Master 2 Droit de la santé

Parcours Droit et éthique des établissements sociaux et médico-sociaux

Le projet personnalisé en établissement social et médico-social

Par Amandine BOS Septembre 2018

0ury :

Madame le Professeur Marie-Laure MOQUET-ANGER, Professeur agrégé de droit public, Université de Rennes 1, Co-directrice du Master 2 Droit de la santé et Présidente de l'Association française de droit de la santé (directrice du mémoire).

Madame Fatima YATIM-DAUMAS, Maître de conférences à l'École des Hautes Études en Santé Publique (second ury du mémoire).

Master 2 Droit de la santé

Parcours Droit et éthique des établissements sociaux et médico-sociaux

Le projet personnalisé en établissement social et médico-social

Par Amandine BOS Septembre 2018

0ury :

Madame le Professeur Marie-Laure MOQUET-ANGER, Professeur agrégé de droit public, Université de Rennes 1, Co-directrice du Master 2 Droit de la santé et Présidente de l'Association française de droit de la santé (directrice du mémoire).

Madame Fatima YATIM-DAUMAS, Maître de conférences à l'École des Hautes Études en Santé Publique (second ury du mémoire).

Remerciements

0e tiens à exprimer mes sincères remerciements au Professeur Marie-Laure Moquet-Anger, la directrice de ce mémoire, pour ses conseils ainsi que pour le temps et la confiance qu'elle m'a accordés.

Sommaire

PARTIE 1 : Le pro et personnalisé, outil de mise en œuvre du droit à l'individualisation de la prise en charge et de l'accompagnement

CHAPITRE 1 : Un droit à l'individualisation de la prise en charge et l'accompagnement opposable

Section 1 : Un droit pour toute personne accueillie en établissement Section 2 : Une obligation d'individualisation imposée à tout établissement social ou médico-social

CHAPITRE 2 : Une mise en œuvre du pro et personnalisé sous forme contractuelle

Section 1 : La personne accueillie comme partenaire de sa prise en charge et son accompagnement
Section 2 : Le contrat comme garant de l'effectivité du droit à l'individualisation

PARTIE 2 : Le pro et personnalisé, un outil au régime uridique sui generis, spécifique au secteur social et médico-social

CHAPITRE 1 : Une nature contractuelle inadaptée à la relation entre personne accueillie et établissement

Section 1 : La personne accueillie, une partie aux caractéristiques parfois incompatibles avec la notion de contrat Section 2 : Une exécution contractuelle compliquée par la vie en établissement

CHAPITRE 2 : Un régime uridique nécessairement adapté au secteur social et médico-social

Section 1 : Une formalisation souple des attentes et besoins de la personne accueillie Section 2 : Une usticiabilité relevant du régime légal des établissements sociaux et médico-sociaux

Table des abréviations

1 ANESM : Agence Nationale de l'Évaluation et de la qualité des établissements et services Sociaux et Médico-sociaux

2 CASF : Code de l'Action Sociale et des Familles

3 CNCDH : Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme

4 C. Civil : Code Civil

5 EHPAD : Établissement d'Hébergement pour Personnes Âgées Dépendantes

6 ESSMS : Établissements et Services Sociaux et Médico-Sociaux

7 0CP A : La Semaine 0uridique -Administrations et Collectivités territoriales

8 MDPH : Maison Départementale des Personnes Handicapées

9 RDSS : Revue de Droit Sanitaire et Social

Le pro et personnalisé est une préoccupation présente dans chaque établissement ou service social et médico-social. Si le but et l'ob et du pro et personnalisé sont nobles, de nombreuses difficultés émergent de la démarche. Ce sont des difficultés que 'ai pu constater en stage, en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes et dans un service de soins et d'accompagnement à domicile. Elles sont liées à un manque de clarté de la notion, à la dimension collective de l'hébergement mais également et surtout, au particularisme du secteur social et médico-social.

Le secteur social et médico-social abonde de particularités. Il est également très évolutif. Les outils qui guident son action, dans le respect des droits des personnes, sont ainsi nombreux. Pour la plupart de ceux-là, ils sont issus de la loi du 2 anvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale. Le pro et personnalisé est un de ses outils. En conséquence, il n'a vocation à s'appliquer qu'en établissement ou service social ou médico-social (ESSMS). Il s'applique particulièrement dans des lieux de vie, où des personnes sont accueillies, en raison d'une fragilité, d'une dépendance ou d'un handicap. Sont visés les établissements et services prévus à l'article L.312-1 du Code de l'Action Sociale et des Familles[1], qui énumère limitativement la liste des établissements. C'est un outil destiné à une catégorie définie d'institutions, celles-ci sont sociales ou médico-sociales.

En tant qu'établissements accueillant du public, qui plus est possiblement vulnérable, ils sont soumis à des exigences particulières qui proviennent de lois, de règlements, d'orientations politiques. Les règles relatives aux établissements sociaux et médico-sociaux ont connu un nouvel élan au début des années 2000. En 2002, la loi-cadre du secteur social et médico-social de 1975[2] était un peu vieillie, surtout sur le point des droits des personnes accueillies. Une réforme du secteur était nécessaire et a eu effectivement lieu. Elle a débouché sur la loi du 2 anvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, devenu un véritable pilier depuis. Celle-ci vient pallier au principal manquement de la loi de 1975 : elle vient consacrer un bloc de droits à destination de toutes les personnes accueillies en établissement, et au-delà pour tous les usagers du secteur. Ce bloc de droits se retrouve notamment à l'article L. 311-3 du CASF, et est, évidemment, opposable aux établissements. En d'autres termes, ceux-ci doivent respecter et garantir ces droits pour chaque personne accueillie qui fera son entrée dans l'établissement.

Parmi ces droits, un particulièrement nous intéresse. C'est le droit à l'individualisation de la prise en charge et de l'accompagnement, auquel est associé un droit à la participation à un pro et d'accueil et d'accompagnement propre à chaque personne accueillie. Ces deux droits proclamés à l'article L. 311-3 du CASF sont très liés. La loi énonce qu'«est garantie à toute personne prise en charge par des établissements et

1 CASF, Article L. 312-1 I. 2 Loi n075-535 du 30 uin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales.

services sociaux et médico-sociaux (.) 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»[3]. Par ces affirmations, le législateur consacre un droit pour chaque personne accueillie en établissement, de recevoir une prise en charge ou un accompagnement individualisé. Le législateur comprend une «prise en charge et un accompagnement individualisé» comme une prise en charge adaptée à la personne, qui la distingue des autres personnes accueillies, reconnaît ses singularités et apporte les réponses et prestations qui y correspondent.

Pour les plus pointilleux, il est possible de faire une distinction entre individualisation et personnalisation. A la lecture de la loi, le pro et personnalisé comporte les deux aspects. Dans l'individualisation, la personne est considérée par ses caractères spécifiques mais qui ne lui sont pas forcément proprement uniques. Elle est distinguée d'autres individus mais peut aussi être associée à ceux qui ont les mêmes caractéristiques. Par exemple, être une personne âgée vivant atteinte de la maladie d'Alzheimer et bénéficier d'un accompagnement spécifique pour les personnes atteintes d'un tel trouble, est un accompagnement individualisé. La personnalisation, de manière plus approfondie, va s'axer sur la personne seule, indépendamment d'un groupe, en tenant compte de ses besoins, de ses capacités, de ses envies, de ses aspirations. Dans la personnalisation, il y a réellement des considérations qui lui sont propres. Par exemple, dès l'entrée en EHPAD, une personne âgée qui vit avec la maladie d'Alzheimer a indiqué détester porter des vêtements roses. Les aides-soignants vont adapter la prise en charge à la maladie, mais peuvent aussi laisser le choix de la couleur des vêtements et même veiller à ne lui en proposer aucun de cette couleur. Ici, on va alors plus parler d'un accompagnement personnalisé. De ce qu'on peut retenir de l'énoncé de la loi et de la volonté du législateur, c'est que par l'utilisation du terme «individualisation», il entend ces deux aspects.

Pour rendre effectif ce droit, le législateur y a associé, plus loin dans l'article L. 311-3 du CASF, la notion de «pro et d'accueil et d'accompagnement»[4] auquel la personne doit participer directement ou avec son représentant légal le cas échéant. Si la notion ne paraît pas équivoque, il est vrai, il n'en reste pas moins que le législateur a entendu accorder à cet outil le rôle de garantir l'exercice effectif du droit à l'individualisation. S'a oute cependant un problème : le législateur a annoncé l'existence d'un pro et d'accueil et d'accompagnement propre à chaque personne, mais n'en a pas donné de définition. Successivement, le pouvoir réglementaire, les agences nationales et les auteurs intéressés par le droit du secteur social et médico-social se sont emparés de la notion afin de la préciser. En 2004, c'est un décret [5] qui vient préciser qu'il s'agit d'une démarche de pro et obligatoire et qui doit aboutir à une contractualisation des ob ectifs et prestations qui en découlent. En 2008, c'est une recommandation de bonnes pratiques de

3 CASF, Article L. 311-3 30. 4 CASF, Article L.311-3 70. 5 Décret n02004-1274 du 26 novembre 2004 relatif au contrat de sé our ou document individuel de prise en charge.

l'ANESM[6] qui est dédiée au pro et personnalisé. A cette occasion, elle a arrêté le terme de «pro et personnalisé» (terme qui sera utilisé désormais). C'est cette dernière qui sera la plus précise en la matière. Ce n'est pas un su et tant saisi par la doctrine, bien que l'ob et puisse interroger, particulièrement sur sa force contraignante. Il est donc utile de tenter de définir le pro et personnalisé.

Le pro et personnalisé en tant que «pro et» est une «conduite d'anticipation»[7] qui s'incarne en une action structurant une réalité à venir. C'est, plus concrètement, un ensemble d'actions réalisées dans le but d'atteindre un ob ectif dans le cadre d'une mission précise. Cette définition appliquée au pro et personnalisé, il est possible de le définir comme est un ensemble d'actions, de prestations, réalisées par un établissement social ou médico-social dans le but d'atteindre des ob ectifs adaptés à une personne et de répondre à ses attentes, dans le cadre de sa prise en charge ou de son accompagnement. Il va se réaliser par le biais d'un processus de dialogue entre l'établissement et la personne accueillie, après une analyse de la situation et un recueil des attentes de la personne. Ce dialogue va aboutir à la formulation d'ob ectifs et de prestations adaptés à la personne, vers lesquels il faut tendre pour assurer sa qualité de vie. La mise en œuvre du pro et sera formalisée par un document écrit. «Pro et personnalisé» est donc l'expression utilisée pour évoquer la démarche de personnalisation, et également pour parler du document final écrit qui va synthétiser les ob ectifs et prestations qui sont le résultat de la démarche.

La définition semble un peu plus claire, mais, une délimitation du su et reste nécessaire. Effectivement, le droit à l'individualisation interagit et emprunte à d'autres droits qui lui sont proches. S'a oute à cela l'existence d'une multitude d'outils du secteur, utilisant aussi la notion de «pro et», ce qui apporte de la confusion.

Le pro et personnalisé est un outil propre au secteur social et médico-social. En conséquence, il est dé à nécessaire de préciser qu'il n'a pas vocation à s'appliquer dans le secteur sanitaire. Il n'y a pas de pro et personnalisé en établissement de santé, sachant qu'il ne s'agit pas d'un établissement d'hébergement stricto sensu. Le patient n'est pas destiné à rester, à résider dans l'établissement de santé. Il ne faudra donc s'intéresser qu'à la mise en œuvre du pro et personnalisé dans le cadre des établissements et services sociaux et médico-sociaux et ainsi s'arrêter à la délimitation matérielle énoncée par l'article L.312-1 du CASF.

Qu'en est-il du domicile, des services d'aide, d'accompagnement et de soins à domicile? Si on lit littéralement l'article L.312-1 du CASF, ce sont des services sociaux et médico-sociaux. En ce sens, ils se voient obligés de respecter le bloc de droits compris dans la loi du 2 anvier 2002. Concernant le pro et personnalisé, la démarche doit exister dans de tels services et chaque usager doit se voir proposer un pro et

6 ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles : Les attentes de la personne et le projet personnalisé*, décembre 2008. 7 0ean-Pierre BOUTINET, *Anthropologie du projet*, Presses Universitaires de France, «Quadrige», 2012, p. 1.

personnalisé. Néanmoins, c'est une pratique qui, de toute évidence, est compliquée à mettre en œuvre ici. Effectivement, dans un service d'aide à domicile, le nombre parfois importants d'usagers, le rapport indirect entre représentants du service et personne bénéficiaire ainsi que le fait que la prise en charge ne soit pas continue, compliquent la mise en œuvre de la démarche d'individualisation. Dans ce secteur, il faut adopter une souplesse concernant l'exigence d'individualisation et valoriser le rôle de l'intervenant à domicile comme référent de la situation du bénéficiaire. Qui plus est, ce n'est pas parce qu'il n'existe pas de pro et personnalisé de l'usager, qu'il n'y a aucune personnalisation des interventions (recueil des besoins, prestations adaptées et choisies librement par la personne bénéficiaire). Il semble ainsi plus opportun de se focaliser sur la pratique du pro et personnalisé seulement en établissement social et médico-social. Le pro et personnalisé a toute son importance ici, car pour les personnes accueillies, il s'agit d'un nouveau lieu de vie. L'intégration dans un nouveau lieu de vie nécessite une attention particulière sur les attentes et besoins de la personne. A fortiori, sachant que, pour la personne accueillie, il va s'agir d'un «chez soi chez les autres»[8]. Il faut alors veiller, certes, au respect des besoins liés à une fragilité ou à une dépendance, mais aussi au respect des aspirations personnelles, des habitudes, du vécu de la personne.

Il aurait pu être utile d'étudier de manière globale les droits des personnes accueillies, mais le droit à l'individualisation nous intéresse en particulier pour trois raisons. D'abord, il repose sur le principe du respect de la dignité de la personne. Il reflète le souhait de considérer chaque personne comme singulière, ayant son identité propre, identité qui ne doit pas s'effacer derrière la vie en collectivité. Ensuite, le droit à la personnalisation est un droit qui semble être en tension avec le terrain même de son application : le cadre d'un établissement social ou médico-social. Se posent alors des questions diverses. à quel point est-il possible de personnaliser une prise en charge ou un accompagnement, sachant que le cadre de vie est
collectif et qu'il existe évidemment des impératifs de fonctionnement et de budget? Ces derniers sont d'ailleurs les principales limites à la mise en œuvre des pro ets personnalisés. Si la mise en œuvre des pro ets personnalisés n'est parfois pas optimale, il ne s'agit pas d'une mauvaise volonté, mais plutôt d'une garantie de bon fonctionnement de l'établissement et de cohérence avec les considérations collectives. Enfin, il est quand même opportun d'étudier le pro et personnalisé comme coexistant avec les autres droits con sacrés. L'idée du pro et personnalisé est d'associer le plus la personne au processus (droit à la participation), de recueillir son consentement après l'avoir informé (droit à l'information, exigence de consentement libre et éclairé). Nous souhaitons ici l'étudier seul afin de comprendre ses origines uridiques et son application, mais il sera nécessaire d'évoquer ces autres droits.

8 Richard VERCAUTEREN, Bernard HERVY, 0ean-Luc SCHAFF, *Le projet de vie personnalisé des personnes âgées*, ERES,

2010, p. 53.

D'autres délimitations autour du su et sont à apporter. Il existe d'autres outils du secteur impliquant le terme de «pro et». Il y a notamment le pro et d'établissement contenu dans l'article L. 311-8 du CASF, article qui indique «que tout établissement ou service social ou médico-social doit élaborer un pro et qui définit ses ob ectifs, en matière de coordination, de coopération et d'évaluation des activités et de la qualité des prestations ainsi que ses modalités d'organisation et de fonctionnement»[9]. Le pro et d'établissement concerne de manière globale l'établissement et ses activités tandis que pro et personnalisé concerne de manière précise la personne accueillie dans l'ensemble plus global de l'établissement.

Plus proche encore dans la terminologie, il existe aussi le pro et de vie en Maison Départementale des Personnes Handicapées. Il ressemble fortement au pro et personnalisé en établissement. Il se base également sur l'individualité de la personne handicapée usager du système social et médico-social. Il s'agit ici de prendre en compte la personne, ses envies, ses attentes et choix de vie afin que la réponse d'orientation de la MDPH soit la plus adaptée possible à la situation et aux aspirations individuelles. Existent néanmoins des différences marquantes. Notamment, le pro et de vie de la MDPH découle de la loi du 11 février 2005, et est une conséquence du «droit à la compensation» du handicap de la personne[10]. Si les raisons sont semblables (prendre en compte l'individu pour apporter une réponse adaptée), ce sont deux outils bien différents.

Les difficultés de définition du droit à l'individualisation, ses interactions et ressemblances avec d'autres droits et outils, interrogent sur le pro et personnalisé de manière globale. Au vu de son caractère très individuel, se pose inévitablement la question de savoir quelle est son application en établissement social ou médico-social, qui est un environnement par nature collectif. Si la question de son existence uridique est certaine, puisque le pro et personnalisé est consacré par la loi, sa concrétisation pratique le semble moins. Il est donc utile pour résoudre la question de la force uridique de cet outil, de passer par une étude qui confronte ce qui est énoncé et voulu en droit, et ce qui existe en fait. Cette confrontation entre le droit et la pratique est ce qui permettra de déterminer d'abord sa nature uridique (et ainsi sa force contraignante). Cette étude permettra ensuite de déterminer son régime uridique (notamment la question de la responsabilité de l'établissement). Ce sont des questions essentielles au vu du contexte dans lequel est mis en œuvre le pro et personnalisé : un mouvement accordant une nouvelle place pour l'usager et de plus en plus de contraintes pour l'établissement.

9 CASF, Article L. 311-8. 10 Loi n02005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, Article 11.

Le pro et personnalisé est la conséquence de plusieurs considérations, certaines sociétales, d'autres plus uridiques. L'individualisation de la prise en charge et de l'accompagnement procède de la volonté de considérer la personne comme l'actrice de sa vie, de sa prise en charge et de son accompagnement. C'est en lien avec la proclamation du nécessaire respect de la dignité et de l'intégrité des personnes accueillies. Proclamation qui vient, on peut le supposer, panser les faits de maltraitances institutionnelles qui ont pu parfois bousculer l'opinion et les pouvoirs publics. Le pro et personnalisé est ainsi un outil qui permet à chaque personne de se sentir singulière dans le cadre de la vie en établissement et de savoir ses besoins et aspirations personnelles respectés, du moins écoutés.

