

COLLOQUE DE MEDECINE LEGALE

VENDREDI 1^{ER} JUILLET 2022

« LA RESPONSABILITE PROFESSIONNELLE DES EHPAD »

**Philippe CHOLET – Basile PERRON
Avocats Associés**

1 - En demandant à deux avocats spécialistes en droit de la santé, d'étudier en 2022, la responsabilité professionnelle des EHPAD, le Professeur MALICIER souhaitait certainement savoir si **le régime juridique de ces établissements d'hébergements sociaux (aucunement des établissements de santé, au sens juridique du terme)** avaient été affectés, ou pas, par l'émotion suscitée par :

- la contestation sociale, **en 2018**, par le mouvement des « gilets jaunes », stigmatisant les faibles rémunérations des personnels des EHPAD et plus particulièrement des aides-soignants ;
- la crise sanitaire de la COVID-19, **en 2020**, ayant entraîné des adaptations exceptionnelles des modalités de fonctionnement des EHPAD

(plan bleu avec d'importantes restrictions d'aller ou de venir, avec même l'impossibilité de voir le visage d'un résident décédé...) ;

- la parution du livre-enquête sur les établissements d'hébergement pour personnes dépendantes d'ORPEA, **en 2022**, intitulé «**Les fossoyeurs** ».

Pour répondre à la demande du Professeur MALICIER, il convient, tout d'abord, de bien cerner l'activité des EHPAD, en 2022.

2 - Il ressort de la publication du rapport de 2022 de l'Académie de Médecine, intitulé « **Après la crise COVID, quelles solutions pour l'EHPAD de demain ?** », les chiffres suivants :

- 9 français/10 plébiscitent le maintien à domicile le plus longtemps possible ;
- environ 600.000 résidents dont 5 % de moins de 70 ans ; âge moyen d'entrée à 85 ans et 10 mois ;
- durée du séjour : 2 ans et 7 mois, en diminution puisque, auparavant, durée de 4 ans 1/2 ;
- 830.000 équivalents temps plein travaillent auprès des personnes âgées en situation de dépendance en 2019. Mais les arrêts de travail et l'absentéisme sont très au-dessus des moyennes nationales.

Salaires bas ; absence de plan de carrière ; troubles musculo-squelettiques et détresse psychique des personnels.

Si la bienfaisance est désirée, elle n'est pas possible dans de nombreux cas : « *qualité empêchée* ».

• **les dernières évolutions sont les suivantes :**

-> plus âgée, physiquement et psychologiquement vulnérables : déclin fonctionnel + manque d'autonomie décisionnel ;

7,9 pathologies en moyenne et au moins 1 pathologie aigue: polymédication ;

-> de nombreux matériels spécifiques : télésurveillance ; matelas anti-escarres, sol antichute ;

-> la continuité et la sécurité des soins sont remises en cause : la présence d'une infirmière de nuit est difficile à organiser: ***surveillance des perfusions ; contrôle des constantes ; traitements antidouleurs ; hospitalisation ou retour d'hospitalisation ;***

-> 30 % des décès des plus de 75 ans se déroulent en EHPAD.

• **3** - Revenons, maintenant, sur le régime de la responsabilité professionnelle des EHPAD, issue des années 1999-2000 : ***loi du 2 Janvier 2002*** rénovant l'action sociale et instaurant l'obligation du « ***contrat de séjour*** ».

Il n'existe pas de régime juridique spécifique aux EHPAD, comme cela est, par exemple, le cas pour les établissements de santé publics ou pour les établissements de santé privés, qui sont régis, en matière de responsabilité professionnelle, par la loi Kouchner du 4 Mars 2002, protectrice des droits des patients.

Ici, la loi Kouchner, qui régit la responsabilité des professionnels de santé et de soins, sera véritablement applicable uniquement à l'égard des médecins traitants et autres professionnels libéraux, invités à donner des soins dans les EHPAD et, de façon plus indirecte, à l'égard des médecins coordonateurs salariés et du personnel paramédical également salarié (infirmiers, aides-soignants) qui bénéficient d'une immunité en matière de responsabilité civile, qui est supportée par leur employeur, c'est-à-dire par la Direction de l'EHPAD.

(Cass. 1ère civ. 9 novembre 2004, n°01-17.908 & n° 1608FS-P+B – Harmonisation avec la responsabilité des médecins hospitaliers des hôpitaux publics).

