

Troisième concours

Epreuve d'admissibilité : Droit public

Meilleure copie, note : 15

Nous n'avons volontairement pas corrigé les imperfections de forme qui peuvent apparaître dans chaque copie.

Direction juridique des ministères sociaux
Cheffe de bureau

Paris, le 22 août 2022

Note à l'attention du cabinet du Ministre

Objet: Contrôle des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD): Acteurs, outils et perspectives

Le scandale d'ORPEA mis en lumière par l'enquête journalistiques Les Fossoyeurs a souligné les limites du modèle des EHPAD et l'inadéquation de la forme actuelle des contrôles opérés.

Différentes investigations ont été lancées, notamment une mission conjointe IGAS et IGF, et le Gouvernement a fait différentes annonces, notamment celle du lancement d'un vaste programme de contrôle qui a récemment révélé des détournements de fonds publics par ORPEA.

La crise des EHPAD soulève effectivement la question de l'efficacité voire de l'effectivité des contrôles du bon emploi des deniers publics mais surtout des garanties apportées par l'autorité publique à la protection et au respect des droits fondamentaux, notamment de dignité et d'intégrité et des libertés des personnes âgées accueillies en EHPAD.

L'enjeu réside dans les leviers juridiques à disposition du ministre pour répondre à ces attentes et accompagner les transformations du modèle d'EHPAD prévues par la PLFSS 2022.

A cette fin, la présente note s'attachera à :

- Préciser les rôles des collectivités et autorités publiques dans l'encadrement du contrôle des EHPAD ainsi que les outils dont elles disposent en cas de carence.
- formuler des propositions quant à l'opportunité de prolonger les récentes évolutions de ce cadre juridique aussi bien en termes d'efficacité des contrôles que de soutien aux dispositifs de l'EHPAD de demain.

I Si la cadre juridique des contrôles d'EHPAD est contraignant et fournit un panel d'outils coercitifs aux ARS et Départements, il souffre d'une efficacité limitée reposant sur des problématiques de moyens, de coordination et de mise en œuvre des sanctions.

A) Une reconnaissance juridique de protection des droits et libertés des résidents d'EHPAD encadrée par un régime de contrôle piloté conjointement par les ARS et les départements

A.1) Une protection des droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD reposant sur des textes internationaux et européens et garantie par le code de l'action sociale et des familles (CASF)

- Bien qu'aucun texte international ne traite spécifiquement des droits des personnes âgées, la France a ratifié le Pacte international des droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) qui imposent aux Etats l'obligation de garantir à tous l'exercice des droits à la protection de la vie privée et familiale et à la jouissance du meilleur état de santé physique et mentale possible.

Les personnes âgées en perte d'autonomie résident en EHPAD peuvent également se prévaloir, depuis 2010, des garanties de pleine jouissance des droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans la mesure où elles répondent à la définition de « personnes présentant des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres. » (80% des résidents d'EHPAD, rapport Défenseur des droits, 2021)

- Au niveau européen, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) consacre les mêmes types de droits. La Charte sociale européenne affirme également le droit des personnes âgées à une protection sociale incluant pour celles vivant en établissement, la garantie d'une assistance appropriée dans le respect de la vie privée et à la participation à la détermination des conditions de vie dans l'institution.

- En droit interne, le CASF garantit par l'article L. 311-3 le respect pour toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médicosociaux de sa dignité, intégrité ; d'aller et venir librement, du libre choix des prestations adaptées offertes ; d'un accompagnement et une prise en charge individualisé respectant son consentement éclairé et de l'accès à l'information relatives à sa prise en charge, sur ses droits fondamentaux, les protections légales et contractuelles dont elle bénéficie ainsi que les voies de recours.

Une charte des droits reprenant ces principes est censée être communiquée à chaque résident et affichée dans l'établissement afin d'assurer l'exercice effectif de ces droits et de prévenir tout risque de maltraitance.

Ce cadre juridique contraignant s'accompagne d'un régime spécifique de contrôle de l'effectivité de ces droits par les deux autorités compétentes : le Département et l'ARS (Agence Régionale de Santé).

A.2) Un régime de contrôle encadré par les ARS et Départements et codifié par des procédures rigoureuses.