L'individualisation a aussi l'ambition de clarifier la position et le «statut» de personne accueillie dans la relation entretenue avec l'établissement. Cette affirmation s'apprécie en deux mouvements : la contractualisation de la relation entre personne accueillie et établissement et dans cette tonalité, l'émergence d'une démocratie médico-sociale à l'instar de la démocratie sanitaire.

L'utilisation du contrat n'est vraiment pas anodine car il y a des conséquences uridiques évidentes. De nombreux auteurs de doctrine tels que 0ean-Marc Lhuillier, Michel Borgetto ou Robert Lafore, ont relevé cette importance d'ailleurs. Considérer qu'il existe un contrat de sé our entre établissement et personne accueillie, impose de respecter le droit commun des contrats. Imposer la formation d'un contrat entre les deux nécessite de considérer la personne accueillie comme un cocontractant. La personne accueillie doit donc être envisagée comme un partenaire, presque un co-décideur pour l'établissement.

S'a oute à cette facette de partenaire une autre : celle de citoyen. La loi du 2 anvier 2002 a tenu à «donner la parole» à l'usager du système social et médico-social, se calquant en quelque sorte sur la démocratie sanitaire. Cela va passer notamment par la création d'instances de consultation, de participation, qui sont obligatoires. Pour le secteur médico-social, c'est notamment le conseil de vie sociale. Il s'agit de la dimension collective de la démocratie. Toutefois, il est possible de voir en le droit à l'individualisation une mise en œuvre d'une démocratie médico-sociale individuelle. Effectivement, le pro et personnalisé est une déclinaison de la démocratie en établissement à un niveau plus individuel. Il permet l'expression individuelle dans le cadre collectif de la vie en établissement.

Il y a une approche collective et une approche individuelle des droits consacrés par la loi du 2 anvier 2002. Le pro et personnalisé est un outil de la loi de 2002 qui se fonde sur le droit à l'individualisation, en cela, il est nécessairement singulier au secteur médico-social et répond à un régime uridique original.

L'étude uridique du pro et personnalisé doit se faire en deux temps.

D'abord, il est nécessaire d'envisager ce que dit le droit, ce qu'il consacre, quelle nature uridique il a entendu lui accorder. C'est l'outil-phare du droit à l'individualisation promu par le législateur de 2002. En tant que tel, seront envisagées ses origines uridiques, sa force contraignante et la nature que lui a proclamé le droit (**PARTIE 1**). Ensuite, se posent des questions sur son régime uridique. A une nature uridique est attachée un régime spécifique. Un acte de nature contractuelle en établissement privé sera soumis au droit civil des contrats par exemple.

Ensuite, il sera vite constaté que la nature proclamée du pro et personnalisé et le régime uridique qui doit lui être associé ne peuvent coïncider. Il est pourtant nécessaire de lui associer un régime, mais, un régime uridique particulier et spécifique au secteur social et médico-social auquel le pro et personnalisé pourrait correspondre (**PARTIE 2**).

~~PARTIE 1~~: Le pro et personnalisé, outil de mise en œuvre du droit à l'individualisation de la prise en charge et de l'accompagnement

PARTIE 1

Le droit à l'individualisation est consacré explicitement de manière législative et réglementaire. L'article L311-3 du CASF a prévu son bras armé, le droit à l'individualisation est assuré par le biais de la «participation à la conception et la mise en œuvre d'un pro et d'accueil et d'accompagnement». Le pro et personnalisé paraît être à la croisée de plusieurs droits : le droit à la participation et le droit à l'individualisation. Il s'exerce principalement par le biais de la participation effective de la personne à son accompagnement. Concrètement, cette participation va s'exercer par le recueil de ses attentes et envies, par l'expression de ses souhaits, par la co-construction d'un pro et entre la personne accueillie, son entourage et l'équipe pluridisciplinaire de l'établissement. C'est en cela qu'il s'agit d'une sorte de démocratie individuelle qui coexiste avec la participation collective en établissement.

Le droit à l'individualisation est ainsi proclamé, faisant de l'usager une personne à part entière et un citoyen porte-parole (mais alors de sa propre parole?). Reste qu'il faut lui donner une force uridique, afin qu'il soit effectif. Le législateur lui a alloué cette force de deux manières.

D'abord, il a fait de l'individualisation une obligation imposée à chaque établissement social et médicosocial. Le droit à l'individualisation emporte avec lui une obligation d'individualisation qui implique de la part de l'établissement de réelles actions positives. Ainsi, ce droit à l'individualisation et par association, le droit de se voir proposer un pro et personnalisé, est opposable (**Chapitre 1**).

Ensuite, le législateur et le pouvoir réglementaire se sont assurés que soient scellées les obligations qui découlent de la réalisation du pro et personnalisé et que les engagements pris à l'égard de la personne accueillie ne soient pas lettre morte. Il est imaginable que le travail d'individualisation soit réalisé, mais, que les ob ectifs et prestations adaptés ne soient finalement pas exécutés. Afin de pallier ce risque, le législateur et le pouvoir réglementaire ont usé de l'instrument contractuel (**Chapitre 2**). Ils vont tenter de faire du contenu du pro et personnalisé la loi des parties afin de garantir l'effectivité du droit à l'individualisation.

CHAPITRE 1 : Un droit à l'individualisation de la prise en charge et l'accompagnement opposable

A l'origine de cette obligation s'imposant à tous les établissements sociaux et médico-sociaux, il y a la loi du 2 anvier 2002 réformant l'action sociale et médico-sociale. Elle consacre un droit à l'individualisation de sa prise en charge et de son accompagnement pour toute personne accueillie (**Section 1**).

La reconnaissance de ce droit propre au secteur médico-social a pour conséquence de créer une obligation d'individualisation pour les établissements (**Section 2**). En effet, sans une telle démarche d'individualisation de la part des établissements, ce droit ne pourrait être effectif. C'est un droit source d'obligations. Il s'agit à la fois d'une obligation qui impose aux établissements des actions positives, et d'un droit dont peuvent se prévaloir les personnes accueillies. Pour étudier le pro et personnalisé d'un point de vue uridique, il est donc nécessaire de partir de la consécration de ce droit à l'individualisation pour bien comprendre le contenu de l'obligation créée par la loi.

SECTION 1 : Un droit pour toute personne accueillie en établissement

Parmi les droits consacrés en 2002, on trouve des droits à visée collective, comme la mise en place obligatoire des conseils de vie sociale en établissement mais aussi des droits à visée uniquement individuelle. Le pro et personnalisé s'inscrit dans cette seconde catégorie, il est propre à chaque personne. Il est évident qu'il s'agit d'un droit inhérent à la personne et donc d'un droit individuel (il est fonction de la situation unique de la personne) (§1). C'est aussi un outil original dans le sens où il va être construit à partir d'informations personnelles et singulières à la personne, base qui va permettre une valorisation de son identité en établissement (§2).

§1. **Un droit individuel inhérent à la personne accueillie**

Le fait que le droit à l'individualisation fasse partie du bloc de droits consacré par la loi de 2002 révèle la volonté ferme du législateur de protéger et promouvoir les droits des personnes accueillies (A). La promotion de ces droits accorde une place importante à une autre notion sans laquelle il ne peut y avoir pleine possession des droits : la volonté. Le pro et personnalisé, il est vrai, est un outil qui est particulièrement subordonné à la volonté de la personne (B).

A. Une volonté de considérer la personne accueillie comme un su et de droits «à part entière»

La loi rénovant l'action sociale et médico-sociale de 2002 est guidée par une volonté de protection. En effet, les personnes accueillies en établissement, de par leur entrée en structure sociale ou médico-sociale, sont considérées comme possiblement fragiles.

La volonté de protéger s'est illustrée par la proclamation d'un bloc de droits fondamentaux à destination des personnes accueillies, ce qui leur confère un statut de «su ets de droit à part entière»[11]. Dominique Everaet-Dumont poursuit même en parlant d'une volonté de considérer la personne accueillie comme «citoyen et membre de l'humanité», ce qui fait le lien avec la notion de participation et de dignité humaine.

Cette volonté de protéger l'usager du système social et médico-social et de considérer ainsi la personne accueillie comme un support de droits brise le modèle de la personne fragile qu'il faut prendre en charge et pour laquelle le soignant sait ce qui est le «meilleur pour elle». Pour le Professeur Robert Lafore, la personne accueillie n'est plus seulement une personne à prendre en charge et à «soigner» mais une «personne détentrice de droits qu'elle peut faire valoir devant l'établissement»[12]. Comme il sera évoqué plus tard, l'émergence de la personne accueillie comme un détenteur de droits opposables tend à rééquilibrer les rapports entre résident et représentants d'un établissement. Pour le Professeur Lafore, le «soucis de l'usager» devient le leitmotiv de l'action sociale et médico-sociale. Se soucier de l'usager, c'est le protéger, mais c'est aussi respecter la liberté et l'envie d'être singulier, d'avoir une histoire, une «substance propre»[13] et la possibilité de pouvoir la faire respecter en institution.

11 Dominique EVERAERT-DUMONT, «*Les droits des usagers des établissements sociaux et médicosociaux : quelle évolution* ?», Dalloz Droit social, 2005, p. 311. 12 Robert LAFORE, «*Le «soucis de l'usager» et les modes de gestion des établissements et services sociaux et médicosociaux*», RDSS 2012, p. 466. 13 Robert LAFORE, «*Le «soucis de l'usager» et les modes de gestion des établissements et services sociaux et médicosociaux*», op. cité, p. 466.

Il est utile de préciser qu'il n'y a pas que la loi qui est intervenue en la matière. Un arrêté particulièrement important du 8 septembre 2003 est mentionné à l'article L. 311-4 du Code de l'Action Sociale et des Familles. Il est important dans le sens où cet arrêté compile les droits des personnes accueillies en une charte : la Charte des droits et libertés de la personne accueillie[14]. On y retrouve les droits reconnus dans la loi du 2 anvier 2002 tels que le droit à l'information, le droit au consentement, le droit au respect de la dignité de la personne et son intimité. Ce sont des droits très semblables à ceux reconnus au patient hospitalisé en établissement de santé, dé à confirmés dans la Charte du patient hospitalisé, annexée à une circulaire ministérielle du 6 mai 1995. On retrouve dans celle-ci le droit à l'information, l'importance du consentement du patient, le respect de la personne et de son intimité, le respect de la vie privée. La Charte de la personne accueillie en établissement paraît proche de celle du patient hospitalisé, il est même possible de se demander si celle-ci ne l'a pas inspiré. A fortiori, certaines idées de la Charte du patient hospitalisé se retrouvent dans l'action sociale et médico-sociale, particulièrement celle de considérer la personne malade comme une personne avant d'être un patient. Cela se ressent particulièrement à la lecture de la Charte du patient hospitalisé, lorsqu'elle énonce que la personne malade «ne saurait être considérée uniquement ni même principalement du point de vue de sa pathologie, de son handicap ou de son âge»[15]. Cela signifie qu'il faut avant tout considérer la personne hébergée ou accueillie comme une personne unique, à part entière, avant d'être une personne malade ou fragile.

Par rapport au pro et personnalisé, est indiqué dans la Charte que «la personne doit se voir proposer une prise en charge ou un accompagnement individualisé et le plus adapté possible à ses besoins, dans la continuité des interventions»[16]. La manière dont s'exprime la Charte, par une sorte d'énumération des droits fondamentaux en établissement, démontre l'idée qu'il s'agit surtout de principes éthiques et déontologiques. Les personnels des établissements doivent adopter et assimiler un comportement professionnel éthique à l'égard des personnes, au vu de ces droits existants. Cette charte constitue en quelque sorte une «autoréglementation du secteur»[17]. C'est une auto-réglementation qui va dans le sens une nouvelle fois de la valorisation de l'usager en établissement.

Il est clair que le principe d'individualisation incarné en l'obligation de proposer un pro et personnalisé à chaque personne accueillie, est guidé par des considérations de protection et de valorisation des personnes au sein des établissements. Ont été mis à disposition des droits pour les personnes accueillies, et des outils pour les mettre en œuvre. L'obligation d'individualisation est avant tout menée par des

14 Arrêté du 8 septembre 2003 relatif à la Charte des droits et libertés de la personne accueillie, mentionnée à l'article L.311-4 du CASF. 15 Charte du patient hospitalisé, Annexe à la circulaire DGSIDH n095-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients
hospitalisés et comportement une charte du patient hospitalisé. Abrogée et remplacée par la circulaire DHOS n02006-90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée. 16 Charte des droits et libertés de la personne accueillie, Article 2. 17 Commentaire CASF 2018 relatif à l'article L.311-2, p.418.

considérations éthiques et déontologiques sous la forme d'une réglementation unique et pour les personnes accueillies. Pour certains des droits consacrés tels que le droit à l'individualisation, ils sont particulièrement fonction de la volonté de la personne accueillie. Leur mise en œuvre peut dépendre beaucoup des capacités des personnes mais aussi de la volonté de les exercer.

B. Un droit particulièrement subordonné à la volonté de la personne accueillie

Il a été démontré plus tôt que le but de l'existence du pro et personnalisé est de protéger l'usager du système social et médico-social, de porter ses droits. Il s'agit de l'encourager et le considérer comme un «être doué de volonté» et non plus de le réduire à un «ob et de prise en charge»[18]. La personne accueillie est ainsi celle qui décide pour elle, par le biais de l'exercice de ces droits fondamentaux. Cet exercice des droits ne peut se faire sans la volonté de celle-ci à les faire valoir. C'est particulièrement vrai pour le pro et personnalisé. Pour le Professeur Lhuillier, il s'agit même dans ce cadre d'une «prééminence de la volonté de l'usager» qui s'illustre en un «droit direct»[19](la personne accueillie qui a usage direct de ce droit, décide).

Par ailleurs, il est inscrit très clairement dans la recommandation de l'ANESM, dédiée au pro et personnalisé, datant de 2008, que la personne accueillie, après présentation de la démarche, peut refuser l'élaboration d'un pro et personnalisé[20]. Les professionnels ne peuvent obliger la personne accueillie à participer à un pro et personnalisé et doivent respecter son refus. C'est réellement la personne qui est «source du pro et»[21], c'est donc auprès d'elle qu'il faut en chercher l'utilité de le réaliser.

S'il y a refus, cela ne signifie pas qu'il n'y a aucune démarche d'individualisation puisque le soin et l'accompagnement doivent nécessairement être adaptés à l'âge et aux besoins.Il pourra tout de même exister des prestations individualisées qui ne sont pas inscrites dans le pro et mais connues de l'établissement ou du service. Par exemple, pour la prestation d'hébergement qui comprend les repas, si la personne ne boit amais de café le matin, mais du thé, il lui sera très certainement servi du thé. La prestation de repas sera adaptée à ses habitudes et besoins, bien que c'est un fait qui n'est pas formalisé dans la démarche de pro et personnalisé. Il reste que le pro et personnalisé n'est pas une démarche obligatoire pour la personne accueillie mais plutôt une faculté.

18 Maryse BADEL, «*La participation de l'usager*», RDSS 2004, p. 804. 19 0ean-Marc LHUILLIER, *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médicosociaux*, 4ème édition, Presses de l'EHESP, 2009, p. 44. 20 ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles : Les attentes de la personne et le projet personnalisé*, 2008, p. 14. 21 Richard VERCAUTEREN, Bernard HERVY, 0ean-Luc SCHAFF, *Le projet de vie personnalisé des personnes âgées*, ERES, 2010, p. 17.

C'est un droit directement lié à la personne et inhérent à sa situation personnelle. Pourrait-on alors parler de droit sub ectif? C'est une question sur laquelle se sont interrogés le Professeur Michel Borgetto et le Professeur Lafore concernant l'aide sociale[22]. Peut-on parler de droit sub ectif, au sens des critères de qualification exposés par ces auteurs? D'abord, un droit sub ectif est une prérogative individuelle reconnue aux personnes de droit par l'ensemble des lois et règlements que l'on appelle le «droit ob ectif». Ensuite, c'est un droit propre à un su et de droit, ce dernier pouvant l'exercer et le faire valoir face aux tiers qui doivent le respecter. Enfin, il y a des caractéristiques propres au su et de droit qui doivent être prises en compte pour l'attribuer. Ainsi, le droit sub ectif est attaché à son titulaire et s'oppose au droit ob ectif entendu comme «le fait pour une prestation de n'être conditionnée que par la réunion de critères réglementaires ne mettant pas en cause la situation personnelle de l'individu»[23]. Le pro et personnalisé est un droit consacré par la loi et le règlement, pour la personne accueillie, qui est co-construit à partir du recueil d'informations personnelles et de l'expression de ses attentes et envies. C'est un droit reconnu à toutes les personnes accueillies en établissement social ou médico-social. Il est envisageable que le pro et personnalisé peut être un droit sub ectif reconnu à la personne accueillie. C'est une sorte de prérogative individuelle reconnue par la loi et le règlement. C'est un droit qui lui est propre, qui ne peut être cédé et qui la concerne exclusivement. C'est un droit qui se fonde sur ses caractéristiques, dans le sens où son statut de personne accueillie qui lui est propre, lui confère ce droit à la personnalisation de l'accompagnement par le biais d'un pro et écrit. Si on suit la définition de Michel Borgetto et de Robert Lafore, il est possible d'associer le droit à l'individualisation à un droit sub ectif dont la personne peut se prévaloir pour agir dans son intérêt. Cela en fait une nouvelle fois un droit particulièrement subordonné à la volonté de son détenteur.

Comme indiqué plus haut, s'il s'agit de ne plus réduire la personne à un simple ob et de prise en charge, alors il est nécessaire de la percevoir en sa globalité et de mettre en avant son identité. Son exercice ne peut se faire s'il ne prend pas en considération la situation et la liberté de choix de la personne.

22 Michel BORGETTO, Robert LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 9ème édition, L.G.D.0, 2015, p. 117-118.
23 *Ibidem*.

§2. **Une participation individuelle valorisant l'identité personnelle**

Le pro et personnalisé est avant tout une démarche qui singularise la personne, qui lui est proprement destinée et qui s'exerce en dehors de la collectivité, séparément des autres résidents (A). Pour la personne accueillie, on peut aisément imaginer que cette démarche valorise son identité et son «histoire de vie» (B).

A. Une prise en considération de la personne séparément de la collectivité

Le pro et personnalisé est la réponse à la volonté de recentrage sur la personne accueillie, qui devient alors actrice de son accompagnement et sa prise en charge. Cela a pour conséquence de valoriser les prérogatives et attributs spécifiques à chaque personne, valoriser l'identité et les attentes de chacun, quand bien même le cadre institutionnel est par nature collectif.

