquat. C'est là, typiquement, que peuvent apparaître des orientations par défaut qui ne sont pourtant plus compatibles avec les principes fondamentaux des lois de 2002 et 2005. Une variante de cette même difficulté se caractérise par les oppositions voire les précontentieux ou contentieux des décisions de sortie, alors que des modalités d'accueil plus adéquates sont inexistantes ou insuffisantes. Mais dans l'état actuel de la planification, une autre difficulté majeure doit être bien identifiée: c'est celle de l'insuffisance des formes d'accompagnement alternatives à l'admission en établissement. En effet, en dépit des pétitions de principe législatives et réglementaires qui ont déjà été évoquées, la personne ne dispose pas encore d'un choix effectif entre des formes institutionnelles et d'autres, ambulatoires et plus respectueuses de son mode de vie. Enfin, le principe même de la planification par territoire constitue intrinsèquement un obstacle à la liberté

54. Il avait pourtant été proposé d'introduire dans la « loi MSS » une prise en compte spécifique des besoins prioritaires d'orientation CDAPH des patients sur le point de sortir d'établissements psychiatriques, afin de leur permettre d'accéder sans rupture de parcours à un ESSMS de la filière médico-sociale aval (ex.: foyers de vie, ATO, ESAT, CSAPA, CAARUD, SAVS, SSIAD, SPASAD): amendements n° 82 et 84 rectifiés, déposés au Sénat le 14 septembre 2015.

55. Article L. 242-4 du CASE.

de circulation des personnes dans l'espace. Il s'agit d'abord là d'un constat d'expérience, au vu de la manière dont certaines ARS et certains Conseils départementaux conduisent leur action administrative pour tenter de contraindre – en toute illégalité – les établissements et services à circonscrire leur recrutement à la région ou au département selon le cas. Mais il s'agit aussi d'une critique de l'absolutisme du dogme de la proximité immédiate du milieu naturel de vie, lorsque le succès de l'accompagnement, le bien-être et la qualité de vie de la personne dépendent étroitement d'un éloignement ou d'un changement temporaires d'environnement et/ou lorsque toutes les modalités d'intervention voisines ont échoué. Également, l'idée d'une coordination effective entre les différentes parties prenantes de l'accueil et de l'accompagnement des personnes n'est pas nouvelle puisqu'elle était déjà contenue dans la « loi sociale » de 1975.⁵⁶ Elle a naturellement été reprise et développée par la suite, aussi bien dans la loi de 2002⁵⁷ que dans la « loi HPST »⁵⁸ et la « loi MSS ».⁵⁹ Certains de ces textes ont modifié, au sein du droit des institutions sociales et médico-sociales, les droits de la planification et des autorisations ; il s'agit alors de références faites à un impératif de coordination qui, dans les faits, demeure à concrétiser. D'autres ont visé un décloisonnement des interventions issu de la mise en œuvre de formes de coopération. Sur ce dernier point, force est de constater que, depuis la création aussi bien des groupements de coopération sanitaire (GCS) que des groupements de coopération sociale et médico-sociale (GCSMS), l'autorité administrative n'a exprimé aucune stratégie globale et cohérente en dépit des circulaires qu'elle a pu leur consacrer.⁶⁰ La difficulté de l'exercice tient sans doute au fait que le développement des coopérations dépend avant tout de la volonté propre des acteurs. Or les ESSMS ne sont astreints à des coopérations fonctionnelles impératives que selon les prévisions de leurs conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement, de manière analogue à ce qui peut exister pour les établissements de santé en fonction des conditions techniques de fonctionnement et des conditions d'implantation qui sont applicables à leurs activités.⁶¹ À l'égard des professionnels de santé libéraux en général, ils n'ont

56. Articles 2 et 10 *in fine* de la loi.

57. Articles L. 312-4, 4°, L. 312-6 et L. 312-7 du CASF.

58. Articles L. 1411-11, L. 1431-2, 2°, L. 1434-7, L. 1434-12, L. 1435-4, L. 4011-1 et L. 6133-2 du Code de la santé publique.

59. Articles L. 1411-1, 5°, L. 1411-2, L. 1434-2, L. 1434-10, II, L. 3221-2, II, al. 3 et L. 6327-1 du Code de la santé publique.

60. Pour les GCS: Circulaire DREES/DGOS n° 2011-87 du 4 mai 2011 relative à l'enregistrement des groupements de coopération sanitaire dans FINESS; circulaire interministérielle n° DGOS/PF3/DREES/DGFiP/2013/82 du 4 mars 2013 relative à la transformation des syndicats interhospitaliers en groupement de coopération sanitaire ou en groupement d'intérêt public. Pour les GCSMS: circulaire DGAS/SD 5B n° 2006-216 du 18 mai 2006 relative à la pluriannualité budgétaire et à la dotation globalisée commune à plusieurs établissements et services sociaux et médico-sociaux relevant de la même enveloppe de crédits limitatifs et à la coopération sociale et médico-sociale dans le cadre des groupements d'établissements; instruction ministérielle N°DGAS/5D/2007/309 du 3 août 2007 relative à la mise en œuvre des groupements de coopération sociale et médico-sociale.