Nous sommes donc en présence d'un régime de responsabilité civile contractuelle ou administrative pour les EHPAD qui relève du droit commun de la responsabilité contractuelle et de nature purement prétorien, c'est-à-dire émanant des jurisprudences de ces deux ordres de juridiction.

Il existe une responsabilité pénale qui peut être dirigée tant à l'encontre des EHPAD, qu'à l'encontre de leur personnel salarié ou des intervenants libéraux. Il n'existe pas, cependant, d'infraction pénale spécifique au champ social, même si, depuis ces dernières années, les magistrats ont recours à la notion de **protection juridique des personnes vulnérables**.

En effet, le Code Pénal prévoit des dispositions spécifiques et une aggravation des peines lorsque l'acte malveillant est exercé sur une personne dite « vulnérable », ce qui peut être le cas d'une personne âgée, en raison de son grand âge et/ou de ses maladies.

(Cf. Code Pénal, article 222-3 et 434-3)

4 - Nous tenons à remercier l'assureur «**SHAM**», l'un des grands assureurs des EHPAD, qui nous a communiqué la sinistralité des EHPAD en 2019.

SHAM nous a indiqué, par ailleurs, ne pas avoir observé une accélération spectaculaire des réclamations en **2021-2022**.

Il est d'usage de distinguer les réclamations corporelles des réclamations matérielles : 7,3 % de préjudices corporels entraînent un coût de 60,5 % d'indemnisation ; tandis que 92,7 % de réclamations matérielles entraînent moins de 40 % de préjudices indemnisables.

Plus intéressant est l'étude des réclamations liée à des préjudices corporels par **griefs exprimés** et par **catégories d'établissements** : les principales causes de réclamations corporelles ont été les suivantes :

- les dommages subis par les personnes accueillies en établissement, lors d'activités au sein de l'établissement, ex. fuite ;
- les dommages liés à la réalisation des soins et à la prise en charge (erreur médicamenteuse, infection) ;
- les chutes durant la vie en structure.

Pour l'ensemble des établissements sociaux et médico-sociaux assurés, les EHPAD représentent environ **50 %** du coût des sinistres pour **21,7 %** du nombre des réclamations : **le coût des sinistres en EHPAD est donc important**.

En conclusion, les EHPAD, plus encore depuis les crises précitées, génèrent des demandes d'indemnisation non négligeables et en augmentation pour les dossiers corporels, dont le coût est le plus élevé : + 22 % entre 2018 et 2019.

5 - Nous verrons, avec Basile PERRON, que le régime juridique de la responsabilité des EHPAD, bien qu'issu des établissements sociaux et non pas des établissements de santé, tend à se **raffiner** pour tenir compte du cadre spécifique de ces établissements, de plus en plus proches, en réalité, des établissements de santé « **de suites** » :

- **en premier lieu**, sans grand succès judiciaire, des familles ont déposé des plaintes pénales contre des EHPAD, ou bien parce que des résidents sont décédés à la suite de l'épidémie, ou bien en raison des restrictions des visites et autres, du fait de l'état d'urgence sanitaire.

(**Cf. Plates-formes montées par des avocats : « My smart cab » ou « Coronavictimes** »)

Quoi qu'il en soit, le Conseil d'Etat n'a pas fait droit à ces mises en cause : le Conseil d'Etat a rejeté toute forme de carence dans le cadre d'un référé-liberté sur le fondement de l'article L.521-2 du Code de Justice Administrative à propos de diverses mesures concernant tout particulièrement des personnes âgées résidant en EHPAD, atteintes de la COVID-19 ;

(**CE, 15 avril 2020, n° 439910, au Lebon**)

Un seul recours a été admis : ordonnance rendue le **3 Mars 2021 (Maître Basile PERRON développera cette affaire)**.

- **en second lieu**, les magistrats semblent attacher de plus en plus d'importance à la notion de « **maltraitance** » et à la « **sauvegarde des intérêts des personnes vulnérables** », même si la notion juridique de « **maltraitance** » n'est pas véritablement définie en droit.

Pour l'OMS : : « **tout acte isolé ou répété, ou absence d'intervention qui se produit dans toute relation de confiance et cause un préjudice ou une détresse chez la personne handicapée** ».