La prépondérance de l'aspect individuel des droits consacrés existe aussi car, avant d'être un résident, celui-ci est une personne humaine. Le résident doit d'abord être considéré comme une personne et ensuite comme une personne éventuellement fragile résidant dans un établissement social ou médico-social. D'ailleurs, la recommandation de bonnes pratiques dédiée au pro et personnalisé le résume très bien : la personne accueillie est une «personne en situation de fragilité, certes, mais dotée également de capacités, un être social aux multiples appartenances, un proche mais aussi «un autre» avec sa part de mystère»[24]. Cela n'est pas sans faire penser une nouvelle fois au droit des malades, qui lui aussi, voit d'abord en la personne malade, une personne humaine. Ainsi, ce qui va induire le respect de la personne résidente comme personne humaine avant tout, c'est la prise en compte de son identité.

Cette prise en compte individuelle dépend de l'acceptation de l'identité de chacun dans un contexte de collectivité, et également de l'engagement de l'établissement pour s'y adapter. C'est une exigence qui requiert pour l'établissement d'avoir des capacités d'écoute et de réorganisation afin de s'adapter aux besoins du public accueilli et aux besoins de la personne elle-même. Les règles liées à la vie en établissement ne doivent pas «gommer»[25] les droits des personnes accueillies et notamment pas le droit à l'individualisation. En d'autres termes, il faut surtout s'assurer que la personne accueillie a la vie qu'elle souhaite avoir en collectivité.

Tout ce qui a été évoqué précédemment, cette volonté de prendre en compte la personne accueillie

24 ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles : Les attentes de la personne et le projet personnalisé, 2008*, p. 14. 25 ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles : Concilier vie en collectivité et personnalisation de l'accueil et de l'accompagnement*, novembre 2009, Avants-propos.

dans son individualité, va se formaliser par le pro et. Cette individualité se retrouve dans le contrat de sé our qui est par nature individuel également. Un constat se dresse alors, il semble que l'aspect individuel de la prise en charge soit au cœur de la loi du 2 anvier 2002 et mette en avant des «dynamiques d'accompagnement individualisé»[26] qui guident l'action sociale et médico-sociale. Ces dynamiques sont nécessaires et se ustifient par le respect de l'identité des personnes en établissement, afin d'assurer une continuité et un bien-être pour la personne accueillie.

B. Une continuité de l'identité et de l'histoire de vie de la personne accueillie

Pour Dominique Everaet-Dumont, depuis 2002, la méthode de prise en charge et d'accompagnement en établissement est une méthode qui part de l'individu. Il est choisi désormais d'adopter une démarche d'appréhension de la personne en amont : «remonter en amont de la prestation, rechercher le «pourquoi» de celle-ci en s'attachant au «pour qui»»[27].

Si on considère la personne comme un réel su et de droits, alors il est nécessaire de retracer en amont son parcours, son histoire de vie, afin de lui apporter les réponses les plus adaptées, afin de respecter son identité dès son entrée en institution. Comme le précise Robert Lafore en parlant du contrat de sé our, il y a une volonté de considérer chaque personne accueillie comme une personne singulière, et ce «compte tenu de son histoire, de sa situation et du contexte dans lequel elle évolue»[28]. Les considérations de ces auteurs démontrent bien l'idée de respecter l'antériorité de la personne, ne pas nier qu'elle est résidente et individu séparément de la collectivité, mais aussi qu'elle a été et que cela a une importance dans sa prise en charge et son accompagnement. Tout ceci doit se limiter évidemment au «partageable»[29] avec le professionnel et entre professionnels, il ne doit pas s'agir d'indiscrétion mais de ce qui peut être utile pour la personnalisation, pour une prise en charge et un accompagnement de qualité, respectueux de la personne.

Le pro et personnalisé, c'est prendre en compte les demandes, envies, habitudes de vie et attentes personnelles de chaque personne résidente. Cela n'est pas sans lien avec le respect de la dignité humaine, et sur ce point-là, il est bien possible d'avoir une vision plus large voire psychologique. Parce que nier, ne pas respecter, ne pas s'enquérir des attentes et envies personnelles, de l'histoire d'une personne qui entre en établissement, c'est nier son identité. C'est ainsi que psychologie et droit se croisent : afin de valoriser l'identité de la personne, a été consacré un droit spécifique qui pourra valoriser son identité, présente et

26 Danièle CRISTOL, «*Le droit à la participation dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002* », RDSS 2012, p. 453. 27 Dominique EVERAERT-DUMONT, «*Les droits des usagers des établissements sociaux et médicosociaux : quelle évolution* ?», Dalloz Droit social, 2005, p. 311. 28 Robert LAFORE, «*Le «soucis de l'usager» et les modes de gestion des établissements et services sociaux et médicosociaux*», RDSS 2012, p. 466. 29 Richard VERCAUTEREN, Bernard HERVY, 0ean-Luc SCHAFF, *Le projet de vie personnalisé des personnes âgées*, ERES, 2010, p. 100.

passée. Le pro et personnalisé, outil d'individualisation, permet dans ce sens de pallier au «risque de dépersonnalisation»[30] que peut constituer une entrée en établissement. En d'autres termes, le résident a été acteur de sa vie avant, à titre individuel, et cela ne doit pas cesser avec l'entrée en établissement. Une rupture d'identité ne doit pas exister entre ces deux étapes de vie. C'est en lien avec la bientraitance également, la qualité de vie renvoyant au bien-être et à l'épanouissement des personnes accueillies. L'ANESM résume d'ailleurs cette idée en quelques mots dans sa recommandation de bonnes pratiques sur la bientraitance. La bientraitance «repose également sur la conviction que tous les usagers sont des personnes dont la capacité de développement et la dignité doivent recevoir les moyens de s'épanouir pleinement»[31].

Par ces considérations, ce recueil de l'histoire de vie, le résident est «tou ours acteur, à titre individuel de sa destinée»[32], ce qui passe par être acteur de sa prise en charge. La personne accueillie a l'assurance d'être libre de ses choix de vie comme de ses fréquentations, son environnement, sa vie sociale, son mode de vie. Le pro et personnalisé est alors, certes, un outil uridique pour assurer le respect de cette obligation d'individualisation mais il comprend aussi des dimensions plus psychologiques. C'est un moyen de garantir une prise en considération de la personne, qui, au moment de l'acquisition du statut de résident, peut avoir le sentiment de n'avoir pour «seul bagage que cette bouteille identitaire à moitié vide»[33]. Pour certains professionnels de santé, psychologues et médecins coordinateurs, le pro et personnalisé constituerait d'ailleurs une voie psychothérapique. En effet, certains ont réalisé une étude dans un EHPAD, et ont constaté que, suite aux entretiens d'élaboration du pro et personnalisé, le vécu dépressif lié à une entrée en établissement a diminué de manière significative[34].

D'une part, il s'agit d'un investissement pour intégrer au mieux la personne dans son nouveau lieu de vie, en tant qu'exigence de qualité et de bientraitance. D'autre part, il s'agit d'une obligation qui s'impose à tous les établissements sociaux et médico-sociaux : ceux-ci doivent, de manière impérative, veiller au respect de l'individualisation de la prise en charge et de l'accompagnement de ses résidents.

30 ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles : Concilier vie en collectivité et personnalisation de l'accueil et de l'accompagnement*, 2009, p. 7. 31 ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles La bientraitance : définition et repères pour la mise en œuvre*, uillet 2008, p. 15. 32 Richard VERCAUTEREN, Bernard HERVY, 0ean-Luc SCHAFF, *Le projet de vie personnalisé des personnes âgées*, ERES, 2010, p. 22. 33 Carine GIBOWSKI, Philippe BALARD, Franck LE DUFF, «*Le projet de vie individuel : une voie psychothérapique possible dans l'élaboration de l'effraction que peut constituer l'entrée en maison de retraite*» , Cliniques, volume n01, 2013, p. 198-209. 34 *Carine GIBOWSKI, Philippe BALARD, Franck LEDUFF, «Leprojet de vie individuel: une voiepsychothérapique possible dans l'élaboration de l'effraction que peut constituer l'entrée en maison de retraite»* , op cité.

SECTION 2 : Une obligation d'individualisation imposée à tout établissement social ou médico-social

Ce droit à l'individualisation pour toutes les personnes accueillies a des conséquences importantes dans la gestion d'un établissement social ou médico-social. Pour que cette garantie soit effective, le législateur a créé une réelle obligation d'individualisation (§1).

Au-delà d'être une obligation légale, l'individualisation se retrouve particulièrement dans la démarche qualité des établissements (§2). C'est un véritable critère de qualité qui est apprécié lors de l'évaluation d'un établissement.

§I. **Une individualisation de la prise en charge et de l'accompagnement au caractère obligatoire**

La loi consacre un droit à l'individualisation pour chaque personne accueillie. Elle y associe une obligation légale explicite afin que ce droit puisse être effectif, qu'il ne soit pas vide d'effets (A).

Le législateur a, par la même occasion, prévu l'outil de mise en œuvre de cette obligation : le pro et personnalisé (B). Il y a donc un droit dont l'effectivité est assurée par une obligation légale s'imposant aux établissements, et un outil uridique de mise en œuvre.

A. Une obligation explicitement évoquée dans la loi du 2 anvier 2002

Le législateur de 2002 est sans équivoque : les établissements sociaux et médico-sociaux, tels qu'entendu par l'article L.312-1 du CASF, doivent assurer à chaque personne accueillie «une prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité favorisant son développement, son autonomie et son insertion, adaptés à son âge et à ses besoins, respectant son consentement éclairé»[35]. A la lecture de l'article
L. 311-3 du CASF, les mots d'ordre sont explicites, le législateur use du ton impératif (le verbe devoir et non pouvoir). Ceci laisse peu de place à l'interprétation : individualiser et adapter ne sont pas des facultés, ce sont des obligations. D'ailleurs, cette obligation s'impose indifféremment du statut, public ou privé de l'établissement.

Les établissements se voient imposer une obligation de faire. Il est aussi possible de deviner une obligation de ne pas faire. En ce sens, cela pourrait être une obligation de ne pas imposer une prise en charge et un accompagnement qui serait contraire à l'âge, aux besoins, aux attentes voire envies de la personne. Par exemple, se pourrait-il qu'imposer le repas du midi dans une salle commune constitue un manquement à l'obligation d'individualiser, sachant que la personne exige de manger seule? C'est une question épineuse qui sera étudiée plus tard dans la seconde partie du mémoire. Si l'on s'en tient stricto sensu à ce qu'exprime explicitement la loi, alors, ne pas entamer de démarche d'individualisation ou adopter une prise en charge et un accompagnement contraire aux besoins et attentes de la personne serait contraire à l'obligation d'individualisation. C'est envisageable car l'individualisation se base sur la notion plus large de respect de la dignité de la personne accueillie. Qu'il s'agisse de l'obligation de respecter les attentes et besoins propres à chaque personne accueillie et d'en adapter ses prestations ou qu'il s'agisse de ne pas agir en contradiction, ressort le caractère «humaniste» de l'obligation. Comme il a été évoqué, la personne accueillie est «membre de l'humanité»[36]. S'il est possible de lire entre les lignes de la loi de 2002, il est aisé de comprendre que son leitmotiv était de garantir le respect de la personne accueillie et de sa dignité, ce qui passe de manière évidente par le respect de son identité et ses aspirations individuelles.

Dans le sens où il s'agit d'une obligation légale, un établissement ou service qui n'entame pas de démarche d'individualisation du sé our de la personne accueillie commet un manquement aux dispositions légales et réglementaires imposées aux ESSMS. C'est une violation qui peut avoir des conséquences graves. En effet, l'établissement engage sa responsabilité envers ses usagers, il s'engage à assurer l'effectivité de leurs droits. L'absence de démarche d'individualisation peut être contraire à l'obligation d'individualisation car les droits de la personne accueillie ne seraient pas effectifs en ces conditions.

35 CASF, Article L.311-1 30. 36 Dominique EVERAERT-DUMONT, «*Les droits des usagers des établissements sociaux et médicosociaux : quelle évolution* ?», Dalloz Droit social, 2005, p. 311

Par ailleurs, il est plus délicat d'imaginer une responsabilité en cas de non-réalisation d'un pro et personnalisé. Effectivement, il est l'outil obligatoire de mise en œuvre de l'obligation d'individualisation. Il est donc censé être élaboré et appliqué à chaque résident de l'établissement. L'établissement doit entamer un travail d'individualisation avec la personne, et un document synthétique doit en être issu. Il convient ici de faire un exposé sur l'outil, le document en lui-même puisque c'est lui qui va formaliser les ob ectifs et prestations individualisés.

B. Une obligation incarnée par l'outil du pro et personnalisé

Le pro et personnalisé est le bras armé du droit à l'individualisation, c'est l'outil qui va permettre aux établissements de respecter l'obligation légale qui s'impose à eux. Il a pourtant semblé être une notion confuse, bien qu'explicitement consacré comme un des outils principaux d'individualisation (avec le contrat de sé our). Cela s'est notamment constaté par un flou terminologique entretenu des années avant une mise au point nécessaire de l'ANESM.

Si l'article L. 311-3 du CASF parle de «pro et d'accueil et d'accompagnement» auquel participe directement ou par le biais de son représentant légal, la personne accueillie, dans la pratique, nombreuses ont été les appellations. Pro et individualisé, pro et individuel d'accompagnement, pro et d'accompagnement personnalisé, pro et de vie individualisé, pro et de vie personnalisé... toutes ont pu être entendues et lues, toutes différentes bien qu'elles concernent une seule et même notion. L'ANESM, à l'occasion de la rédaction de la recommandation de bonnes pratiques professionnelles dédiée à ce su et a arrêté le terme de «pro et personnalisé».

Qu'est-ce que le pro et personnalisé, quel est son contenu? L'expression «ob ectifs et prestations adaptés», souvent répétée, est un bon indice mais reste vague. Effectivement, le législateur en a donné la substance, seulement il a laissé une grande liberté dans l'appropriation de cet outil. Il en a uste imposé la démarche. Il n'a donné ni modèle, ni contenu précis, ni repères pratiques. C'est une liberté d'appropriation qui est certes avantageuse, puisqu'elle ne restreint pas l'action des établissements, mais qui laisse place à des difficultés de mise en œuvre. L'absence de contours et d'indications sur la forme de l'outil encourage à l'imagination institutionnelle mais incite aussi à l'abandon (car c'est une réflexion qui nécessite du temps et des échanges pluridisciplinaires).

Face à une loi qui impulse mais reste imprécise, le besoin de repères méthodologiques a vite été ressenti par les institutions sociales et médico-sociales. La recommandation phare -et le mot est adéquat de l'ANESM[37], a précisé ce qu'est et ce que doit être le pro et personnalisé. C'est un document institutionnel,

37 ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles : Les attentes de la personne et le projet*

entre la personne accueillie, éventuellement son représentant légal, et le directeur d'établissement qui synthétise et formule les ob ectifs et prestations qui sont les plus adaptés à la personne au vu des conditions d'accueil et de fonctionnement de l'établissement. C'est une synthèse, puisqu'en amont du document intitulé «pro et personnalisé», il y a tout un travail d'individualisation. Ainsi, le pro et personnalisé est en fait deux choses à la fois : c'est la démarche qui recueille les attentes de l'usager et qui tente de formuler des ob ectifs au plus près de celles-ci au vu des moyens de l'établissement, et c'est aussi le document final qui formalise le produit de cette démarche. La recommandation de bonnes pratiques évoque toute une méthodologie de la construction du pro et personnalisé, du recueil des informations à sa co-évaluation et révision.

§2. **Une exigence déterminante dans la qualité de la prise en charge et de l'accompagnement**

Chaque établissement social ou médico-social visé à l'article L. 312-1 du CASF doit être autorisé pour accueillir du public. Il répond à un régime d'autorisation préalable qui se base sur une évaluation de la qualité du fonctionnement et de l'organisation de l'établissement. Cette évaluation de l'établissement permet pour tous les acteurs du secteur, dont l'usager, de auger du respect des obligations légales et réglementaires et la qualité de la prise en charge et de l'accompagnement de l'établissement.

L'évaluation est d'autant plus importante qu'elle contient un versant concernant le respect des droits des personnes accueillies. L'obligation d'individualisation trouve son importance ici car c'est une obligation réglementaire et également un moyen de s'enquérir de la qualité de la prise en charge et de l'accompagnement de l'établissement. Cette importance peut se vérifier en pratique à deux niveaux de l'évaluation. L'individualisation a tout d'abord un lien évident avec la notion de bientraitance, puisqu'il s'agit de prendre en considération les attentes de la personne et de ne pas nier son identité (A). Ensuite, un volet spécial du cahier des charges des évaluations interne et externe lui est dédié, ce qui démontre qu'il s'agit d'un véritable gage de qualité vers lequel l'établissement doit tendre (B).

personnalisé, 2008.

A. Un lien évident avec la notion de bientraitance

Ce lien avec la notion de bientraitance n'est pas sans rappeler ce qui a été évoqué précédemment. La bientraitance, paradigme très présent dans le secteur médico-social, n'est-il pas fondamentalement lié à la notion de dignité de la personne accueillie? Bientraitance et dignité sont des notions qui se nourrissent mutuellement. Individualiser la prise en charge et l'accompagnement est une question de respect de la dignité de la personne. Le pro et personnalisé se retrouve au centre de ces considérations, en ce qu'il est aussi un outil possible de lutte contre la maltraitance institutionnelle. Il est le fruit de la promotion des droits des personnes accueillies qui se fonde elle-même sur le principe de respect de la dignité de toute personne.

Le pro et personnalisé c'est avant tout la recherche et l'écoute des attentes et des besoins de la personne. Elle s'axe plus sur l'éthique du soin et de l'accompagnement que sur une hyperpersonnalisation des prestations d'hôtellerie ou d'hébergement en établissement. Il s'agit du respect de la dignité au quotidien, l'établissement devenant très souvent le lieu de vie de la personne.

L'ANESM définit la notion de bientraitance comme une «culture inspirant les actions individuelles et les relations collectives au sein d'un établissement ou service. Elle vise à promouvoir le bien-être de l'usager en gardant à l'esprit le risque de maltraitance»[38]. La démarche d'individualisation s'inscrit complètement dans ce mouvement, elle cherche à garantir le bien-être du résident par la reconnaissance de son individualité et la valorisation de ses attentes et capacités personnelles. L'ANESM précise même que la bientraitance, c'est aussi répondre à ses besoins de la «manière la plus individualisée et personnalisée possible»[39]. Elle semble donc considérer le respect de la singularité comme un principe fondamental de la bientraitance.