61. Pour quelques exemples de conventions à conclure par les ESSMS avec des établissements de santé: articles D. 312-52, D. 312-55, D. 312-59-4, D. 312-64, D. 312-66, D. 312-75, D. 312-88, D. 312-95,

d'obligations ni de mise en réseau ni de conventionnement.⁶² Quant aux formes de coopération organique – qui supposent nécessairement la création d'une nouvelle personne morale – l'enjeu est celui de la création de partenariats pérennes, pilotés par une méta-gouvernance des organismes gestionnaires impliqués, dans un contexte de concurrence de plus en plus marqué : entre hôpitaux publics et cliniques privées, entre établissements sanitaires et ESSMS, entre structure lucratives et non lucratives, entre opérateurs ayant des activités ou des projets de développement externe analogues sur un même territoire. Quant aux GCSMS en particulier, indépendamment de la volonté des candidats-partenaires, leur développement est nécessairement limité du fait du mécanisme d'autorisation administrative de leur convention constitutive ainsi que de la position adoptée par certaines Administrations de contrôle, lorsqu'elles refusent toute possibilité, pour lesdits groupements, de porter la création d'un siège social autorisé.⁶³

B. L'insuffisante défense des droits des personnes

Dès lors que le droit au parcours, en l'état actuel de la législation, ne peut devenir effectif qu'à condition que soit scrupuleusement respecté le droit des personnes accueillies ou accompagnées à l'information, à l'individualisation et au libre choix, c'est à ces dernières qu'il appartient de prendre toutes initiatives utiles, dans une démarche de contre-pouvoir opposé aux prérogatives des institutions de régulation publique du système social et médico-social et des offreurs de prestations en santé. Cette dynamique de « capacitation » – traduction du terme anglo-saxon d'*empowerment* – ne peut porter ses fruits que si les intéressés prennent le parti d'agir aussi bien à titre individuel que de manière collective et organisée. Or il faut pour l'instant constater que les personnes accueillies ou accompagnées n'exercent pas véritablement le pouvoir qu'elles tiennent de l'ordonnancement juridique et qu'elles n'ont pas encore suffisamment œuvré à la constitution de supports collectifs de défense et de revendication.

D'une part, le régime juridique de protection et de promotion des droits des personnes met à la charge des professionnels une obligation d'information de ces personnes, non seulement sur leurs droits mais aussi sur la manière de les faire respecter en pratique. Or ce devoir constitue d'une certaine manière une injonction paradoxale, dans la mesure où lesdits professionnels seront le plus souvent ceux contre qui les usagers voudront diriger leurs actions. C'est pourquoi le système social médico-social, pour être efficace, ne peut se contenter de faire reposer sur les seuls ESSMS la responsabilité d'être garants du respect des droits des personnes ; ils sont manifestement, d'une certaine façon, à la fois juge et partie. Les usagers ne sont d'ailleurs pas dupes de cette

D. 312-105, D. 312-117, D. 312-155-3, D. 312-158, D. 312-176-1, D. 344-5-6 du CASE.

62. Sauf dans certains cas particuliers : articles D. 312-52 (centre d'accueil familial spécialisé avec médecin généraliste pour les affections intercurrentes), L. 314-12 et R. 313-30-1 (EHPAD et professionnels de santé libéraux extérieurs) du CASE.

63. Articles R. 314-87 et suivants du CASE.

situation puisqu'il apparaît, d'expérience, qu'ils hésitent grandement à entreprendre des démarches juridiques à l'encontre des professionnels, de peur d'être évincés de leur place et d'être ensuite confrontés à de grandes difficultés avant de pouvoir être admis en un autre lieu.⁶⁴

16. D'autre part, dès lors que la conflictualité des situations de non-respect des droits des personnes accueillies ou accompagnées ne peut facilement être résolue par les démarches individuelles, apparaît la nécessité de faire intervenir un collectif dont la vocation est à la fois d'assister techniquement et de soutenir les usagers insatisfaits. Le panorama actuel du secteur social et médico-social conduit à distinguer, de ce point de vue, deux profils distincts de corps intermédiaires. Le premier correspond aux acteurs historiques de la défense des droits des personnes vulnérables qui, précisément au nom de ces droits, se sont impliqués dans la création puis la gestion des ESSMS. S'il faut parier sur les développements futurs de l'exercice du droit au recours, alors ces acteurs pourront rencontrer à terme des difficultés de cohérence car ils seront exposés – fût-ce à leur corps défendant – à des situations de conflit d'intérêts. Le deuxième profil, émergent, et celui de collectifs ou d'associations exclusivement constituées pour les besoins de la défense des droits des personnes; ceux-là sont sans doute appelés à croître jusqu'à devenir des interlocuteurs incontournables, aussi bien d'un point de vue opérationnel qu'au niveau politique comme hérauts des personnes vulnérables, à condition toutefois qu'ils ne se trouvent pas assujettis à une procédure d'agrément ministériel comparable à celle en usage dans le secteur sanitaire. Enfin, il faut tenir compte du rôle qu'attribue la législation récente aux associations agréées de consommateurs; leurs prérogatives juridiques – notamment par les actions de groupe et les constitutions de partie civile – associées à leur expérience des méthodologies de contentieux et de médiatisation pourraient faire d'elles les chefs de file de demain de la défense des droits de l'utilisateur-consommateur.

64. C'est en ce sens que les usagers ont pu être comparés à des grévistes japonais qui, en dépit de leur mécontentement, continuent d'exercer leur activité. POINSOT (O.), « Le paravent des paradoxes (quelques libres propos sur le recours au contrat dans l'action sociale et médico-sociale institutionnelle) », *Les Cahiers de l'Actif*, n° 396-397, mai-juin 2009, p. 9-18.