Pour le Conseil de l'Europe, il a été mis en place une typologie des actes de maltraitance incluant les **négligences actives (toutes formes de sévices, violences, abus, insultes, menaces, chantage, manquements pratiqués avec la conscience de nuire)** et les **négligences passives (bâclage de toilette, repas écourtés, journée passée au lit, draps souillés tardivement remplacés...)**

• **En synthèse**, on assiste à un enrichissement de **l'arsenal juridique** autour des notions de « **maltraitance** » et de personnes « **vulnérables** », de deux façons :

-> **instauration d'une obligation de signalement** : lorsque des faits de maltraitance surviennent en institution, la Direction de l'établissement a l'obligation d'avertir immédiatement le Préfet (**pour les EHPAD**) ; d'en informer l'ARS (**circulaire du 23 Juillet 2012**) et de saisir le Procureur de la République pour les cas les plus graves.

Il s'agit ici des dispositions de **l'article 434-3 du Code Pénal**, le législateur obligeant **le professionnel** qui a connaissance d'un mauvais traitement à alerter les autorités administratives et judiciaires.

-> **protection des personnes qui dénoncent des actes de maltraitance**, les mettant à l'abri des conséquences professionnelles et pénales : irresponsabilité disciplinaire et pénale pour les acteurs de santé et de soins et protection des salariés qui ne peuvent pas être licenciés ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné de faits de maltraitance (**CASF, article L.313-24 + Jurisprudences, Cour d'Appel de PARIS, Pôle 6, chambre 9, 15 mars 2017, n° 18/07096 ; Cour d'Appel de LYON, chambre sociale, 1er octobre 2014, n° 13/03659**).

Egalement pour les acteurs de santé, l'article 226-14 du Code Pénal dispose qu'il n'y a pas de violation du secret médical, **même sans l'accord de la victime**, lorsque le médecin porte à la connaissance du Procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constatés à l'égard d'une personne non en mesure de se protéger, en raison de son âge.

Aussi, depuis les crises récentes qui ont « *malmené* » nos EHPAD, nous voyons s'enrichir le régime classique de la responsabilité de ces établissements sociaux, en faveur de **la protection juridique des personnes les plus vulnérables, surtout lorsqu'elles subissent des actes de maltraitance des personnels des EHPAD ou de l'institution elle-même.**

Est-ce là les prémices d'un mouvement qui préludent d'une nouvelle loi sur les EHPAD, incluant un régime de responsabilité professionnelle spécifique et la fin de vie ?

Qu'en penses-tu, Basile ?

COLLOQUE DE MEDECINE LEGALE

VENDREDI 1^{ER} JUILLET 2022

« LA RESPONSABILITE PROFESSIONNELLE DES EHPAD »

Philippe CHOULET – Basile PERRON
Avocats Associés

En 2022, si on célèbre dignement les 20 ans de la Loi Kouchner du 4 Mars 2002, il ne faut pas oublier la Loi du 2 janvier 2002 dite « Loi2002-2 » rénovant l'action sociale et médico-sociale définissant et garantissant **les droits des résidents en établissements médico-sociaux**, aujourd'hui codifiée dans le code de l'action sociale et des familles (art. L311-3 et s.).

Si cette Loi a réaffirmé la place prépondérante des usagers, entendu promouvoir l'autonomie, la protection des personnes et l'exercice de leur citoyenneté, à la différence de la Loi Kouchner, elle n'a pas eu pour vocation de définir un régime spécifique de responsabilité des EHPAD, laquelle demeure, 20 ans après, régit par le **droit commun**.

1 – QUELS TYPES DE RESPONSABILITES AU SEIN DES EHPAD ?

A. LA RESPONSABILITE CIVILE ET ADMINISTRATIVE (INDEMNITAIRE)

1. En matière délictuelle, le principe demeure celui d'une « immunité professionnelle » au bénéfice du personnel médical et paramédical salarié

- L'immense majorité des mises en cause d'EHPAD correspondent à des fautes commises par l'intermédiaire du personnel médical et paramédical salarié de l'établissement. C'est dire si la responsabilité délictuelle, étudiée aussi bien sous son angle civil qu'administratif, concerne principalement la « **responsabilité du fait d'autrui** » (**art. 1242 al. 5 du Code civil**).

Le principe est celui d'une responsabilité de l'établissement, qu'il soit public ou privé, à moins qu'il ne soit apporté la preuve que le professionnel de santé a commis une faute « **excédant le cadre de la mission qui lui a été impartie par l'employeur** ».