Tous les aspects de la bientraitance qu'évoque l'ANESM, tels que le respect de la singularité, le respect de l'intimité, de l'expression, de la participation de la personne, re oignent l'essence du pro et personnalisé. C'est pour cette raison que bientraitance et pro et personnalisé sont très liés car la personnalisation de la vie en établissement participe au bien-être de la personne et participe également à prévenir les situations de maltraitance. Il est important d'inscrire cette démarche d'individualisation dans le cadre de la démarche d'amélioration de la qualité de la prise en charge et de l'accompagnement. Il semble d'ailleurs que le pouvoir réglementaire soit en adéquation avec cette idée. Il a consacré un volet spécial à l'effectivité du droit des usagers, comprenant le pro et personnalisé, dans le décret relatif à l'évaluation des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

38 ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles : La bientraitance, définition et repères pour la mise en œuvre*, 2008, p. 14. 39
Ibidem.

B. Un volet spécial de l'évaluation interne et externe de l'établissement

Dans le même temps qu'il a consacré des droits, le législateur a instauré une obligation d'évaluation des activités et de la qualité des prestations délivrées par les établissements et services sociaux et médicosociaux (article L. 312-8 du CASF). Cette évaluation garantie la mise en œuvre des principes consacrés par la loi de 2002 et plus largement la qualité de la prise en charge et de l'accompagnement.

C'est en 2007 que le pouvoir réglementaire vient fixer par décret le contenu du cahier des charges pour l'évaluation des établissements sociaux et médico-sociaux[40]. L'évaluation contribuant largement à la protection des droits accordés aux personnes accueillies, il était évident que le cahier des charges comprenne un volet à ce su et. Il est ici udicieux de préciser que les champs des évaluations internes et externes sont identiques et qu'ils comprennent donc tous les deux un volet sur l'effectivité des droits des usagers. Par extension, ce volet concerne la participation et l'implication des personnes accueillies (dans le décret, il est question de «bénéficiaires des prises en charge ou accompagnements»).

Le décret va réellement parler de «personnalisation» et va aller au-delà de la notion d'adaptation évoquée par le législateur. Effectivement, en plus du volet précédemment cité, le champ d'évaluation comprend aussi un volet concernant l'accompagnement au développement personnel, à l'autonomie, selon la personnalité[41]. Va alors être vérifié si l'établissement est entré ou non dans une logique de personnalisation de l'accompagnement, par l'implication de l'usager et par une prise en charge adaptée à sa personnalité. Le terme «personnalité» peut laisser perplexe ici. Cela semble aller bien au-delà de l'adaptation aux besoins et attentes de la personne et aboutir à un champ d'application très large. Ici, il faut plus comprendre cette formule comme le fait d'adapter la prise en charge en fonction de ce qui est «important» pour la personne, de ce qui fait d'elle une personne distincte des autres.

Par ailleurs, après l'exposé de ces deux volets, la personnalisation de la prise en charge et l'accompagnement est de nouveau évoquée. Cette fois-ci, il s'agit de l'outil, du pro et personnalisé. Dans la partie qui expose les ob ectifs de l'évaluation des établissements, il est expressément indiqué que l'un des ob ectifs propres à l'évaluation est de «porter une appréciation sur les activités et la qualité des prestations au regard des droits des usagers, et des conditions de réalisation du pro et personnalisé»[42]. Vont ainsi être évaluées les conditions dans lesquelles est élaboré le pro et personnalisé et également la capacité de celui-ci à prendre en compte les besoins et droits de la personne accueillie. C'est, grosso modo, une interrogation sur

40 Décret n02007-975 du 15 mai 2007 fixant le contenu du cahier des charges pour l'évaluation des activités et de la qualité des prestations des établissements et services sociaux et médico-sociaux. 41 Idem, Annexe du décret, Chapitre I, Section II, 2.6, 20. 42 Décret n02007-975 du 15 mai 2007 fixant le contenu du cahier des charges pour l'évaluation des activités et de la qualité des prestations des établissements et services sociaux et médico-sociaux, Chapitre II, Section III, 3.1 10.

Annexe 3-10 du CASF.

la performance de l'outil crée par l'établissement par rapport à l'obligation d'individualisation (puisque, comme nous l'avons dé à indiqué, il y a une marge de manœuvre pour l'appropriation du pro et personnalisé). C'est une des premières fois depuis la loi de 2002 qu'un texte évoque précisément le pro et personnalisé et l'associe à un critère de qualité. Effectivement, ici, l'individualisation de la prise en charge et de l'accompagnement semble revêtir une importance fondamentale dans l'évaluation de l'établissement. Qui plus est, lorsqu'on sait que l'évaluation externe de l'établissement peut avoir un impact sur le renouvellement de l'autorisation. L'obligation d'individualisation porte ainsi un en eu considérable.

Il est évident que le législateur et le pouvoir réglementaire ont souhaité créer un environnement uridique favorable au respect des besoins et de la valorisation de l'individu au sein de l'établissement social ou médico-social. Pour ce faire, il a tenu à lier les établissements par une obligation d'individualisation, dont le respect sera évalué. Afin de renforcer les garanties autour de ce droit, il a a outé un verrou supplémentaire : il exige que les ob ectifs et prestations individualisés, formulés à l'issue du travail d'informations et de co-construction, soient contractualisés au sein du contrat de sé our. Non seulement le pro et personnalisé est obligatoire dans sa démarche, et en plus son contenu principal (c'est-à-dire les ob ectifs et les prestations adaptés) doit faire l'ob et d'un avenant au contrat de sé our. L'utilisation de l'instrument contractuel va donc lier encore plus l'établissement. Il est évident que la réalisation d'un pro et personnalisé n'est pas anodine et emporte avec elle des conséquences uridiques importantes.

CHAPITRE 2 : Une mise en œuvre du pro et personnalisé sous forme contractuelle

Le pro et personnalisé et le contrat de sé our sont très liés. Il s'avère que le pro et personnalisé «final» est en fait intégré dans le contrat de sé our. Il consisterait en un avenant au contrat qui précise les ob ectifs et prestations adaptés à la personne à l'issue du travail de co-construction du pro et personnalisé.

Ici, la notion de co-construction est très importante, c'est un travail d'individualisation pour la personne mais surtout avec la personne. La personne accueillie est entièrement associée dans la démarche, ce qui fait d'elle un partenaire de sa prise en charge et son accompagnement (**Section 1**). Elle s'apparente à un co-contractant de l'établissement. D'ailleurs, c'est une forme contractuelle qui est désignée pour la formalisation du pro et personnalisé. Les qualités de l'outil contractuel, de la convention, vont ainsi servir à garantir l'effectivité du droit à l'individualisation (**Section 2**). La convention formalise la relation entre personne accueillie et établissement et fixe un contenu à l'obligation d'individualiser.

SECTION 1 : La personne accueillie comme partenaire de sa prise en charge et son accompagnement

Plusieurs raisons conduisent à penser que la personne accueillie, depuis 2002, est perçue comme le partenaire privilégié de sa prise en charge et son accompagnement. La contractualisation croissante des rapports entre résident et établissement le démontre. Est reconnue à la personne accueillie une sorte de pouvoir de négociation. Le législateur, a consacré cette possibilité de relation contractuelle par le biais du contrat de sé our, et associé, du pro et personnalisé. Il n'y a pas de meilleur moyen pour individualiser une relation que le contrat, dans le sens où celui-ci a un effet relatif et n'est établie qu'entre la personne et l'établissement.

D'abord, le législateur consacre une forme de relation contractuelle entre les deux et y a également associé les conditions nécessaires d'un contrat, particulièrement la nécessité de recueillir le consentement de la personne accueillie (§1). Sans consentement libre et éclairé, un contrat valide ne peut exister. Ensuite, un autre point lié au pro et personnalisé vient conforter l'idée d'une forme contractuelle : le fait que toute unilatéralité est exclue de son élaboration. C'est en effet un acte qui doit être co-construit (§2). Ce sont ces deux points qui font de la personne accueillie un partenaire des décisions relatives à sa prise en charge et de son accompagnement en établissement, à l'instar du patient-acteur en établissement de santé.

§1. **Une importance grandissante du consentement de la personne accueillie**

Le consentement est un préalable nécessaire à la formation et la validité d'un contrat. La liberté de choix entre les différentes prestations offertes à la personne accueillie et l'existence d'un contrat de sé our qui la lie avec l'établissement, entraînent inévitablement le respect d'une obligation d'information préalable à destination de la personne accueillie (A). L'information est un préalable indispensable à ce consentement, qui est d'ailleurs systématiquement recherché, à tous les niveaux, durant le sé our de la personne en établissement (consentement à son entrée, consentement au contrat de sé our, consentement durant la vie quotidienne, etc.) (B).

A. Une obligation d'information préalable, à destination de la personne accueillie

Autant la loi que les recommandations de bonnes pratiques professionnelles insistent sur la communication d'une information adéquate et complète à toute personne accueillie en établissement et, en amont, à toute celle qui va entrer en établissement. C'est une exigence pour garantir la liberté de choix de la personne et ainsi un consentement éclairé. Dans l'article L.311-3 du CASF, le droit à l'individualisation s'accompagne alors d'un droit à l'information[43].

L'obligation d'information semble être forte de conséquences pour les établissements. Il s'agit de dispenser les informations en lien avec le sé our, les conditions tarifaires ou encore les conditions générales d'accueil, et également d'informer sur les libertés et droits fondamentaux des personnes accueillies. C'est une obligation qui semble très large. L'ANESM ne vient pas contredire l'ampleur de cette obligation, en précisant même qu'«aucune participation de qualité ne peut être mise en œuvre si la personne, et le cas échéant, son représentant légal, ne sont pas informés, tant du cadre institutionnel qui structure l'intervention des professionnels que de l'offre de services sur le territoire»[44] Ainsi, l'information concernerait les ressources du territoire autres que l'établissement d'accueil, ce qui pousse l'obligation très loin pour garantir la liberté de choix. De plus, est a outé, concernant ce droit à l'information, que celle-ci doit être dispensée par tous les moyens et adaptée à la situation de la personne. La formulation d'une information générique ne serait donc pas possible, puisqu'il est nécessaire d'individualiser l'information par rapport à la situation de la personne.

L'ANESM fait quasiment de l'obligation d'information, une obligation précontractuelle d'information, rappelant ainsi de nouveau les bases du droit commun des contrats. Pour l'agence, il est nécessaire qu'il y ait une «information préalable et adaptée»[45]. Sachant qu'elle précède un contrat de sé our, cette obligation devient une condition du consentement et de la validité de ce contrat.

43 CASF, Article L. 311-3, 20 et 60. 44 ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles : Les attentes de la personne et le projet personnalisé*, 2008, p. 16. 45 Ibid. note 44.

De toute manière, cette information est un corollaire de la liberté de choix et donc également de la liberté contractuelle. C'est une application des principes du droit commun des contrats, déclinée et aménagée au secteur social et médico-social. Cela semble normal car il est possible de croire que les informations dont dispose le représentant de l'établissement sont des informations déterminantes pour le choix de la personne. On sait que l'article 1112-1 du Code civil prévoit que «celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant». Ce respect confirmerait alors que le droit, par la création du contrat de sé our, assimile la personne accueillie à un co-contractant, qui doit alors avoir connaissance de toutes les informations déterminantes pour son consentement. Informations qui sont plutôt très larges, il y a donc une obligation très pesante pour les établissements.

Ce droit à l'information se rapproche complètement des règles du droit commun des contrats. Pour qu'un contrat soit licite, les parties doivent être capables uridiquement, avoir consenti de manière libre et éclairée au contrat et son ob et doit être licite (ni contraire à l'ordre public, ni contraire aux bonnes mœurs). Le droit à l'information est très proche dans son importance et son ancrage, du droit à l'information des patients issu de la loi du 4 mars 2002. D'ailleurs, certains auteurs les traite ensemble. Droits des malades et droits des usagers du secteur social et médico-social semblent une nouvelle fois très liés. Guillaume Rousset note qu'il y a tout de même des nuances, dans le sens où, dans le secteur médico-social, il y a un mode de transmission originale, notamment par le biais du livret d'accueil, qui met en avant particulièrement une «transparence sur la structure et ses conditions de fonctionnement»[46]. Ce pan entier de l'information concernant l'exercice des droits des usagers en établissement et les conditions de sé our et de fonctionnement nuancent fortement le parallèle avec l'information des personnes malades qui concernent plus l'acte médical et de soin stricto sensu.

L'importance de cette information peut s'expliquer notamment par le fait que l'établissement est en quelque sorte un professionnel, un sachant, alors que la personne accueillie est un profane [47]. Ainsi, si le profane (qui ne détient pas les compétences en lien avec l'accompagnement et la prise en charge) n'est pas informé, il ne peut pas donner un consentement libre et éclairé. D'ailleurs, dans la Charte des droits et libertés de la personne accueillie, il est fait de l'information un indispensable du consentement : «le consentement éclairé de la personne doit être recherché en l'informant, par tous les moyens adaptés à sa situation, des conditions et conséquences de la prise en charge et de l'accompagnement et en veillant à sa compréhension»[48].

46 Guillaume ROUSSET, «*Le droit à l'information de l'usager et du patient depuis les lois des 2 janvier et 4 mars 2002*», RDSS 2012, p. 431.
47 Olivier POINSOT, *Le droit des personnes accueillies ou accompagnées. Les usagers dans l'action sociale et médico-sociale*, LEH Edition, 2016 (v. numérique 2018), p. 46.
48 Arrêté du 8 septembre 2003 relatif à la Charte des droits et libertés de la personne accueillie. Article 4, 20.

B. Une recherche systématique et régulière du consentement

Si on considère que le contrat de sé our est véritablement un contrat, le consentement en est une condition de validité. Dans le secteur, le droit au consentement de la personne va au-delà du consentement initial au contrat de sé our, il s'étend à toute la vie en établissement et aux conditions de sé our. Comme il est précisé dans l'article L. 311-3 du CASF, la prise en charge et l'accompagnement de la personne accueillie doivent respecter son consentement éclairé. Le consentement éclairé de la personne doit être «systématiquement recherché», lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision.

Pour Lucie Cluzel-Métayer, ce droit exprime la «nécessité de passer d'une gestion de masse à une gestion individualisée de l'action sanitaire et sociale»[49]. Cela re oint entièrement l'idée alors que le pro et personnalisé participe à la définition d'un rôle de partenaire, puisque la recherche de son consentement démontre une volonté de respecter l'individu. Le support uridique de ce consentement est ici le contrat de sé our et son outil associé, le pro et personnalisé.

D'ailleurs le Défenseur des droits, dans des recommandations de 2013, insiste fortement sur le recueil du consentement, en ce qui concerne les personnes âgées vulnérables. Il exige des garanties avant et pendant leur sé our en établissement spécialisé. Il formule qu'une situation de vulnérabilité de la personne âgée accueillie ne peut «aucunement ustifier des initiatives malmenant le respect de sa volonté»[50]. Il recommande deux choses. D'abord, il estime que le consentement doit être recherché dans le cadre du contrat de sé our qui doit être clair et signé «dans les règles» et qu'il faut l'envisager à la fois sous l'angle du droit des patients, des usagers, du consommateur et du citoyen. Ensuite, il recommande la délimitation du domaine du consentement de la personne qui se situe dans un cadre à la croisée de la liberté, de la sécurité et des droits fondamentaux de la personne. Ces réflexions du Défenseur des droits confortent l'idée qu'il y a une réelle prépondérance du consentement de la personne accueillie. Ce consentement est primordial pour le respect des droits et libertés fondamentaux, d'où l'utilisation du terme «systématiquement». Celui-ci couvre un domaine large, ce qui incite au recueil du consentement chaque fois que la personne est su et d'un acte ou d'une décision qui la concerne.

Le recueil du consentement marque un point final à la formalisation du pro et personnalisé puisque la personne accueillie acquiesce les ob ectifs et prestations adaptés qui sont définies à l'issue d'un travail de co-construction. C'est un acte co-construit, en ce sens, la personne est au cœur de l'élaboration et est sollicitée de manière permanente. Parfois il peut s'agir d'un simple avis, parfois de son consentement. C'est un

49 Lucie CLUZEL-METAYER, «*Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002*», RDSS 2012, p. 442.

50 Décision du Défenseur des Droits n0MSP-MLD I 2013-57, Recommandations relatives au respect des droits des personnes âgées vulnérables avant et pendant leur sé our en établissement spécialisé.

document dans l'intérêt de la personne, en ce sens, c'est elle qui détient la meilleure connaissance de sa situation, de ses besoins et attentes. Si les notions peuvent aller de pair, consentement et participation, il est tout de même nécessaire d'étudier en quoi et comment le pro et personnalisé est un acte co-construit.

§2. Un acte co-construit dans l'intérêt de la personne accueillie

Ce qui participe beaucoup à l'idée d'un usager partenaire voire co-contractant dans la relation entre lui et l'établissement, c'est la mise en avant de la notion de co-construction. C'est un document élaboré par la personne, mais aussi pour la personne, dans le sens où il a pour but de le prendre en considération et d'améliorer sa qualité de vie (A).

Si c'est un document co-construit, il doit créer du dialogue qui favorise et facilite l'expression et la participation de la personne (B). Cette idée de co-construction en fait une sorte de négociation entre deux parties, un genre de pourparlers.

A. Un travail d'individualisation par et surtout pour la personne accueillie

A la base de ce travail d'individualisation, il y a un recueil de données, dès l'entrée en établissement. Il serait impossible de construire un pro et pour une personne sans connaître sa situation, mais aussi ses attentes, son vécu et ses envies. Il y a une nécessité de sonder la personne, car c'est avant tout un document qui la concerne, qui lui est propre voir quasiment intime. D'ailleurs, aux termes de l'article D312-59-5 du CASF (il concerne les instituts thérapeutiques éducatifs et pédagogiques mais la logique peut être étendue à tous les établissements sociaux et médico-sociaux), chaque pro et personnalisé d'accompagnement «tient compte de la situation singulière des personnes»[51].

Le travail issu de l'obligation d'individualisation se fonde sur ce que la personne exprime et surtout souhaite exprimer. Le recueil des informations se limite à ce que la personne veut bien dire. Restent les réticences compréhensibles quant au respect de la vie privée et de l'intimité. Même si fondamentalement, ce recueil nécessite de plonger dans l'histoire de vie et les attentes personnelles de la personne afin de pouvoir donner des réponses optimales et adaptées dans la vie en établissement. Il s'agit, concrètement, de recueillir les informations nécessaires à une vie quotidienne qui correspond à la personne.