- Les politiques de la dépendance relèvent de la compétence des départements et donc du président du Conseil départemental. Or les EHPAD sont qualifiés d'après l'alinéa 6 de l'Article L 312-1 « d'établissements et services qui accueillent des personnes âgées ou qui leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale ». La composante « soins » dispensée par les EHPAD relèvent alors de la compétence des ARS, les Départements ayant à leur charge les prestations liées à la dépendance. Dès lors les EHPAD font l'objet d'une double autorisation et d'une double tarification : ARS pour le volet « médical », Département pour le volet « dépendance » (le financement des EHPAD repose également sur un troisième volet « hébergement » à la charge du résident ou du département selon le niveau de ressources du résident) formalisées par la signature tripartite d'un CPOM.

- Conformément à l'article L 313-13 et suivants les autorités de tarification disposent d'un pouvoir d'autorisation de l'activité accordée pour une durée de 15 ans (Art L 313-1) au renouvellement subordonné à un contrôle de régularité sur l'application des normes de fonctionnement par les

établissements et aux résultats d'une évaluation de la qualité des prestations selon une procédure élaborée par la Haute Autorité de santé (HAS) (Art L. 312-8).

- L'alinéa V de l'Article L 313-13 indique que pour les établissements, services et lieux de vie et d'accueil relevant d'une autorisation conjointe les contrôles sont effectués de façon séparée ou conjointe par les agents respectifs dans la limite de leurs compétences respectives soit le personnel placé sous l'autorité de l'ARS (médecin inspecteur de santé publique ou inspecteur de l'action sanitaire et sociale) pour le volet médical et prestations de soins (Alinéa II – Art L 313-13) soit les agents départementaux pour le contrôle des prestations liées à la prise en charge de la dépendance (Alinéa IV – Art L 313-13)

- Dans le cadre du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens (CPOM) signé entre l'ARS, le Département et l'EHPAD des suivis périodiques sont définis. Ils peuvent prendre la forme d'inspection dont le périmètre large recouvre la qualité des soins, le respect des droits des résidents, la sécurité des locaux et du circuit du médicament ou encore la gouvernance et le management.

Ces contrôles sont en majorité inopinés et ciblés en fonction de réclamations ou signalements reçus par les ARS ou Départements des résidents, familles ou établissements.

Les contrôles suivent enfin une procédure rigoureuse d'inspection sur site, de production d'un rapport soumis à une procédure contradictoire qui à son issue lève ou maintient des prescriptions ou injonctions. Des mesures correctrices sont alors définies et le contrôle de leur mise en œuvre est assuré par des contre-visites d'inspection des autorités de tarification.

B) Des outils coercitifs étendus prévus en cas de carence mais dont l'effectivité peine à être garantie

B.1) La carence institutionnelle fait l'objet de 4 dispositifs coercitifs à disposition des autorités compétentes.

- Les actes de violence, de maltraitance ou de négligence peuvent être qualifiés d'institutionnels à chaque fois que l'institution laisse les faits perdurer sans réagir, notamment après de multiples signalements de familles des victimes. Elle ne dilue pas les responsabilités individuelles mais souligne les responsabilités propres de l'EHPAD dont la mission est la protection des personnes vulnérables.

- L'article L 313-14 du CASF énonce quatre types d'outils mobilisables par les autorités compétentes en cas de méconnaissance des droits et des conditions d'installation, d'organisation et de fonctionnement de l'établissement.

- Les autorités ont le pouvoir d'injonction de mesures correctrices, de réorganisation, mesures individuelles conservatoires (I - Art L 313-14).

- Elles disposent du pouvoir d'astreinte en cas de non satisfaction à l'injonction dans le délai fixé (II - Art L 313-14). L'astreinte est journalière, proportionnée dans sa durée (maximum 3 ans) et montant (500€/jour maximum) et associée à l'interdiction de gérer toute nouvelle autorisation.