• En matière civile

Depuis le célèbre Arrêt COSTEDOAT du 25 Novembre 2000, complété par deux arrêts de principe du 9 Novembre 2004 concernant directement des acteurs de (médecin salarié et sage- femme salarié), **le principe est désormais celui de l'absence de responsabilité du professionnel de santé salarié (préposé) qui n'a pas excédé la mission qui lui a été impartie par l'EHPAD employeur (commettant)**.

3 conditions, **particulièrement difficiles à caractériser**, sont exigées pour engager la responsabilité personnelle du professionnel de santé, c'est à dire distincte de l'EHPAD :

- 1) Il a agit hors de ses fonctions ;
- 2) Il a agit sans autorisation ;
- 3) Il a agit à des fins étrangères à ses attributions ;

Ex : l'association employant la gardienne d'une résidence pour personnes âgées qui, grâce à ses fonctions, s'est rendu coupable du délit d'abus de faiblesse à l'encontre d'un usager, est responsable en sa qualité de commettant (cf. Cass. 2e civ., 16 juin 2005, n° 03-19.705, n° 947 FS - P + B)

• En matière administrative

Comme en matière civile, pour engager la responsabilité personnelle de l'agent, il convient d'apporter la preuve d'une « **faute détachable du service** », c'est-à-dire une faute d'une particulière gravité, où est notamment caractérisé une **intention malveillante**.

Ex : assistante sociale qui avait donné comme consigne au bureau d'aide social d'éviter d'embaucher des personnes de couleurs (**Cass. crim., 14 nov. 1989, n° 88-81.817**).

2. En revanche, en matière contractuelle, la responsabilité de l'EHPAD demeure subordonnée à la preuve de l'inexécution du « contrat de séjour », entendu comme un manquement à l'obligation de moyen

- L'EHPAD, en exécution de son « contrat de séjour » est tenu, non pas à une **obligation de résultat**, mais seulement à une obligation de moyens, c'est-à-dire qu'il doit mettre tout en œuvre pour tenter de parvenir à ce résultat sans que la non-obtention du résultat espéré suffise à engager sa responsabilité.

En faisant le parallèle avec les établissements de santé, notamment psychiatriques, l'obligation de moyen sera appréciée, **voire renforcée**, au **regard de l'état de santé du résident**.

- **Ex :** La Cour d'Appel de Montpellier a retenu la responsabilité d'un EHPAD spécialisé suite à une fugue mortelle d'une résidente le soir même de son arrivée alors que les besoins avaient été mal évalués (**CA Montpellier, 8 avril 2014, n° 12/05267**)

- **Ex : A l'inverse :** cas d'un résident décédé suite à une défenestration volontaire, la Cour d'Appel de Montpellier n'a pas retenu l'existence d'une faute de l'EHPAD dans la mesure où le psychiatre n'avait formulé aucune alerte sur un risque suicidaire ni préconisé aucune surveillance particulière (**CA Montpellier, 25 novembre 2014, n° 12/06581**).

- À noter que la jurisprudence met à la charge du Directeur de l'EHPAD, la preuve que le pensionnaire a été informé et a pris connaissance du règlement intérieur.

Ex : A propos d'un conflit portant sur les possibilités d'expulsion d'une résidente qui refusait le règlement en matière de paiement de prestations de ménage et de repas (*cf. Cass. 3eciv., 19 mai 2004, n° 03-11.360*).

3. Le rôle particulier du médecin coordonnateur

Son statut, issu d'un décret de 2005, est précisé à l'article D.312-158 du CASF étant précisé que le médecin coordonnateur exerce ses missions « **sous la responsabilité et l'autorité administratives du responsable de l'établissement** ».

La fonction de médecin coordonnateur n'est pas une fonction de soin direct à la personne, mais une fonction de soins collectifs et de médecine institutionnelle. Pour autant, car il peut être amené à réaliser des prescriptions médicales pour les résidents en cas de **situation d'urgence** ou de **risques vitaux** ainsi que lors de la survenue de **risques exceptionnels ou collectifs**.

B. LA RESPONSABILITE CIVILE ET ADMINISTRATIVE (INDEMNITAIRE)

Il n'existe pas d'infractions pénales spécifiques au champ social et médico-social, voici quelques infractions qui sont le plus susceptibles d'être commises dans un EHPAD.