Ainsi, le pro et personnalisé se perçoit comme un outil d'individualisation au bénéfice exclusif de la personne. Il ne comporte fondamentalement ni des avantages pour les représentants de l'établissement, ni pour les autres résidents, bien que ceci peut être nuancé. Effectivement, un souhait très cher à une personne peut aboutir à la mise en place d'une nouvelle animation qui peut aussi beaucoup satisfaire d'autres

51 CASF, Article D. 312-59-2 modifié par Décret n02009-378 du 2 avril 2009, II 20.

résidents. Par exemple, une personne accueillie a évoqué très longuement son attachement à ses animaux de compagnie et regrette de ne plus avoir l'occasion d'en voir. L'établissement prend l'initiative d'organiser une animation où une association de protection animale rend visite avec des chats ou chiens à l'adoption. Cela pourrait de manière évidente aussi ravir d'autres résidents qui apprécient les animaux, comme pour le résident dont l'importance des animaux de compagnie est mentionnée dans son pro et personnalisé. Pourtant, le pro et personnalisé envisagé comme un contrat devrait avoir un effet relatif. Il ne devrait avoir d'effets qu'entre les deux parties, donc qu'entre l'établissement et la personne accueillie. Cela note une nouvelle fois le particularisme de cette relation voulue comme contractuelle.

Ce qui est aussi particulier avec le pro et personnalisé, c'est qu'il est négocié et qu'il se fonde sur des informations personnelles. C'est aussi pour ces raisons que la question de son consentement éclairé est prépondérante. D'ailleurs, pour 0ean-René Loubat, il faut surtout s'assurer auprès de la personne ou ses représentants légaux que les réponses apportées dans le pro et personnalisé sont comprises et surtout perçues comme «intéressantes et profitables»[52]. Cela souligne réellement l'idée que le pro et personnalisé est au bénéfice de la personne accueillie. Néanmoins, cela démontre également les limites de ce consentement si la personne accueillie ne s'empare pas du pro et personnalisé ou n'en comprend pas le sens.

Bien qu'il s'agisse surtout d'un document pour, à destination de la personne accueillie, il est nécessaire qu'il soit aussi un document par la personne, et ainsi de solliciter une «implication optimale» de celle-ci[53]. Et même lorsque celle-ci n'est pas apte à s'exprimer, le contenu du pro et personnalisé ne pourrait être contraire à ses intérêts. Ainsi, la sollicitation du représentant légal, s'il y en a un, ou de l'entourage peut se faire pour l'élaborer. Se pose alors la question de savoir quelle confiance accorder aux propos de l'entourage dans le cadre du pro et personnalisé, car il se fonde sur des considérations propres à la personne accueillie et ne doit être contraire à ses envies ou besoins. Il peut donc être nécessaire de se fier pour s'assurer de la participation de la personne, comme l'ANESM l'a indiqué, aux ressentis, non-dits, à l'implicite[54]... Ce qui doit primer, c'est la participation directe ou indirecte de la personne à l'élaboration de son pro et, du pro et qui le concerne et qui lui est destiné.

52 0ean-René LOUBAT, *Coordonner parcours et projets personnalisés en action sociale et médicosociale*, Dunod, 2013, p. 167.
53 Ibid. p. 91.

54 ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles : Les attentes de la personne et le projet personnalisé*, 2008, p. 14.

B. Une démarche de partenariat facilitant la liberté d'expression et la participation

Le pro et personnalisé constitue une originalité du secteur social et médico-social. Néanmoins, ses contours peuvent paraître flous, dans le sens où cet outil emprunte à plusieurs droits. Il implique le respect du droit à l'information, du droit au consentement et plus largement encore du droit à la participation directe ou indirecte de la personne accueillie. Dans cette démarche d'individualisation par le biais du pro et, c'est réellement l'implication directe de la personne qui est recherchée. Pour cause, notamment ce qui a été évoqué précédemment : c'est un outil au bénéfice de la personne accueillie.

Il y a ainsi une reconnaissance de l'usager qui passe par l'acceptation de la plus-value de sa participation. Il doit y avoir une «reconnaissance mutuelle»[55] entre les deux parties, entre l'établissement et la personne accueillie. Robert Lafore, de son côté, voit en ceci la reconnaissance en la personne accueillie d'un «interlocuteur valable»[56]. Cette affirmation va de pair avec la nécessaire liberté d'expression de la personne accueillie sur ses attentes et besoins, et également sur ce qu'elle ne souhaite pas. Ainsi, le droit à la participation revient aussi à un droit à la parole. C'est d'ailleurs ce que soutient Pierre Verdier, en trouvant dans cette logique, au-delà d'une logique de partenariat, une logique de citoyenneté[57]. La liberté de s'exprimer, l'affirmation de ses besoins et envies, l'approbation voire le consentement, participent à un mode de démocratie individuelle, déclinée à l'échelle de l'établissement. Cela marque la volonté d'une participation individuelle beaucoup plus effective.

Cette participation s'inscrit en pratique dans un processus de dialogue. Ce dialogue se situe surtout après un recueil d'informations concernant la personne, en amont ou à l'entrée de la personne. Ainsi, la situation de la personne est connue par l'établissement tout comme les conditions de fonctionnement et les prestations de l'établissement sont connues par la personne accueillie. La participation va donc consister en un processus de dialogue, d'échanges, quasiment dans un contexte de négociations et de concessions. Pour l'ANESM, c'est un dialogue et des échanges autour de ce que la personne veut, ce qui existe et ce qu'il peut exister. Ce dialogue «permet aux professionnels de respecter les souhaits des personnes et de leurs proches, d'être au plus près des évolutions et de construire les a ustements propres»[58]. Il ne s'agit pas d'entendre une voix unique, mais de dialoguer avec dans un cadre de libre expression et d'aboutir sur un pro et construit en commun.

Un dialogue doit réellement exister. Qu'il s'agisse de la loi ou de la recommandation professionnelle, il est exigé dans ce cadre de rechercher la participation la plus forte de la personne. Elle doit exister, même si

55 ANESM, *RBPP Les attentes de la personne et le projet personnalisé*, 2008, p. 25. 56 Robert LAFORE, «*Le «soucis de l'usager» et les modes de gestion des établissements et services sociaux et médico sociaux*», RDSS 2012, p. 466. 57 Pierre VERDIER, «*Le contrat de séjour estil un vrai contrat?*», 0ournal du droit des eunes, 2004, n0236, p. 36-43. 58 ANESM, RBPP *Les attentes de la personne et le projet personnalisé*, 2008, p. 16.

cela implique des adaptations. L'ANESM a précisé qu'il fallait adapter ce processus à chaque personne, par des informations adaptées et des formes de communications particulières, en fonction des capacités. Ce dialogue peut donc se faire sous formes diverses (communication sensorielle ou visuelle, pictogrammes, images, langage simplifié, etc.). Une nouvelle fois, il s'agit de s'adapter à la personne, d'être fonction d'elle.

La qualification contractuelle du contenu final du pro et personnalisé assimile le résident à un co-contractant, à un co-décideur du moins. Il y a le contrat et il y a les parties au contrat. Maintenant qu'a été démontré en quoi la personne accueillie devient un acteur partenaire de sa prise en charge et de son accompagnement par la valorisation de son statut, il convient d'évoquer quelle est l'utilisation du contrat dans le cadre du pro et personnalisé. C'est évidemment un excellent moyen de formaliser et de garantir à l'individu que ses attentes et besoins soient respectés, puisque ce qui découle du pro et personnalisé sera «la loi des parties».

SECTION 2 : Le contrat comme garant de l'effectivité du droit à l'individualisation

L'effectivité du pro et personnalisé est renforcée par le fait qu'il aboutit à la formulation d'ob ectifs et de prestations adaptés, qui feront l'ob et d'un avenant au contrat de sé our (§1).

Les finalités du pro et personnalisé seront contractualisées, et semblablement lieront les parties qui les ont discutées. Les prestations et les ob ectifs adaptés à la personne, découverts à l'occasion du travail d'individualisation, sont dans ce sens des obligations contractuelles. L'exécution du pro et personnalisé et ainsi du droit à l'individualisation va donc prendre la forme d'ob ectifs et de prestations opérationnels, que l'établissement devra mettre en œuvre (§2).

§1. **L'intégration du projet personnalisé dans le contrat de séjour**

Avant de se questionner sur la nature contractuelle du pro et personnalisé (dans le sens de son produit final, les ob ectifs et prestations), il est nécessaire d'étudier le contrat de sé our (A). C'est lui qui régit les rapports entre personne accueillie et établissement. La démarche de pro et personnalisé débute à l'arrivée avec le recueil d'informations, passe par le dialogue et aboutit à la formulation d'ob ectifs et de prestations. C'est à propos du produit final, et non des documents de travail que le pouvoir réglementaire est intervenu pour en décider de la nature contractuelle (B).

A. Le contrat de sé our, régisseur des rapports entre accueilli et accueillant

La loi de 2002 a consacré un outil obligatoire et généralisé à tous les établissements sociaux et médico-sociaux : le contrat de sé our. Il est contenu dans l'article L. 311-4 du CASF. Il s'agit d'une convention entre l'établissement et la personne accueillie (ou son représentant légal), qui a la particularité d'impliquer l'usager. Le contrat de sé our va définir les ob ectifs et la nature de la prise en charge ou de l'accompagnement, va préciser les droits des personnes accueillies au sein de l'établissement et va également indiquer les co⧫ts prévisionnels des prestations.

Le contrat de sé our garantie la liberté de choix et l'autonomie de la personne. Il ne s'agit pas fondamentalement d'un contrat imposé, même si le modèle peut être dé à déterminé avec un contenu conforme aux lois et règlements. Celui-ci est tout de même négocié, la relation est ainsi régie par des considérations communes et adaptées à chacune des parties. Cela apporte un équilibre fondamental, avec une attitude de reconnaissance de l'établissement envers la personne accueillie, permettant de rétablir un équilibre plutôt que d'accentuer le déséquilibre dans une relation supposée dissymétrique.

Le contrat de sé our implique des obligations réciproques. Pour l'établissement, il s'agit de prendre en charge ou

accompagner la personne dans les conditions prévues et dans le respect des dispositions légales et réglementaires et de ses droits en tant que personne accueillie. Par son entrée en hébergement, la personne accueillie s'engage au règlement du montant lié à celui-ci et au respect des règles de fonctionnement de l'établissement. En contrepartie, celle-ci bénéficiera d'une protection et d'une prise en charge ou d'un accompagnement qui lui est adapté.

A noter ici que le contrat de sé our peut être substitué par un document individuel de prise en charge qui est formé et contresigné dans le mois suivant le début de la prise en charge. Il peut être utile en cas de situation d'urgence ou d'incapacité de la personne accueillie. Il sera rédigé à l'admission, et doit tout de même impliquer l'usager.

Le contrat de sé our ou le document individuel de prise en charge permettent de situer les obligations de chacun, et aussi par association les responsabilités. C'est un excellent outil pour fixer les rapports, les droits et obligations, entre les deux parties en question. Le contrat de sé our et par extension le pro et personnalisé, en ce sens, permet de rééquilibrer une relation qui a priori ne l'est pas par nature. Par sa place de co-contractant, le résident devient lui-même « uge du respect des engagements»[59] et censeur de leur violation. Les rapports entre les deux parties vont totalement être régis par le contenu de ce contrat, ainsi la loi des parties sera une garantie pour la personne accueillie. D'ailleurs, Olivier Poinsot est en accord avec cette idée et énonce comme conséquence du contrat de sé our qu'il permet un équilibre contractuel et une protection de la partie faible[60]. Autre conséquence citée par l'auteur, la personne accueillie aura plus de facilités pour engager la responsabilité de l'établissement car elle pourra se fonder sur le contrat.

Pour le pro et personnalisé, il s'agit de préciser les conditions et prestations globales énoncées dans le contrat de sé our, en fonction des besoins et envies de la personne accueillie. Le pro et personnalisé est plus ancré dans la réalité de la vie en établissement et pallie au risque de standardisation de la prise en charge. Demeure la question de savoir comment s'articulent ces deux documents obligatoires. Contrat de sé our et pro et personnalisé semblent très liés, ils sont individuels et concernent l'adaptation de la prise en charge et de l'accompagnement des personnes accueillies. C'est le pouvoir réglementaire qui a précisé quel était leur lien, complété par l'ANESM.

59 Olivier POINSOT, *Le droit des personnes accueillies ou accompagnées. Les usagers dans l'action sociale et médico-sociale*, LEH Edition, 2016 (v. numérique 2018), p.45. 60 Olivier POINSOT, Id. p. 46.

B. Une qualification réglementaire du pro et personnalisé

Si pour le contrat de sé our, l'article L. 311-4 du CASF précisait quelque peu les éléments de formation et le contenu, pour le pro et personnalisé, les choses étaient moins certaines. Effectivement, mis à part la consécration d'une obligation d'individualisation, il n'était pas réellement précisé ce qu'est le pro et personnalisé. Était encore plus incertaine la nature du document qui doit en découler. Au vu de ce qui est connu, le pro et personnalisé doit être formalisé par un document, pour assurer le respect de ce droit et pour constituer un repère de prise en charge et d'accompagnement pour l'établissement et son personnel.

C'est le décret du 26 novembre 2004 relatif au contrat de sé our ou document individuel de prise en charge qui répondra à ces interrogations sur la nature du document final sur lequel aboutit le travail de personnalisation. Il indique qu'«un avenant précise dans le délai maximum de six mois, les ob ectifs et les prestations adaptées à la personne. Chaque année, la définition des ob ectifs et des prestations est réactualisée »[61]. Un avenant à un contrat équivaut au contrat. C'est une clause additionnelle intégrée dans un contrat initial qui tend à modifier les engagements des parties. Ainsi, le pro et personnalisé en tant que document synthétisant les ob ectifs et prestations adaptés à la personne est un avenant au contrat de sé our et a donc valeur contractuelle, puisque le pouvoir réglementaire l'a explicitement indiqué.

Il y a donc, à la lecture du décret, une qualification contractuelle pour le pro et personnalisé avec une obligation de réévaluation annuelle qui est associée. Par déduction, le pro et personnalisé (en tant que document final) dans sa formalisation et son exécution va devoir répondre aux exigences du droit commun des contrats. Cela se traduit par le respect notamment des exigences liées au consentement, à la licéité de l'ob et et à la capacité des contractants. Ce sont des exigences auxquelles il semble être facile de répondre, puisqu'elles sont dé à déterminantes dans le droit des personnes accueillies en établissement (consentement à l'entrée en établissement, implication du représentant légal si la personne accueillie est un ma eur protégé ou un mineur, etc.).

Au-delà d'avoir des conséquences en matière de formation du document, la qualification contractuelle a des impacts plus importants, surtout en matière d'exécution des obligations. Effectivement, puisqu'il s'agit d'un contrat, son contenu tient lieu de loi pour les parties qui l'ont conclu. C'est le fameux article 1103 nouveau du Code civil qui prévoit que «les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits»[62]. Ainsi, l'établissement s'engage, par la voie du pro et personnalisé, à atteindre les ob ectifs adaptés à la personne et à offrir les prestations qui y sont associées. L'établissement est donc lié par une obligation d'entamer une démarche de pro et personnalisé et en plus, il sera lié par les obligations qui découlent de la formalisation de celui-ci.

61 Décret n0 2004-1274 du 26 novembre 2004 relatif au contrat de sé our ou document individuel de prise en charge prévu par l'article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles, Article 1, V. 62 C. Civil, article 1103 nouveau.

Se pose la question de savoir s'il s'agit d'obligations de moyen ou de résultat. A priori, au vu de la nature du pro et personnalisé, il s'agirait d'une obligation de moyen. C'est une question évidemment à approfondir, et qui le sera d'ici quelques lignes. Ce qu'il faut retenir ici c'est surtout une volonté de qualifier de contrat le pro et personnalisé, ce qui est un des meilleurs moyens d'en garantir son effectivité. La voie contractuelle est une voie royale pour sceller et garantir un droit puisque le contrat est censé lié les parties qui l'ont conclu.

§2. **Une exécution du projet personnalisé sous forme d'objectifs et de prestations adaptés et évolutifs**

Si on tente de résumer les choses : l'individualisation de la prise en charge et de l'accompagnement est un droit, la démarche d'individualisation est une obligation et le document de synthèse est un contrat. En ce sens, la contractualisation ne porte pas sur la démarche entière. Tout le travail de recueil d'information, d'analyse de la situation sont des documents de travail et non des documents contractuels. La contractualisation porte sur les ob ectifs de prise en charge adaptés à la personne et les moyens possibles à mettre en œuvre pour y parvenir au sein de l'établissement.

C'est une exécution qui va donc être sous la forme de la réalisation d'ob ectifs et de prestations. Cela veut donc dire que l'établissement va s'engager à spécialiser, à personnaliser des prestations qui sont à la base communes à tous (la prestation d'hébergement qui comprend par exemple le couvert). Se pose la question de savoir si cela ne revient pas à bénéficier de prestations sur-mesure, ce qui pousse, stricto sensu, vers une «hyperindividualisation» au sein d'un cadre de vie collectif (A). Il est certain que cela participerait à une prise en considération de la singularité de la personne de la manière la plus effective, l'idée a le mérite de vouloir assurer une qualité de vie au plus proche de la volonté de la personne. S'a oute à ce sur-mesure le fait que les ob ectifs et prestations déterminés sont évolutifs, réévalués et réa ustés en fonction des changements de situation ou d'attentes de la personne (B).

A. Une possible admission d'une vie en établissement sur-mesure

La bientraitance, voire le respect de la dignité de la personne accueillie, passe inévitablement par une bientraitance, un «prendre soin» au quotidien.

D'abord, la prise en charge et les prestations sont adaptées au public accueilli. Les prestations, particulièrement en établissement avec les animations collectives, sont adaptées aux personnes. Il s'agit dé à d'un premier stade d'individualisation. C'est s^rrement ce qu'entend le législateur lorsqu'il parle d'adapter la prise en charge et l'accompagnement «à l'âge et aux besoins de la personne»[63]. Par exemple, cela peut être de proposer de la gymnastique douce pour les résidents d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

Ensuite, il y a une nouvelle adaptation qui découle du droit et de l'obligation d'individualisation, cette fois-ci à la personne accueillie. Concrètement, personnaliser serait dans ce cadre, par exemple, quant à une prestation d'hébergement, de ne pas servir le repas de tel ou tel résident dans la salle commune le midi si celui-ci préfère manger seul.