- Des sanctions administratives sont également prévues comme la désignation d'un administrateur provisoire (V - Art L 313-14) ainsi que la suspension ou cessation temporaire ou définitive de tout ou partie des activités ou de l'établissement (Art L 313-16)

- Des sanctions financières peuvent également être prononcées en cas de méconnaissance des dispositions du code dont le montant est proportionné à la gravité des faits (plafonné à 100 000€) susceptible d'être cumulé à une amende pénale (III - Art L 313-14)

- Dans le cas des autorisations conjointes des EHPAD ces procédures peuvent être engagées par l'une des autorités compétentes qui en informe les autres sans délai, optimisant donc les garanties de mise en œuvre de ces outils coercitifs disponibles à l'issue d'un contrôle d'un EHPAD.

B.2) La fonction contrôle reste dans les faits insuffisamment assurée

Cinq défaillances sur la chaîne de contrôle peuvent être identifiées et fragilisent le régime juridique de contrôle des EHPAD.

Tout d'abord l'évaluation ex ante la délivrance de l'autorisation n'est théoriquement renouvelée que tous les 15 ans en application de l'article L 313-1. Elle repose, en outre, sur un référentiel élaborée par la HAS comportant dès lors un prisme sanitaire plus approfondi que le contrôle des autres volets : prise en charge de la dépendance, respect du principe de libre choix, de consentement éclairé, contrôle budgétaire et financier.

Ensuite les moyens mis en œuvre pour conduire les inspections sont sous-dimensionnés, disparates selon les départements et inadéquats entre les deux institutions*. La Cour des comptes dans sa communication de février 2022 montre des écarts entre un et cinq par an de contrôles selon les départements soit statistiquement un contrôle de chaque EHPAD tous les 20 à 30 ans. *(Absence de médecins inspecteurs pour les ARS)

Par ailleurs la Cour relève que l'essentiel des contrôles s'inscrit dans des inspections de prévention des risques de maltraitance laissant de côté les volets relatifs à la qualité des prestations de prise en charge de la dépendance ou le respect des droits des résidents ou encore le contrôle budgétaire et financier.

De plus les contrôles conjoints sont difficiles à mener et suivre. La gouvernance n'établit pas clairement le rôle et les responsabilités de chaque autorité dans le suivi des contrôles.

Enfin les sanctions ne font pas l'objet de mise en œuvre opérationnelle que ce soit les sanctions financières (absence de décret d'application de l'ordonnance du 17 janvier 2018 pour permettre l'émission des titres de perception) ou même les sanctions administratives où la fermeture d'établissement semble peu réaliste au vue des problématiques de places disponibles et des besoins à venir de 600 000 personnes actuellement à 4 millions en 2050.

Il Si des leviers juridiques sont mobilisables pour renforcer l'efficacité des contrôles des EHPAD, le cadre juridique gagnerait à accompagner les transformations du modèle des EHPAD prévues par le PLFSS 2022

A Des marges de manœuvre juridiques sont disponibles pour des contrôles plus efficaces.

A.1) Des procédures d'évaluation et des plans de contrôle reposant sur une analyse des risques globaux.

- Les évaluations subordonnant les renouvellement autorisations pourraient être ramenées a une fréquence de tous les 5 ans, conduites par des modalités de vérifications externes garantissant objectivité et crédibilité. Une modification de l'Art 131-1 serait envisageable
- De même le référentiel de la HAS gagnerait à être élargi dans son périmètre afin d'intégrer l'ensemble des risques (notamment l'atteinte des droits et libertés)

A.2) Accompagner la professionnalisation et la coordination des contrôles dans le respect de la compétence des départements.

- La composante médicale doit être renforcée voire même rendue obligatoire pour toute inspection d'EHPAD. M. Bernard soulignait le 16 mars 2022 au cours de l'audition du syndicat national des inspecteurs de l'action sanitaire et social l'absence de médecins inspecteurs comme un élément tout à fait préjudiciable au décèlement des cas de maltraitance. Compte tenu de l'évolution démographique des EHPAD et la perte d'autonomie grandissante des résidents, il serait envisageable de modifier l'Art 313-13 II en substituant le « et » au « ou » sur la composition d'équipe d'inspection conduites par un médecin et un inspecteur.

- De même la professionnalisation s'accompagne de la coordination de services spécialisés tels que la DGCCRF afin d'assurer le contrôle des contrats de séjour et de lutter contre les clauses abusives. Des référents EHPAD pourraient être nommés et être mis à disposition sous requête de l'autorité compétente conduisant le contrôle afin d'apporter une expertise technique lors d'audit sur la régularité et validité des contrats de séjour.