1. mise en danger d'autrui

C. pén., art. 223-1 : « *Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende* »

Infraction dite de prévention, **strictement encadrée** ; ces éléments constitutifs sont :

- la violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement ;
- le caractère volontaire de cette violation ;
- le risque immédiat pour autrui né de cette violation ;
- la nature de ce risque : soit un risque de mort, soit un risque de mutilation ou d'infirmité permanente.

2. Délaissement, abus de faiblesse

C. pén., art.223-3 : « le délaissement, en un lieu quelconque, d'une personne qui n'est pas en état de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique »

Concernant les éléments constitutifs de l'infraction, la Cour de cassation exige un **acte positif** qui doit exprimer « **de la part de son auteur la volonté d'abandonner définitivement la victime** »
(cf. *Cass. crim., 23 févr. 2000, n° 99-82.817 et Cass. crim., 13 nov. 2007, n° 07-83.621, n° 6290 F - P + F et surtout, Cass. crim., 9 oct. 2012, n° 12-80.412, n° 5791 F - P + B, à propos d'u fils qui avait laissé sa mère laissée sa mère grabataire pendant plusieurs semaines* « macérer dans ses excréments » : *La Cour de cassation estime que les actes de refus de faire appel aux services médico-sociaux* « sont impropres à caractériser l'accomplissement d'actes positifs manifestant une volonté d'abandonner définitivement sa mère »).

3. Non-assistance à personne en danger

C. pén., art.223-6 : « Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours. »

- **Le péril** a été analysé comme un état dangereux ou une situation critique qui fait craindre de graves conséquences pour la personne qui y est exposée et qui risque selon les circonstances, soit de perdre la vie, soit de subir des atteintes corporelles graves ;
- **La conscience de l'existence du péril** oblige celui qui est alerté et est en mesure d'agir de s'informer plus amplement avant éventuellement de décider de s'abstenir ;

4. Défaut de signalement de crimes ou de mauvais traitements

C. pén., art. 434-1 mais surtout **C. pén., art. 434-3** : « Le fait, pour quiconque ayant connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives ou de continuer à ne pas informer ces autorités tant que ces infractions n'ont pas cessé est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »

Les personnes astreintes au secret professionnel dans les conditions prévues à l'article 226-13 du code pénal sont toutefois **exclues** de ces dispositions.

- **Ex :** Dans un hôpital hébergeant des personnes âgées, des mauvais traitements sont constatés par divers témoignages et les salariés maltraitants sont repérés et dénombrés. Le médecin coordonnateur de cet hôpital, pour des raisons de concurrence entre établissements et d'orgueil professionnel, nie les faits en public, bloque l'information au directeur et surtout ne fait pas de signalement aux autorités judiciaires invoquant le secret professionnel auquel il est tenu. La cour d'appel le condamne à 1 an d'emprisonnement avec sursis considérant que le secret médical ne s'applique pas aux faits puisque les faits étaient connus de beaucoup de personnes et ce, en dehors de la relation directe avec l'utilisateur.

Cassation : Les informations reçues sur les cas de maltraitance sont couvertes par le secret médical auquel est astreint le médecin. Elles ont été connues dans le cadre de son travail et il n'y a pas de sanctions pénales possibles pour les personnes tenues au secret professionnel sur le fondement de l'article 434-3 du code pénal du fait de son dernier alinéa. (**Cass. crim., 27 avr. 2011, n° 10-82.200**)

5. Homicide involontaire

C. pén., art. 221-6 alinéa 1er : « *Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.* »

- L'article 121-3 du Code pénal, issu de la loi du 10 Juillet 2000, dite loi « Fauchon » : La qualification juridique du Directeur d'EHPAD en tant **qu'auteur indirect** du dommage... impose la démonstration, à son encontre d'une **faute caractérisée** et / ou d'une **violation manifestement délibérée** d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ;

- **Ex :** Incendie dans un EHPAD ayant causé la mort de 11 pensionnaires : « *en ne faisant pas procéder à des exercices pratiques d'évacuation même simulés par le personnel de la maison de retraite, diligences normales compte tenu de la nature de ses fonctions, de ses compétences ainsi que des pouvoirs et des moyens dont il disposait, le directeur a commis une faute caractérisée qui exposait les pensionnaires de la maison de retraite à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer* » (**cf. TGI Bobigny, 21 janv. 2004**).