Il y a tout de même des limites. L'adaptation des prestations à chaque personne doit rester dans le champ de «compétences» de l'établissement, et doit concerner la prise en charge et l'accompagnement, ou du moins la vie en établissement. Pour Sandra Moulay-Reloux, ce qui est primordial ici, c'est qu'il faut identifier des attentes pour les formaliser en «besoins bien identifiés, solvables, c'est-à-dire, ayant une chance de se réaliser, avec les moyens dont chacune des parties dispose »[64]. Il y a donc ici, pour l'exécution du pro et personnalisé, un critère lié à l'ob ectif raisonnable, réalisable dans le cadre de la vie en établissement. Il s'agit de faire du «cas par cas», tout en considérant ce que peut offrir d'abord la vie en établissement et ensuite l'établissement en question. Il n'en reste pas moins que cette individualisation ne pourrait réellement être effective sans ce «cas par cas», dont parle Robert Lafore. Pour cet auteur, «l'offre ne peut plus s'établir préalablement à sa prise en charge mais doit idéalement s'adapter au cas par cas et revêtir une souplesse suffisante pour modifier les prestations en fonction de l'évaluation de chacun» [65]. L'individualisation, le «soucis de l'usager» qui lui est cher, serait donc pour lui, fonction de la capacité de souplesse de l'établissement pour atteindre un cas par cas, et donc une sorte de sur-mesure.

63 CASF, Article L. 311-3 30. 64 Sandra MOULAY-RELOUX, «*Le contrat avec l'usager : paradigme ou parasite de la relation d'aide?*», RDSS 2012,
p. 5. 65 Robert LAFORE, «*Le «souci de l'usager» et les modes de gestion des établissements et services sociaux et médico-sociaux*», RDSS 2012, p. 466.

Adapter les prestations, certes, mais qu'en est-il de la contractualisation de ces prestations adaptées? Il s'agirait d'une «contractualisation sur-mesure», puisque chaque prestation adaptée sera formalisée et scellée par le contrat. C'est très avantageux pour la personne accueillie puisqu'elle est assurée de bénéficier de prestations personnalisées. Néanmoins, cela va aboutir, comme l'a oute Sandra Moulay-Reloux, à des avenants au contrat de sé our aux «sens et contenus très variables»[66]. De plus, il est possible de s'interroger sur une éventuelle tarification supplémentaire en lien avec ces prestations sur-mesure. Peut-on imaginer une facturation des prestations personnalisées, en considérant qu'il s'agit d'exigences personnelles et exclusives?

Il n'est pas question de tout personnaliser, car il y a forcément des tensions et contradictions entre des considérations personnelles et la vie en collectivité. Cette contractualisation sert surtout à entendre et comprendre les habitudes de vie et envies de la personne et à formaliser le fait qu'ils ont été portés à la connaissance de l'institution. Ceci ensuite pour tenter de les adapter et les intégrer dans l'organisation et le fonctionnement de l'établissement[67]. Cela peut s'illustrer par quelques exemples très simples, comme c'est le cas pour l'heure du coucher. Imposer une heure de coucher unique à tous les résidents pourrait être contraire à l'obligation d'individualisation ; pourtant les conditions de fonctionnement de l'établissement prévoient l'heure de repas du soir et exigent un certain calme à partir d'une heure déterminée. Néanmoins, même s'il y a une heure de coucher prévue, la personne garde le «choix du moment où elle s'endort».

Symbole de compromis, l'exécution de ces ob ectifs et prestations individualisés participe à la garantie d'une vie quotidienne qualitative et respectueuse de la personne. Sans aller usqu'au sur-mesure absolu, on tend vers l'idée d'être au plus proche des attentes et besoins personnels de la personne. C'est en quelque sorte une application des prestations communes, mais, à un degré personnalisé (tout le monde bénéficie de la prestation hébergement, mais chaque résident a son rythme de sommeil ou son régime alimentaire par exemple). Pour ce faire de manière pérenne, il est donc nécessaire qu'il y ait une évaluation des ob ectifs et prestations liés au pro et personnalisé et qu'il y ait une éventuelle révision de son contenu.

66 Sandra MOULAY-RELOUX, «*Le contrat avec l'usager : paradigme ou parasite de la relation d'aide?*», RDSS 2012, p. 5. 67 ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles : Concilier vie en collectivité et personnalisation*

de l'accueil et de l'accompagnement, 2009, p. 16.

B. Une évaluation voire une révision régulière du pro et personnalisé

Le décret de 2004 énonce, à propos de l'avenant au contrat formalisant le pro et personnalisé, qu'il doit être réévalué tous les ans. La réévaluation annuelle est obligatoire, mais le pro et personnalisé peut être réévalué plus de fois dans l'année si nécessaire. Les besoins et les attentes sont ainsi susceptibles de changements au cours du sé our, voire de bouleversements, car ils sont fonction de la personne. Cette révision régulière est nécessaire puisque l'adaptation, l'individualisation concerne une personne dont la situation n'est pas «fixe et constante». Le pro et personnalisé a donc un caractère évolutif, d'où la charge de travail qu'il peut représenter pour les établissements. Effectivement, il y a un travail en amont, un travail pendant pour fournir les moyens de réalisation des ob ectifs, et un travail de suivi, de réa ustement. Pour 0ean-René Loubat, c'est un «processus circulaire et continu»[68].

Il y a une partie de l'évaluation qui destinée au réa ustement des ob ectifs et prestations en fonction de l'évolution de la situation. Ici, il y à la fois une réévaluation des besoins et attentes de la personne (afin de les réa uster) et dans le même temps une évaluation de la réalisation des ob ectifs indiqués dans le pro et personnalisé. En ce sens, ils doivent s'assurer à la fois de son respect mais aussi de sa «validité», vérifier de son éventuelle caducité plus concrètement. La réévaluation annuelle est aussi un moyen pour la personne accueillie de auger de ce qui a été écrit dans le pro et personnalisé et ce qui a été réalisé à sa suite. Grosso modo, cela lui permet de s'enquérir des moyens mis en œuvre ou non pour parvenir aux ob ectifs indiqués comme adaptés pour elle. Comme il est considéré comme un cocontractant, il devient le « uge du respect des engagements qui ont été pris à son égard»[69].

Pour l'ANESM, une précision est très importante à propos de cette évaluation et réévaluation : cela doit être une co-évaluation. Elle insiste sur cette nécessité d'impliquer l'établissement, les salariés et la personne accueillie voire son entourage[70]. Il y a ici une recherche de résultats du pro et personnalisé du résident. Si «qualité et performance, [sont] au ourd'hui sur le devant de la scène»[71], il est nécessaire d'évaluer l'utilité des dispositifs et les résultats. En tant que pro et, le pro et personnalisé doit suivre cette étape, c'est un élément fondamental de la méthodologie de pro et d'ailleurs. Le pro et personnalisé, en tant qu'il est singulier et au bénéfice de la personne, doit avoir une «valeur a outée pour la personne»[72]. Par exemple, grâce à la définition des ob ectifs et leur formalisation, il faut se poser la question de savoir si les

68 0ean-René LOUBAT, *Coordonner parcours et projets personnalisés en action sociale et médicosociale*, Dunod, 2013, p. 187. 69 Olivier POINSOT, «*Droit des institutions sociales et médicosociales Chronique : Dix ans après, retour sur les raisons de l'introduction du contrat de séjour dans le droit des institutions sociales et médicosociales* », RDGM n043, 2012, p. 515-561. 70 ANESM, *RBPP : Les attentes de la personne et le projet personnalisé*, 2008, p. 30. 71 0ean-René LOUBAT, *Coordonner parcours et projets personnalisés en action sociale et médicosociale*, op. cite, p. 185. 72
Ibid.

moyens mis en œuvre ont eu pour conséquence une amélioration la qualité de vie de la personne, la réalisation d'un vœu qui lui était cher, une meilleure intégration au sein des autres résidents. C'est une sorte de mesure de la «satisfaction» des ob ectifs, qui alloue à la personne la possibilité de «connaître et comprendre les points de vue des différentes parties prenantes et d'y confronter ses propres analyses»[73]. Si pour l'établissement, la mise en œuvre de tel ou tel moyen suffit à la réalisation d'un ob ectif, cela n'est peut-être pas le même sentiment pour la personne qui peut exprimer une insuffisance des moyens, si elle estime que le pro et personnalisé n'est pas réellement respecté. Ainsi, cela permet une remise en question des professionnels et représentants de l'établissement sur la définition des ob ectifs et des moyens mis en œuvre et les incitent à s'interroger sur leur réa ustement. Pour la personne accueillie, cela permet d'alimenter une réflexion sur sa situation et sur des propositions nouvelles.

Après cet exposé, il relève de l'évidence que le droit à l'individualisation est devenu depuis 2002 un pilier fondateur de l'action sociale et médico-sociale. Ce droit est perçu comme un élément de protection des personnes accueillies en établissement. Il incite par sa dimension éthique et déontologique à l'adoption de comportements et d'attitudes positives de la part des directeurs d'établissements et des professionnels de prise en charge et d'accompagnement.

Son importance est indéniable, des règles ont été consacrées pour en assurer l'effectivité. Sont même créés un outil uridique obligatoire, des repères méthodologiques, et surtout une relation contractuelle entre l'établissement et la personne accueillie. Le caractère contractuel de la relation est un point à relever, car, le pro et personnalisé fait l'ob et d'une contractualisation. On assiste ici à l'avènement de l'usager-acteur et à la réalisation de la volonté du législateur : prendre en compte la singularité de la personne par une prise en charge et un accompagnement individualisés. Il l'a fait par la protection uridique de l'instrument contractuel, dont la nature individuelle est prépondérante.

Se pose alors la question de savoir à quel point une contractualisation des ob ectifs et des prestations individualisés peut lier l'établissement. Est-ce surtout un abus de langage afin de protéger la personne et ses droits, comme une simple formalité, ou est-ce que cela correspond à des engagements réels pour l'établissement? Une relation contractuelle, telle qu'entendue en droit commun des contrats, peut-elle réellement exister dans ce cadre, connaissant la nature des acteurs et les tensions qui peuvent exister entre individualité et vie en collectivité? Le pro et personnalisé peut-il vraiment être contrat et en suivre son régime uridique? C'est ce que semble proclamer le droit, mais, si on approfondit la question, la réalité du terrain et la spécificité du secteur semblent le contredire... (**PARTIE 2**).

73 ANESM, *RBPP : Les attentes de la personne et le projet personnalisé*, 2008, p. 30.

PARTIE 2 : Le pro et personnalisé, un outil au régime uridique sui generis et spécifique au secteur social et médico-social

Au vu du contexte où se place la relation entre personne accueillie et établissement, nous pouvons douter de la nature contractuelle proclamée du pro et personnalisé. Il ne s'agit pas d'une relation générique et semblable à ce qu'il est possible de rencontrer dans le droit commun des contrats. C'est une relation entre une personne srement vulnérable et un établissement social ou médico-social. Bien sr, les règles fondamentales liées à la formation du contrat peuvent être utilisées en n'importe quelle situation, mais ici, cela devient compliqué dès qu'on tente d'en suivre le processus de manière stricte. La nature qui a été voulue par le droit positif pour le pro et personnalisé semble inadaptée à cette relation (**Chapitre 1**).

Il est vrai, le pro et personnalisé est réellement un acte d'une nature particulière. Son contenu est tout à fait unique à chaque établissement, et sera propre à chaque personne accueillie. De par ses considérations éthiques notamment, il ne pourrait être associé à un régime uridique «lambda». Il doit répondre à un régime uridique original, aménagé, par rapport au secteur social et médico-social (**Chapitre 2**). Puisqu'il ne peut être stricto sensu un contrat, que peut-il être alors?

CHAPITRE 1 : Une nature contractuelle inadaptée à la relation entre personne accueillie et établissement

Pour qu'un contrat soit formé, et formé de manière valide, les parties contractantes doivent disposer de la capacité uridique et doivent consentir de manière éclairée et libre au contrat (puisque la convention est avant tout un accord de volontés). Dès le stade de la formation de l'acte, des obstacles apparaissent, notamment par rapport à la personne accueillie. L'assurance de sa volonté libre et éclairée est incertaine. Lorsqu'on étudie les caractéristiques de la personne accueillie, la qualité de co-contractant peut être aisément contredite (**Section 1**).

De manière toute aussi importante, une exécution conforme aux exigences du droit commun des contrats est compromise. Sa mise en œuvre se heurte à des difficultés (**Section 2**), au regard du cadre collectif et des limites liées aux moyens de l'établissement.

SECTION 1 : La personne accueillie, une partie aux caractéristiques parfois incompatibles avec la notion de contrat

Être une personne accueillie modifie le statut de la personne, elle devient résidente d'un établissement social ou médico-social. Au-delà du changement d'environnement et de vie qui se produit pour elle, ses droits et devoirs seront aussi touchés. L'entrée en établissement est souvent la conséquence d'une vulnérabilité, vulnérabilité qui conduit à s'interroger alors sur la volonté libre et éclairée des personnes et ainsi sur leur pouvoir d'être partie à un contrat (§1). A fortiori, ces doutes sur la validité de la qualité de cocontractant se confirment par des considérations doctrinales et par la urisprudence administrative (§2).

§1. **Une partie au contrat possiblement vulnérable**

Il est commun de croire que l'entrée en établissement (en «institution») est la conséquence d'une particulière vulnérabilité. Il est vrai qu'il s'agit souvent de la conséquence d'un besoin de protection. Plus concrètement, si la personne entre en établissement parce qu'elle est particulièrement vulnérable, il est permis de fortement douter de la validité de son consentement à un acte uridique, à un contrat (A). De plus, il peut y avoir une altération des facultés au cours d'exécution du contrat, ce qui accentue les difficultés pour appliquer le droit commun des contrats.

Individuellement, il peut être difficile de faire valoir les attentes et besoins de la personne. C'est pour cela que souvent, la défense des intérêts des usagers se place à une échelle collective. Pour autant, ici également, cette prise en considération paraît parfois complexe face aux pouvoirs et impératifs institutionnels (B).

A. Des interrogations quant à la validité du consentement de la personne accueillie

Pour commencer, il faut envisager la possible incapacité des personnes accueillies. Le législateur l'a envisagé concernant les deux dispositions qui nous intéressent sur le pro et personnalisé. D'abord, il a indiqué concernant le droit à l'individualisation, que la prise en charge doit être adaptée et qu'elle doit respecter le consentement éclairé. Ce consentement doit être systématiquement recherché «lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. A défaut, le consentement de son représentant légal doit être recherché»[74]. Ensuite, sur le pro et d'accueil concernant la personne, il précise que la conception et la mise en œuvre de celui-ci se fait avec «la participation directe [de la personne] ou avec l'aide de son représentant légal»[75]. A noter ici que le législateur tient à conserver l'autonomie de la

74 CASF, Article L. 311-3 30. 75
CASF, Article L. 311-3 70.

volonté de la personne. Le législateur parle ainsi d'une «aide» et pas d'une «substitution» à la participation de la personne accueillie.

De toute évidence, il y a ici un paradoxe. Le pro et personnalisé est à destination de la personne accueillie et ne concerne qu'elle, puisqu'il est inspiré de ses envies, attentes et de son vécu. Il devrait donc être un document formé seulement avec la participation de la personne, sans l'aide d'une tierce personne. Son contenu sera formalisé par le biais du contrat, contrat auquel il faut consentir. C'est ici que peuvent se poser des questions, si la personne est sous un régime de protection uridique, notamment. Effectivement, la personne accueillie a alors un représentant légal. Il sera difficile de savoir ce qu'il procède de sa volonté propre et ce qui est vraiment indiqué par son représentant légal comme étant le «mieux» pour elle. Reste qu'en plus, pour ceux qui ne sont pas sous régime de protection uridique, si l'entrée en établissement reflète un état de fragilité, de besoin de protection, comment peut-on s'assurer alors de la fiabilité, de l'authenticité de son consentement aux ob ectifs et prestations qui lui sont proposés? Ce sont des interrogations qui restent en suspens, alors que pourtant, la parole de la famille et de l'entourage semble, dans les faits, prépondérante.

Dominique Everaet-Dumont, sur cette question, parle de «restrictions naturelles attachées à la situation de la personne»[76], restrictions comme son âge, son état de santé, l'urgence de son besoin. Restrictions qui, constituent des réserves importantes concernant la validité du consentement des personnes accueillies. Certains auteurs déclarent même que la vulnérabilité et la fragilité sont des «états peu compatibles»[77] avec la notion uridique de consentement, qui se base sur l'autonomie de la volonté. Cela ne veut pas dire que la personne accueillie ne peut pas s'exprimer ou refuser des prestations. Concernant la vie quotidienne, les réactions et l'expression orale ou implicite de la personne permettent l'expression de la volonté. Néanmoins, on peut douter de sa volonté concernant les actes uridiques stricto sensu tels que la conclusion d'un contrat. De plus, s'a outent les difficultés liées au recueil de l'avis et le ressenti de certains résidents, particulièrement ceux qui ont des troubles cognitifs ou du comportement, Alzheimer ou des maladies apparentées qui entraînent des difficultés de communication et de la confusion chez les personnes. Imaginons dans cette situation, la difficulté pour recueillir un consentement tel qu'entendu par le droit des contrats, c'est-à-dire une manifestation de la volonté de s'engager au respect d'une obligation. C'est une exigence qui semble très peu adaptée au contexte et aux caractéristiques des personnes accueillies qui peuvent être des résidents désorientés ou confus.

Au final, il ne s'agit pas d'exiger le consentement de manière ferme, mais de solliciter la participation optimale de la personne. Si la personne ne peut de manière valide consentir au contrat, il

76 Dominique EVERAET-DUMONT, «*Les droits des usagers des établissements et services sociaux et médicosociaux : quelle évolution?*», Dalloz Droit social, 2005, p. 311. 77 Yann FAVIER, «*Vulnérabilité et fragilité : réflexion autour du consentement des personnes âgées*», RDSS 2015, p.
702.

n'empêche qu'elle reste «maîtresse de sa vie» et peut émettre des choix et préférences. Comme le précise Yann Favier, bien que la personne vulnérable ait des difficultés à exprimer son consentement, ce n'est pas pour autant qu'elle doit être «écartée du processus de décision»[78], décision au cœur de laquelle elle est, qui plus est. C'est particulièrement vrai pour les situations très intimes, personnelles. Même considérée incapable uridiquement, il y a des choix de vie ou du quotidien qui ne relèvent que de la personne accueillie, c'est le cas par exemple du choix de ses fréquentations, du refus d'une toilette, de la vie affective et sexuelle.