- Renforcer la proximité est essentielle dans l'efficacité du processus de contrôle des EHPAD. Elle passe par un positionnement plus affirmé des départements dans la coordination et la conduction des processus de contrôle. En ce sens la proposition d'un service national à compétence opérationnelle comme proposé par le syndicat des pharmaciens inspecteurs de santé publique peut constituer une initiative mal accueillie par les présidents des conseils départementaux et à la pertinence limitée face aux nécessités de connaissances du terrain. Néanmoins une instance permettant d'animer et standardiser les référentiels de contrôles à disposition des agents départementaux permettrait de garantir une application harmonisée de critères de qualité relatifs à la prise en charge de la dépendance.

A.3) L'effectivité des sanctions doit être renforcée notamment financières.

Le régime de sanctions financières doit être rendu opérationnel car il est identifié comme un levier important de mise en conformité des EHPAD au CASF et de mise en œuvre des mesures correctrices identifiées lors d'un contrôle. Il est donc recommandé d'éditer le décret d'application de l'ordonnance du 17 janvier 2018 afin de permettre l'émission des titres de perception sur la base des astreintes journalières ou sanctions financières prononcées par l'ARS.

B Les leviers juridiques afin de garantir l'effectivité des droits et la transition des EHPAD vers une logique de prévention de la perte d'autonomie et de parcours de soins individualisés.

B.1) Au niveau des établissements, des outils sont rapidement mobilisables pour assurer l'exercice des principes du libre choix, du consentement éclairé et du droit à l'information de la personne accueillie

Deux dispositions réglementaires sont envisageables : l'inscription obligatoire de la Charte des droits et du règlement de fonctionnement dans le livret d'accueil avec un volet « Facile à lire et comprendre » pour une plus grande accessibilité aux résidents et un renforcement du principe de consentement éclairé. De même l'inscription obligatoire des coordonnées de la personne de confiance dans le dossier administratif du résident ainsi que sa présence lors de la conclusion du contrat de séjour permettraient une garantie effective et objective du droit à l'information et au libre choix. Ces dispositions passeraient par des modifications des articles du CASP notamment l'article L 311-4

Au niveau des EHPAD, le Ministère pourrait encourager les ARS et départements à la mise en œuvre d'actions de sensibilisation sur le droit à l'information du résident et ses proches sur les prestations proposées, le droit de désigner une personne de confiance et les voies de recours. Cette campagne de sensibilisation pourrait être relayée par des référents « consentement » nommés par l'établissement à l'instar des référents qualités pour le contrôle du circuit des médicaments

B.2) Au niveau national, des leviers juridiques peuvent faciliter la transition vers les nouvelles missions de l'EHPAD prévues par le PLFSS 2022.

Le PLFSS 2022 prévoit la possibilité pour les EHPAD d'exercer une mission de centre de ressources territorial afin de constituer 1 pôle d'appui aux professionnels du territoire intervenant à domicile comme en établissement via des formations et une expertise gériatrique dans le respect du libre choix de la personne âgée d'un maintien à domicile (majoritaire chez nos concitoyens). D'autre part l'offre d'accompagnement évoluerait vers un EHPAD hors des murs proposant une logique de parcours à la personne âgée avec des séjours temporaires en EHPAD axés sur la prévention de la perte d'autonomie.

Au delà des problématiques de ressources financières relatives à la valorisation des métiers et de ces nouvelles compétences ainsi qu'au renforcement des personnels soignants, des leviers juridiques peuvent faciliter cette transformation :

- la fusion des autorisations et de la double tarification dans une optique de simplification et de décloisonnement du volet soins et du volet dépendance qui ne fait plus sens dans la perspective du modèle d'EHPAD de demain. Un groupe de travail réunissant les ARS et départements *

- Un renforcement des CPOM et notamment des clauses relatives à la coordination entre structures (GHT pour le sanitaire, aide à domicile pour le médico-social) ainsi qu'à la mutualisation des moyens pour des gains d'efficacité notamment sur les fonctions support type achats et SI.

Des discussions pourraient être organisées avec les départements afin d'identifier les opportunités territoriales et leur traduction juridique.

* Pourrait être mis en place afin d'en évaluer l'opportunité