- À noter que la loi n° 2020-546 du 11 Mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire, ajoute au Code de la santé publique un **article L. 3136-2** dont l'objet est d'inciter le juge à prendre en compte le contexte de crise lors de l'engagement de la responsabilité pénale d'un décideur pour une infraction non intentionnelle : « **L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur.** »

2 – LA CRISE SANITAIRE : VERS UN RENFORCEMENT DES DROITS DES PENSIONNAIRES ET, DANS LE MEME TEMPS, DU RISQUE DE MISE EN CAUSE DU DIRECTEUR ET DES PROFESSIONNELS DE SANTE ET DE SOINS

A. LA NOUVELLE REGLEMENTATION IMPOSEE PAR LA CRISE SANITAIRE

1. En matière délictuelle, le principe demeure celui d'une « immunité professionnelle » au bénéfice du personnel médical et paramédical salarié

- Les personnes âgées accueillies en EHPAD ont été identifiées comme étant **particulièrement vulnérables** à la Covid-19, notamment en raison de leur âge et des pathologies ou comorbidités possibles qu'elles peuvent présenter, d'où la volonté des pouvoirs publics de mettre en place un régime de protection accrue, **dérogatoire du droit commun**.

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

Les mesures dictées pour organiser la gestion des EHPAD ont été prises sous formes de « protocoles », de « recommandations », de « plan », publiés sur le site internet du ministère chargé des Solidarités et de la Santé mais ces normes sont dépourvues de force de loi et sont, de ce fait, rarement soumises à un contrôle juridictionnel.

Quoiqu'il en soit, **il appartenait aux Directrices et Directeurs d'EHPAD de décider des mesures applicables localement**, après concertation collégiale avec l'équipe soignante et, en particulier les médecins coordonnateurs, en fonction de la situation sanitaire de l'établissement et dans le respect des préconisations locales délivrées par les agences régionales de santé et les préfetures. Cela a été rappelé par le Conseil d'État dès le début de la crise sanitaire : « **Il n'appartient qu'à ces derniers, responsables de l'ordre et de la sécurité dans les établissements qu'ils dirigent, de prendre des mesures permettant d'assurer, à l'intérieur de l'établissement, le respect des consignes données à l'ensemble de la population pour lutter contre la propagation du virus covid-19, en conciliant les exigences sanitaires avec les droits des résidents** » (cf. **Conseil d'État, 8 avr. 2020, n° 439822**)

- **Ex : limitation du droit de sortie des résidents lors du 1er confinement ;**
« *Protocole relatif aux consignes applicables sur le confinement dans les ESSMS¹ et unités de soins de longue durée* » en date du 20 avril 2020, qui précise que les résidents ne peuvent sortir de l'établissement que sur autorisation « **exceptionnelle** » de la direction.

¹ ESSMS : établissements et services sociaux et médico-sociaux.

Cette **suspension de sortie** a été prorogée le 28 janvier 2021 par le ministère des Solidarités et de la Santé laquelle se traduisait fréquemment par une interdiction de sortie prononcée par les directions des EHPAD, sauf motif exceptionnel et notamment médical.

Saisi d'un recours en référé-liberté, par ordonnance en date du 3 Mars 2021, le Conseil d'État a suspendu cette recommandation au motif qu'elle était disproportionnée dans le contexte de début de campagne vaccinale et cela d'autant plus que ce confinement imposé aux résidents pouvait « *altérer l'état physique et psychologique de nombreux résidents, ainsi que plusieurs études l'ont démontré* »

- **Ex : limitation du libre arbitre du résident** ; protocole du 20 avril 2020 relatif aux consignes applicables sur le confinement dans les ESSMS prévoyait que la direction de l'EHPAD pouvait confiner les résidents dans leur chambre dans l'hypothèse où ils ne souhaitaient pas se confiner volontairement, et si nécessaire, de mettre en œuvre cette mesure de manière contraignante.

- **Ex : la longue durée de ces suspensions et/ou limitations de visites**, et la venue dans l'établissement de nombreuses autres personnes extérieures – coiffeuse ou esthéticienne, par exemple –, ont participé à l'incompréhension de ces restrictions imposées aux seuls proches. Caractère disproportionné dès lors que ces mesures attentatoires aux droits et libertés fondamentaux n'ont pas été limitées dans le temps.

- **Ex : limitations des cérémonies funéraires**, le décret du 1er avril 2020 a interdit, pour une durée d'un mois, la réalisation des soins de conservation, la pratique de la toilette mortuaire et a ordonné la mise en bière immédiate des défunts probablement atteints du Covid-19 au jour de leur décès. Ces dispositions ont finalement été abrogées le 11 mai 2020 et annulées par le Conseil d'Etat en date du 22 décembre 2020 (**cf. CE, 22 décembre 2020, n°439804**).