Face à un acte à la nature si intrinsèquement personnelle voire intime et face à la vulnérabilité des personnes qui ne permet pas tou ours d'assurer un consentement libre et éclairé, il faut bien admettre que la qualification contractuelle n'est pas adaptée. Le contrat ici va manquer de souplesse (son contenu sera fixe et va lier les parties à la lettre du contrat) et va cantonner sa formation à l'existence du consentement, lorsqu'il s'agit surtout d'associer la personne à la décision. L'intention est louable, mais les difficultés existent et persisteront. D'ailleurs, pour la CNCDH, ce dispositif d'information et de recueil du consentement dans le secteur a surtout pour «finalité supplémentaire et spécifique d'assurer à cette personne vulnérable l'effectivité de son droit de s'exprimer»[79]. Encore faut-il que tout soit mis en place pour assurer l'effectivité de cette expression, et ce pour tout le public accueilli.

B. Une valorisation difficile des attentes et droits du public accueilli en établissement

L'égalité du rapport entre personne et établissement apparaît a priori envisageable. Cependant, dans les faits, il peut exister en quelque sorte un rapport de force qui biaise le «libre choix» de la personne accueillie. L'interrogation de Lucie Cluzel-Métayer nous le rappelle, «n'est-il pas vain, n'est-il pas chimérique, de rechercher une relation égalitaire, comme on peut en trouver en droit civil des contrats, là où la relation est nécessairement déséquilibrée?»[80].

Le sé our en établissement reflète une relation d'aide, issue d'un besoin de protection des personnes accueillie. Pour Danièle Cristol, cette relation d'aide «n'est pas une relation égalitaire», car elle «induit une dépendance de l'aidé vis-à-vis de l'aidant»[81]. Effectivement, en établissement, la vie quotidienne et le bien-être dépendent beaucoup des prestations et des prises en charge offertes par l'établissement. Si cette situation crée une dépendance, les personnes accueillies peuvent se positionner dans un rapport d'infériorité. Le pro et personnalisé concerne certes la personne à titre individuel dans sa relation avec l'établissement, mais les difficultés d'ordre collectif reflètent celles qui peuvent être rencontrées individuellement.

78 Yann FAVIER, «*Vulnérabilité et fragilité : réflexion autour du consentement des personnes âgées*», RDSS 2015, p. 702. 79 CNCDH, Avis sur le consentement des personnes vulnérables, publié au 0ORF n00158 du 10 uillet 2015, p. 19.
80 Lucie CLUZEL-METAYER, «*Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002*», RDSS 2012, p. 442. 81 Danièle CRISTOL, «*Le droit à la participation dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002*», RDSS 2012, p. 453.

Un contexte plus global conforte les doutes dé à émis concernant l'effectivité du pro et personnalisé. Bien que toutes les informations en lien avec ce droit doivent et sont probablement transmises au résident, le pro et personnalisé est-il réellement revendiqué? Il y a t-il vraiment un *empowerment* du résident, dans le sens d'une valorisation de sa part décisionnelle? Le constat n'est pas si clair.

La compréhension et le respect des droits peuvent sembler compliqués au vu des contradictions qui peuvent exister avec la vie en établissement. De plus, la mise en place des outils demandent un effort d'organisation et de temps pour chaque établissement. La place décisionnelle dans le cadre de la personnalisation de l'accompagnement dépend alors aussi de la volonté active de l'établissement (transmission des droits et mise à disposition des outils). Même l'ANESM alerte sur ces difficultés lorsqu'elle énonce qu'une participation «peut cacher une soumission au désir de l'autre, une simple adaptation à une demande institutionnelle, et finalement constituer une dépendance plus qu'une manifestation d'autonomie»[82].

C'est une problématique qui n'a pas laissé insensible la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme. Celle-ci a adopté un avis en 2013 sur l'effectivité des droits des personnes âgées (qui ne sont d'ailleurs qu'une catégorie de personnes accueillies). Elle y constate l'existence de pratiques discriminatoires, de restrictions de libertés et d'isolement chez certains publics, particulièrement les
personnes âgées. Concernant la vie en établissement, elle pointe du doigt certains manques et attend des EHPAD qu'ils «concilient mieux lieux de soins et lieux de vie et tiennent compte du pro et de vie personnel de chaque résident»[83]. Constat alarmant de la Commission, inquiète des situations de non-recours et de non-respect des droits en établissement, principalement dues à un manque d'information. De ce constat, il est aisé d'imaginer qu'il peut exister un rapport inégalitaire qui entrave les personnes accueillies dans la revendication de leurs droits.

82 ANESM : Les attentes de la personne et le pro et personnalisé, 2008, p. 16. 83 Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) : *Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées, JORF n00176 du 31 juillet 2013, texte*

n0101

§2. **Une qualité de cocontractant de la personne accueillie remise en cause**

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. C'est un «accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations»[84].

Le contrat de sé our est un contrat. Pourtant, dès son introduction dans la loi du 2 anvier 2002, la uridicité de ce contrat a été remise en question ou du moins interrogée (A). La nature contractuelle de la relation a aussi été questionnée en droit administratif. Pour celui-ci, il a été déclaré que la relation qui lie la personne accueillie et un établissement public ne peut pas être de nature contractuelle (B).

A. Des doutes persistant sur la nature uridique du contrat de sé our

D'abord, se posent des questions sur la méthodologie contractuelle applicable en établissement social et médico-social (sur la forme, le contenu, quelles parties, etc). Ensuite, ce sont particulièrement les uristes qui se sont interrogés sur l'instrument. Le contrat de sé our a été évoqué de manière vague dans le texte, tel que l'a souligné, Pascal Terrasse lors des débats parlementaires[85], qui exige à cette occasion l'affirmation d'une valeur uridique pour le contrat de sé our. Celui-ci précise également que le contrat de sé our existe afin d'accorder une valeur uridique aux engagements de prise en charge et d'accompagnement et qu'ils doivent être opposables en cas de manquement.

Le législateur a proclamé une nature contractuelle à la relation visée. Il use abondamment du vocabulaire contractuel. Néanmoins, cela suffit-il à confirmer une véritable nature et portée contractuelles? Si de fait, le contrat de sé our n'est pas un vrai contrat, alors le pro et personnalisé ne peut l'être non plus. La proclamation réglementaire contractualisant le pro et personnalisé serait par conséquent erronée. Il est ainsi important de confirmer ou d'infirmer la uridicité du contrat de sé our.

Dans un arrêt du 1er uillet 1998, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a du résoudre la question[86]. En l'espèce, au décès de son parent en EHPAD, un enfant assigne celui-ci afin d'obtenir le remboursement partiel du prix de ournée au motif que sa mère n'avait pas bénéficié d'une chambre individuelle pendant son sé our. Il se repose sur le contrat de sé our et sur la règle selon laquelle le local loué par une personne est à la seule disposition de celle-ci (l'ayant-droit considérait donc que le contrat de sé our

84 C. civil , article 1101. 85 Rapport d'information sur la réforme de la loi du 30 uin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociale, présenté par M. Pascal Terrasse, député à l'Assemblée Nationale, n0 2249. 86 Cour de Cassation, Chambre civile 3, 1 uillet 1998, 96-17.515, Maison de retraite Fleury. Publié au Bulletin 1998 III n0145 p. 97.

était un contrat de louage de choses). Pour les uges du fond, il s'agissait aussi d'un contrat de location de choses, et c'est ustement sur ce point que la Cour de cassation va censurer la décision du Tribunal d'instance de Marmande du 7 mars 1996. Elle énonce que «le contrat de sé our par lequel une maison de retraite s'oblige à héberger une personne âgée et à fournir des prestations hôtelières, sociales et médicales [n'est] pas soumis aux règles du Code civil relatives au louage de choses»[87]. Ainsi, le contrat de sé our est certes un contrat du point de vue du uge civil mais pas un contrat de louage des choses.

Ce qui est intéressant avec ce contrat de sé our c'est la manière dont il est saisi par le droit privé. D'une certaine manière, son existence n'est pas remise en cause. Pour autant, sa nature exacte n'est ni proclamée, ni vraiment recherchée. Il semble que le contrat de sé our au sens du droit civil soit réellement un contrat. Si ce n'était pas le cas, le uge aurait nié cette nature dès la première occasion, ce qu'il n'a pas fait. Néanmoins, cette situation n'ôte pas les doutes puisque, aucune qualification n'est encore retenue pour ce contrat.

Si en droit privé, cette nature n'est pas niée, mais reste incertaine, en droit administratif, cette place de cocontractant va tout simplement être évincée radicalement par le uge administratif.

B. Une relation contractuelle entre établissement public et usager contredite

Un contrat dans un tel contexte, avec un établissement public, est a priori un contrat administratif. Un contrat administratif a pour particularité d'avoir pour partie, une personne publique, et si tel n'est pas le cas, il est administratif si son ob et est lié à l'exécution même d'une mission de service public. Pour être qualifié de contrat administratif, le contrat doit, soit avoir un ob et en lien avec l'exécution d'un service public, soit contenir des éléments exorbitants de droit commun (clause ou régime). Un contrat administratif emporte des conséquences bien différentes du contrat civil. Pour celui-là, l'administration a des pouvoirs de direction, de contrôle et de sanction, mais a aussi la possibilité de résilier et de modifier unilatéralement le contrat. Cela voudrait dire que le contrat de sé our conclu avec un établissement social ou médico-social public devrait être soumis à ces règles liées à la pratique des contrats administratifs.

Si on étudie bien la question, le critère organique est bien respecté mais son ob et administratif est beaucoup moins certain. Il est possible de fortement douter de l'administrativité du contrat de sé our, et de nouveau, in fine, de sa contractualité. De plus, si cela peut être concevable pour le contrat de sé our (effectivement, le contrat entre usager et établissement public n'est pas totalement impossible), cela le devrait aussi pour le pro et personnalisé. Néanmoins, se saisir du pro et personnalisé en droit administratif peut être compliqué car il peut être assimilé à plusieurs notions. Effectivement, si on parle de la démarche en elle-même, les

87 Cour de Cassation, Chambre civile 3, 1 uillet 1998, 96-17.515, Maison de retraite Fleury. Publié au Bulletin 1998 III

n0145 p. 97.

documents liés au pro et personnalisé peuvent s'apparenter à des actes détachables. L'analyse de la situation, les phases de co-construction, le recueil des besoins sont des actes préalables à la conclusion de l'avenant au contrat de sé our. Or, un avenant est un contrat, une convention qui tend à modifier ou a outer aux clauses dé à existantes d'un contrat initial. La situation ici se complique et de telles affirmations emporteraient des conséquences plutôt risquées pour l'administration (ouverture du recours pour excès de pouvoir aux actes détachables du contrat). On sent bien que les considérations uridiques ne sont pas claires dans le cadre de la contractualisation au sein du secteur social et médico-social.

Le uge administratif est venu nous éclaircir sur la contractualité de la relation entre personne accueillie et établissement public social ou médico-social. C'est quinze années après la loi du 2 anvier 2002, que le uge administratif va apporter ces réponses tant attendues. Il s'agit d'un arrêt du Conseil d'État du 5 uillet 2017[88]. En l'espèce, l'ayant-droit d'un bénéficiaire des prestations d'aide à domicile d'un centre communal d'action sociale, établissement public administratif, demande le versement d'une somme en réparation de pré udices consécutifs à la chute de la personne bénéficiaire. Le demandeur se repose sur la responsabilité contractuelle du centre communal qui aurait manqué à ses obligations découlant du contrat conclu entre lui et la bénéficiaire des services.

Bien qu'un tel document existe, le uge administratif va pourtant déclarer, sans équivoque, que la responsabilité contractuelle ne pourrait concerner un usager d'un tel service. Il rappelle, sur un ton fondamentaliste, que «les usagers de ce service public ne sauraient être regardés comme placés dans une situation contractuelle vis-à-vis de l'établissement concerné, alors même qu'ils concluent avec celui-ci un «contrat de sé our » ou qu'est élaboré à leur bénéfice un «document individuel de prise en charge», dans les conditions fixées par l'article L. 311-4 (du CASF)». Le uge administratif dénonce donc totalement la relation contractuelle qui est censée être établie par le contrat de sé our puisque pour lui, l'usager est dans une position statutaire et donc réglementaire. C'est en quelque sorte une solution contra-legem. En parlant ainsi du contrat de sé our, il y a presque une décrédibilisation uridictionnelle de la valeur contractuelle de l'acte. Cela insinuerait que le contrat de sé our (et de facto l'avenant au contrat de sé our comme doit l'être le pro et personnalisé) n'aurait aucune valeur contractuelle et qu'il ne faut pas prendre la qualification réglementaire comme une vérité uridique.

Cette solution était dé à amorcée dans un autre arrêt du Conseil d'État[89] concernant le secteur

88 Conseil d'État, 7ème et 2ème chambres réunies, 5 uillet 2017, M. A, n0 399977 ; note Franck LEPRON «*Précisions sur la notion de relation contractuelle en matière de service public administratif*», A0 Contrats d'affaires, octobre 2017, p. 440-441. ; note Gabriel ECKERT «*Pas de contrat pour les usagers d'un service public administratif*», Contrats et Marchés publics, octobre 2017, p. 29. ; note Guylain CLAMOUR, «*Les chaussetrapes du contrat*», AD0A 2017, p. 2418-2421 ; note Gilles PELLISSIER et 0ulien MARTIN, Chronique de droit des contrats publics, 0CPA 2018, p. 17-28. 89 Conseil d'État, 3 février 2016, Hôpital de Prades, n0 388643 ; note Rémi DECOUT-PAOLINI, «*L'irrecevabilité d'un h* *pital détenant une créance sur un usager à demander au juge des référés le versement d'une provision* », RDSS 2016, p. 332-337. ; note Vincent VIOU0AS, Chronique Droit des établissements publics de santé, RGDM 2016, p. 373

sanitaire. Dans cet arrêt, la Haute uridiction administrative manifestait l'idée que l'usager d'un établissement public hospitalier, et donc administratif, n'était pas dans une situation contractuelle vis-à-vis de ce service et ce, «y compris lorsqu'il a conclu un contrat d'hébergement qui n'est qu'une déclinaison particulière du contrat de sé our». Le rapporteur public de la décision, Rémi Decout-Paolini, a énoncé par la suite, que la participation du patient au contrat de sé our «ne fait que cristalliser pour le patient, dans un ob ectif de transparence, le cadre réglementaire dans lequel intervient sa prise en charge»[90]. Ces dires semblent démontrer qu'au final, l'appellation contractuelle du contrat de sé our, c'est avant tout une intention de protection de l'usager. Sa participation est une garantie pour lui de transparence et d'expression, mais il n'en reste pas moins qu'il reste dans une situation réglementaire.

La qualification réglementaire d'avenant au contrat et donc de contrat du pro et personnalisé s'effondre lorsqu'il est question d'un établissement public administratif, sachant qu'elle était dé à mise à mal dans un établissement privé au vu des caractères de la personne accueillie.

SECTION 2 : Une exécution contractuelle compliquée par la vie en établissement

Le pro et personnalisé a pour but de libérer l'expression de la personne sur ses attentes, souhaits et envies personnels afin d'atteindre une meilleure qualité de vie et un bien-être en établissement. Néanmoins, une hyperspécialisation de la prise en charge et de l'accompagnement ne peut réellement exister en établissement. L'établissement social ou médico-social sera tou ours limité aux moyens qu'il a à disposition, en termes de budget mais aussi d'équipement et de moyens humains. De plus, l'établissement, dans la réponse aux demandes et attentes des usagers et dans la prise en charge et l'accompagnement, est limité à ce qu'il est autorisée à faire par les autorités et par son financement. Ces réponses sont aussi limitées par des impératifs de fonctionnement, notamment liés à la sécurité et la vie en collectivité (§1).

Ce sont des freins nécessaires, car il est possible d'imaginer que recueillir l'expression illimitée des souhaits et besoins des usagers et tenter d'y répondre puisse ouvrir une véritable «boîte de Pandore»[91]. Dans un tel contexte, il est fondamental de pallier au risque de demandes individuelles excessives ou en contradiction avec la vie en collectivité (§2).

397. ; note Hélène MUSCAT, 0CPA n026, p. 13-14. ; commentaire Mathilde KERNEIS-CARDINET, «*L'obligation d'un h* *pital de poursuivre par ses propres moyens le recouvrement de créances issues d'un contrat d'hébergement*», 0CPA n035, p. 9-10. ; note Olivier LE BOT, «*Dérogation à la jurisprudence «Préfet de l'Eure» en matière contractuelle*», 0CPA 2016 n037, p. 13-14. ; Xavier CABANNES, Chronique au 0ournal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie, 2016, p. 54-56. ; note Ben amin MORON-PUECH, «*De quelques faiblesses de la définition traditionnelle du contrat*», Revue française de théorie, de philosophie et de culture uridiques n064, 2017, p. 115-130. 90 Rémi DECOUT-PAOLINI, «*L'irrecevabilité d'un h**pital détenant une créance sur un usager à demander au juge des référés le versement d'une provision* », RDSS 2016, p. 332-337. 91 0ean-0acques AMYOT, Annie MOLLIER,

Mettre en œuvre le pro et de vie dans les établissements pour personnes âgées, 2013, DUNOD, Coll. Santé Social, p. 93.

§1. **Une conciliation nécessaire entre personnalisation mo►ens et impératifs de fonctionnement de l'établissement**

«*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui*»[92]. La pleine réalisation des souhaits et demandes personnels se heurtent inévitablement à la vie en collectivité, avec autrui. C'est pourquoi, lorsqu'une personne est accueillie, elle dispose effectivement de droits mais est aussi soumise à des devoirs. Il est possible de retrouver ceux-ci dans un règlement de fonctionnement qui lui est opposable mais aussi dans des règles de bien-vivre ensemble (A). S'a oute à ces premiers freins, un autre : la capacité de l'établissement en terme de moyens techniques, financiers et humains (B).

A. Des règles de fonctionnement et de bien-vivre ensemble opposables aux personnes accueillies

Le pro et personnalisé n'a pas pour ambition d'imposer les *desiderata* de chaque résident. La personne accueillie doit s'adapter à la vie en collectivité, ce qui implique de concilier ses demandes et envies individuelles avec des considérations plus collectives. Ce ne sont pas «deux réalités inconciliables»[93]. C'est le règlement de fonctionnement qui est l'outil de cette conciliation. Il est prévu à l'article L. 311-7 du CASF et a été rendu obligatoire par la loi du 2 anvier 2002. C'est lui qui «définit les responsabilités réciproques des professionnels et de l'usager pour garantir le bon fonctionnement de la structure».