- La crise sanitaire qui, pendant un temps, a donné aux Directrices et Directeurs d'EHPAD des prérogatives dérogatoires du droit commun, a permis e pointer du doigt les « lacunes », mais surtout les évolutions nécessaires de la Loi du 2 Janvier 2002 pour permettre à nos aînés de « *mieux vivre leur 4ème voire 5ème âge* », comme en témoigne la **feuille de route** récemment publiée par le Ministère des Solidarités et de la Santé proposant 15 axes de réflexions, dont les principaux :

- Faire évaluer la fonction de médecin coordonnateur (**prescription étendue, évaluation gériatrique, prescrire vaccins et antiviraux pour la grippe**) ;
- Reconnaître la fonction d'infirmier coordonnateur ;
- Généraliser les astreintes des infirmières de nuit à l'ensemble des EHPAD ;

B. LA FIN DE VIE EN EHPAD, TENTER DE MINIMISER LE RISQUE DE MISE EN CAUSE

Bien que les affaires judiciaires ayant trait à la fin de vie soient particulièrement médiatisées, les mises en cause sont marginales... Les 5 « **notions clés** » de la fin de vie :

1. La personne de confiance ;

Désignée par le résident, elle rend compte de la volonté de celui-ci et son témoignage prévaut sur tout autre.

2. Les directives anticipées ;

Les directives anticipées ne sont plus limitées dans le temps et elles s'imposent au corps médical sauf :

- En cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation ;
- Lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale. Dans ce cas précis, la décision médicale est prise après la mise en œuvre de la procédure collégiale

3. La procédure collégiale ;

Elle prend la forme d'une « **concertation avec les membres présents de l'équipe de soins** » ainsi que de l'avis motivé d'au moins un médecin, appelé en qualité de consultant. Si la procédure est collégiale, la décision prise in fine, n'est pas collective mais individuelle et engage la responsabilité du médecin.

4. La lutte contre l'obstination déraisonnable ;

3 critères légaux pour apprécier une situation d'« acharnement thérapeutique » (**art. L.1110-5-1 du CSP**)

1. Soins inutiles ;
2. Soins disproportionnés ;
3. Soins qui n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie

En pareils cas, il est possible d'arrêter les traitements, après le respect de la procédure suivante, contrôlée par le Juge :

1. Mise en œuvre de la procédure collégiale ;
2. Rechercher la volonté du patient avec par ordre d'importance :
 - a) Les directives anticipées ;
 - b) La personne de confiance ;
 - c) La famille ;
 - d) Les proches ;

Seules les directives anticipées s'imposent au médecin ; la personne de confiance, la famille et les proches sont obligatoirement consultés mais ne disposent en aucun cas d'un droit de veto !

Le corps médical doit « *s'efforcer de dégager une position consensuelle* » (*art. 37-4 du Code de déontologie*)

3. Après avoir recueilli tous les avis qui lui sont utiles et indispensables, le médecin prend seul la décision et comme toute décision médicale, elle engage sa responsabilité. Elle doit être formalisée par écrit dans le dossier du patient (*obligation légale*).

4. Une fois sa décision prise, le médecin doit la notifier à l'ensemble des personnes auprès desquelles il s'est enquis de la volonté du patient. Il doit le faire dans des conditions permettant à celles-ci d'exercer un droit au recours (*décision n°2017-632 QPC du Conseil constitutionnel du 2 juin 2017 à propos du contrôle de constitutionnalité de la loi Clays - Leonetti*)

5. La sédation profonde ;

Les 3 hypothèses dans lesquelles une sédation profonde peut être mise en œuvre

- 1.** Lorsque le patient atteint d'une affection grave et incurable et dont le pronostic vital est engagé à court terme présente une souffrance réfractaire aux traitements ;
- 2.** Lorsque la décision du patient atteint d'une affection grave et incurable d'arrêter un traitement engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable ;
- 3.** Lorsque le patient ne peut pas exprimer sa volonté et, au titre du refus de l'obstination déraisonnable dans le cas où le médecin arrête un traitement de maintien en vie ;

La procédure collégiale est obligatoire, que le patient soit ou non en état de manifester sa volonté...