Il est fortement possible que certaines attentes et demandes individuelles se heurtent au règlement de fonctionnement. Ainsi, elles ne sont pas réalisables, malgré leur expression. Le décret relatif au règlement de fonctionnement précise qu'il doit s'agir de règles existant dans le but d'informer le résident, sur le «comportement civil à l'égard des autres personnes, des personnels, des biens et équipements collectifs»[94] qu'il doit adopter dans l'établissement. Également, le règlement de fonctionnement prohibe toute violence entre usagers ou entre un usager et un salarié. Le règlement de fonctionnement a une visée informative, il est diffusé à la même occasion que le livret d'accueil à la personne accueillie. En cela, cette «transmission rend alors le règlement opposable»[95]. Son opposabilité vient de cette transmission, mais aussi de la nature des éléments contenus dans le règlement qui sont des règles générales et permanentes de l'établissement.

Même si l'individualisation a vocation à prendre en compte la singularité de la personne, il ne faut

92 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789, Article 4. 93 0ean-0acques AMYOT, Annie MOLLIER, *►ettre en œuvre le projet de vie dans les établissements pour personnes âgées*, 2013, DUNOD, Coll. Santé Social, p. 93. 94 Décret n02003-1095 du 14 novembre 2003 relatif au règlement de fonctionnement institué par l'article L. 311-7 du CASF, Article 15. 95 0ean-Marc LHUILLIER, «*Le règlement de fonctionnement* », RDSS 2004, p. 795.

pas oublier que celle-ci vit désormais en collectivité, avec d'autres résidents. D'ailleurs, pour certains auteurs spécialistes du secteur médico-social, la finalité du pro et personnalisé est «de rechercher ce qui peut permettre aux personnes âgées et aux professionnels de construire ensemble un cadre de vie lié à leurs aspirations personnelles tout en tenant compte des obligations liées à la collectivité»[96]. Il ne peut y avoir une application en l'état et à la lettre des envies et attentes des besoins de chaque résident. Il faut surtout permettre une qualité de vie en établissement concordante avec l'identité de la personne. La personnalisation de la vie en établissement n'est pas impossible, mais elle est limitée à ce que peuvent admettre les règles du bien-vivre ensemble et également les règles fondamentales de fonctionnement de l'établissement, notamment les règles relatives à la sécurité. Ces limites se retrouvent particulièrement dans les restrictions liées à la liberté d'aller et venir.

Il est évident que l'entrée en établissement a pour conséquence des contraintes diverses tels que : les rythmes de repas, l'hygiène, les horaires, le bruit, les rapports parfois houleux avec autrui. Néanmoins, elles sont indispensables à une cohésion collective et à un fonctionnement optimal de l'établissement. Pour autant, cela ne doit pas s'illustrer en une vision bipolaire, mais plutôt en une articulation. Il doit aussi s'effectuer une articulation des considérations personnelles avec les moyens disponibles de l'établissement.

B. Une exécution limitée par les moyens financiers et humains de l'établissement

Par application des règles du droit des contrats, l'établissement doit mettre en œuvre les obligations qui découlent du pro et personnalisé. Ce n'est pas insignifiant uridiquement de s'engager à respecter les ob ectifs et prestations individualisés de chaque personne accueillie. Au vu de cette charge, qui semble trop lourde voire complètement extravagante à admettre (comment peut-on imaginer qu'un établissement puisse s'engager à répondre à toutes les demandes et exigences individuelles?), il faut pondérer la portée de cet engagement.

De prime abord, il faut bien rappeler que le pro et personnalisé est un document négocié. Les engagements qui en découlent sont donc conciliés avec les exigences de fonctionnement et d'organisation de l'établissement dès la phase d'entrée de la personne et de l'expression de ses attentes. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de la phase de co-construction du pro et personnalisé, puisqu'il s'agit en quelque sorte de confronter les volontés et aspirations personnelles avec les possibilités institutionnelles.

Même si on estime qu'il s'agit d'un contrat entre personne accueillie et établissement, ce contrat ne doit créer que des obligations de moyen et non de résultat. Admettre qu'il y a une obligation de résultat serait

96 0ean-0acques AMYOT, Annie MOLLIER, *Mettre en œuvre le projet de vie dans les établissements pour personnes âgées*, 2013, Dunod, Coll. Santé Social, p. 41.

bien trop lourd et un danger financier évident pour les établissements. De plus, cela nécessite une forte implication des équipes, du temps, de l'organisation du travail. Les établissements ne peuvent répondre à cette obligation de personnalisation de la prise en charge et de l'accompagnement qu'à hauteur de ses moyens financiers et humains. La personnalisation de la prise en charge et de l'accompagnement n'a donc qu'un champ d'application restreint à l'activité de la structure, qui ne peut s'engager à répondre à des attentes et demandes qui ne sont pas de «son ressort» et dans l'ob et de son activité. Ainsi, le contenu du pro et personnalisé doit être réaliste et compatible avec les moyens de l'établissement. 0ean-Marc Lhuillier précise d'ailleurs que les «ob ectifs ne devront être ni abstraits ni irréalistes, liés étroitement à l'offre de prestations»[97]. Il ne s'agit pas de réaliser les vœux ou rêves mais de s'enquérir ustement des aspirations et attentes de la personne et de tenter de les intégrer dans le quotidien. Par exemple, un résident d'un établissement a tou ours rêvé de voyager en Inde, et celui-ci l'indique lorsque l'équipe pluridisciplinaire chargée de la réalisation du pro et personnalisé lui demande quels sont ses vœux les plus chers. L'ob ectif ne va pas être d'individualiser la prestation en réalisant ce vœu et donc en organisant son voyage, mais, cela peut être tout simplement d'en discuter avec lui, de diffuser un documentaire sur l'Inde sur la télévision de sa chambre, d'organiser une animation sur Bolly►ood, etc.

Le but est d'adapter la vie quotidienne, de sortir de la «chronicité institutionnelle»[98] et de donner du sens à la vie en établissement. Il y a une forte connotation éthique. C'est pour cela qu'on admet aisément qu'il existe des limites à l'élaboration et à la mise en œuvre du pro et personnalisé. De plus, il est nécessaire de se prémunir des risques d'exigences et demandes extravagantes ou incompatibles avec la vie en établissement.

97 0ean-Marc LHUILLIER, *Le droit des usagers des établissements sociaux et médicosociaux*, 4ème édition, Presses de l'EHESP, 2009, p. 148. 98 0ean-0acques AMYOT, Annie MOLLIER, *►ettre en œuvre le projet de vie dans les établissements pour personnes âgées*, 2013, Dunod, Coll. Santé Social, p. 71.

§2. **Des risques d'exigences et demandes incompatibles avec la vie en établissement**

Si chaque résident conçoit le droit à l'individualisation comme la possibilité d'exiger des prestations personnalisées particulières, l'exécution des demandes individuelles qui en découlent et qui peuvent être contractualisées serait vraiment très périlleuse (A). Il ne faut pas occulter non plus la dimension collective de l'accueil et veiller à ne pas faire prédominer des considérations individuelles qui seraient contraires à la vie collective (B).

A. Une exécution des demandes individuelles périlleuse pour les établissements

Nombreux sont les auteurs qui redoutent que l'idée même de pro et personnalisé aboutisse à des exigences contradictoires avec les règles de l'établissement ou même excessives comparées à ses moyens. Il est primordial pour l'établissement de se protéger de cela, le but n'est pas de faire du résident un résident-roi mais un résident-acteur. L'adoption d'une telle vision aurait pour conséquence une «clientélisation» de l'usager en établissement et ainsi, «celui qui paie son hébergement normalisera sa posture de client et ses exigences hôtelières se déclineront aussi sur les soins»[99].

On pointe ici du doigt un vrai risque. Le contexte est celui d'une prise en charge ou d'un accompagnement social ou médico-social d'une personne et non d'une prestation purement hôtelière ou de la location de choses. Robert Lafore entrevoit en ce nouvel usager qui bénéficie d'un droit à l'individualisation un «cheval de Troie du marché»[100], figure tout de même très forte lorsqu'on connaît son histoire. Dans le même ouvrage, Jean-Marc Lhuillier conseille d'ailleurs la prudence quant à la réponse au besoin individuel de l'usager[101]. Mis à part les juristes, des auteurs spécialistes ont tout à fait conscience du risque que peut courir un établissement qui s'engage dans l'accomplissement des demandes et souhaits individuels stricto sensu. JeanRené Loubat parle lui d'une contractualisation qui engagerait plus que de raison. Pour lui, «donner une forme et une force juridiques au pro et personnalisé en le transformant de facto en avenant au contrat initial revient à s'engager plus que de raison»[102]. L'admission d'une vie en établissement quasiment sur-mesure, interroge. Se pose la question de savoir de quelle manière l'établissement peut répondre à toutes les demandes des personnes qui seront, à l'évidence, toutes différentes.

99 Joël DEFONTAINE, *La citoyenneté en institutions et services pour personnes âgées*, Edition ERES, Coll. Pratiques gérontologiques, 2007, p. 68. 100 Robert LAFORE, préface Jean-Marc LHUILLIER, *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médicosociaux*, 4ème Edition, Presses de l'EHESP, 2009. 101 Jean-Marc LHUILLIER, *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médicosociaux*, 4ème Edition, Presses de l'EHESP, 2009, p. 45. 102 Jean-René LOUBAT, *Coordonner parcours et projets personnalisés en action sociale et médicosociale*, Dunod, Coll. Santé Social, 2013.

C'est une situation qui peut rapidement devenir ingérable pour un directeur d'établissement. Il ne doit pas s'agir de véritables engagements, d'obligations. Auquel cas l'accès à de telles demandes dépasserait le cadre et le but de la prise en charge et l'accompagnement. Un établissement ne peut aller au-delà de ses compétences. Il détient des moyens humains et financiers précis, et il ne peut répondre à des besoins qui ne sont pas conformes aux règles collectives. S'a oute à cela qu'il s'agirait d'une véritable gouffre organisationnel et financier. Ce serait particulièrement le cas concernant les préférences alimentaires. Bien sr, le respect des régimes alimentaires est essentiel (régime sans sel, cholestérol, allergies, risque de fausses routes etc.) puisque liés à la santé. Toutefois, il serait ingérable économiquement, en termes de temps et de charge de travail de personnaliser chaque repas pour chaque personne. Pour autant, cela ne veut pas dire qu'il y a négation des gots de chacun, mais une harmonie hôtelière est forcément nécessaire.

Il y a donc une impossibilité pour les établissements de répondre à toutes les attentes individuelles et d'assurer des prestations entièrement personnalisées. Donner la possibilité d'exprimer, écrire et formaliser l'expression des attentes et souhaits ne doivent pas avoir pour conséquence d'engager outre-mesure l'établissement. L'usager ne doit pas être perçu comme un «client-roi».

B. Une prédominance des intérêts individuels parfois contraires aux intérêts collectifs

Le pro et personnalisé ne doit pas aboutir à l'adoption d'un individualisme exacerbé face au groupe. Bien qu'on prend en compte la singularité de chacun, il est tout aussi important d'instaurer un bien-vivre ensemble, partie intégrante de la qualité de vie en établissement. Les intérêts individuels et les intérêts collectifs doivent être articulés mais la finalité n'est pas de les mettre en opposition. Recentrer la prise en charge sur la personne, oui, mais il ne s'agit pas de négliger la défense des intérêts des personnes accueillies en tant que groupe à l'échelle de l'établissement. S'assurer la qualité de vie d'un résident, passe aussi et surtout par s'assurer de la qualité de vie globale. La personne accueillie n'est, en fait, pas seule dans la situation et la défense de ses intérêts peut se faire à plan plus collectif.

Également, la valorisation de l'identité personnelle et de la singularité de chaque personne accueillie ne doit pas conduire à l'emploi d'un ton revendicateur. Écrire un pro et personnalisé ne veut pas dire qu'il s'agit d'un document à brandir envers les autres résidents ou même l'établissement pour exiger son respect.

D'abord, il est possible d'imaginer l'envie des résidents de tenir quelque peu secret son pro et personnalisé. C'est un outil très personnel, qui débouche de l'analyse de la situation de la personne, de ses forces et faiblesses, de son histoire de vie. Cela interroge fortement son usage dans le cadre collectif, du moins de son usage ouvert et explicite. Ensuite, la qualité de vie des résidents tient aussi au comportement de ceux-ci les uns envers les autres. Si le décret relatif au règlement de fonctionnement en parle très bien en évoquant les règles de sécurité et en

prohibant la violence, c'est qu'il y a une forte interdépendance entre les qualités de vie des résidents. Chacun a son espace privé, qui lui est individuel et personnalisable (ses propres meubles, bibelots, tableaux), encore que dans certains établissements, des logements non-individuels, à plusieurs, sont encore proposés. Le logement personnel en établissement est un lieu où on imagine qu'il est possible d'avoir une pleine expression de l'individualité. Toutefois, il s'avère que cet espace reste aussi un lieu où il faut envisager le bien-vivre ensemble et les règles collectives. C'est l'idée même du respect de l'éthique de réciprocité, qui s'avère surtout être une règle morale mais qui illustre très bien les limites collectives du pro et personnalisé. Règle qui trouve ses racines dans toutes les religions et grandes cultures humaines, c'est l'idée suivante : «traite les autres comme tu voudrais que l'on te traite». Ici, c'est tout à fait cela : on admet que la personne a une identité, qu'elle puisse s'épanouir et conserver des souhaits et habitudes personnelles, mais sans oublier qu'elle n'est pas seule dans l'établissement et qu'en cela elle doit se conformer à des règles fondamentales. De nouveau, on ressent la forte empreinte éthique de la démarche de pro et personnalisé. Par exemple, il y est interdit de consommer du tabac (sécurité), et il est fortement probable qu'une heure venue, on exige par exemple de la personne résidente de baisser le volume de sa télévision ou de sa radio, de ne pas incommoder, etc.

Ainsi, afin que chacun ait une qualité de vie optimale, il est permis d'admettre que les intérêts collectifs prépondèrent parfois. Même concernant la chambre de la personne accueillie, il semble que «l'espace domestique privé se commue en un espace public, partagé avec des gens que l'on n'a pas choisis, où l'on est rapidement dessaisi de toute illusion de réelle maîtrise de soi»[103].

103 Dominique LE DOU0ET, «*Entrer en maison de retraite, un voyage aux confins de l'humain?*», Fondation Nationale de Gérontologie, Revue Gérontologie et société, 2005, volume 28 n0112, p. 51

CHAPITRE 2 : Une nature uridique particulière nécessairement adaptée au secteur social et médico-social

Pour étudier le pro et personnalisé, nous avons entrevu ce que disait le droit, et nous sommes aperçus qu'il n'existait pas de qualification et ou de définition solide. Peut-être que le pro et personnalisé ne correspond pas strictement à une catégorie uridique dé à existante et qu'il s'agit en fait d'un acte intermédiaire, d'un nouveau genre, propre au secteur social et médico-social.

Pour commencer, il est possible d'affirmer qu'il ne s'agit pas d'un contrat. Pour autant, il reste un acte qui est formalisé en établissement, mais, d'une manière très souple (**Section 1**). Il ne peut être ni un acte unilatéral, ni un contrat, il est alors une figure libre et souple qui tend à formaliser les attentes et besoins de la personne accueillie. Une fois la nature uridique trouvée (ou du moins que nous avons tenté de trouver), il faut lui associer un régime uridique, afin de savoir quelle est sa valeur devant un uge et s'il est possible de s'en prévaloir (**Section 2**).

SECTION 1 : Une formalisation souple des attentes et besoins de la personne accueillie

Le pro et personnalisé est un acte qui se base sur la liberté de participation et d'expression. C'est «prendre en compte le rythme personnel, biologique et psychique de chaque résident»[104]. Par nature, il se base sur des faits personnels et également très évolutifs, il est donc nécessaire que règnent souplesse et liberté dans sa formation (§1). S'il y a liberté et souplesse dans la formation du pro et personnalisé, qu'en est-il de son exécution? Elles doivent être de mises également, car l'établissement ne peut être engagé contractuellement, de manière stricte, aux ob ectifs qui découlent du pro et personnalisé. L'établissement s'engage au respect de la démarche de pro et personnalisé, mais son issue ne doit pas le lier uridiquement (§2).

104 0ean-0acques AMYOT, Annie MOLLIER, op cité. p. 71.

§1. Une liberté et une souplesse primordiales dans la formation et l'exécution du projet personnalisé

Le pro et personnalisé est un outil d'expression qui est à s'approprier, à la fois par l'établissement, et à la fois par l'usager. Nous pouvons aisément supposer que c'est le cas car c'est un outil quasiment de démocratie médico-sociale, qui sert à valoriser la voix des personnes accueillies. En ce sens, il doit rester un outil libre, car faire de la formalisation une finalité peut obstruer cette liberté d'expression et de participation. Ainsi, la pensée formaliste peut s'avérer contraire à la démarche de personnalisation (A). D'ailleurs, c'est bien pour cela que ni le législateur, ni le pouvoir réglementaire, ne sont venus poser un cadre précis et formel. Il y a une réelle marge de manœuvre quant à sa formation et son exécution par les établissements (B).

A. Une hyper-formalisation contraire à la démarche de personnalisation

Il prévu par que le pro et personnalisé aboutisse à la formation d'un contrat. Pour autant, il porte sur des engagements tellement originaux, propres à chaque personne accueillie qu'y associer une force exécutoire semblable à un contrat classique paraît peu envisageable. Il y a forcément un risque, qu'en ayant conscience de s'engager «plus que de raison», l'établissement cherche complètement à brider cette expression. Le risque de demandes individuelles excessives incite les responsables d'établissement à borner les négociations. Le degré d'engagement de l'établissement doit donc être modéré, minimisé, afin qu'il y ait la garantie d'une pleine expression des acteurs participant au pro et personnalisé. Il ne s'agit pas là d'un en eu dont l'ob et doit absolument être négocié, écrit et signé afin de le sceller. Le but est surtout d'accorder une place à la singularité de l'usager. Le plus important dans l'élaboration d'un pro et personnalisé, c'est la participation de la personne, car, se savoir dé à écoutée et libre de s'exprimer peut permettre une amélioration de la qualité de vie.

De plus, le cadre d'élaboration du pro et personnalisé englobe une multiplicité de personnes, au cœur de laquelle il faut valoriser la participation de la personne accueillie. Il y a souvent une équipe pluridisciplinaire autour de la personne accueillie afin de sonder ses attentes et ses besoins. Il est donc important de ne pas faire de cette élaboration un cadre trop formel. Cela réduirait l'approche à une vision très «admistrativo-administrative», en s'efforçant surtout de formaliser, d'écrire, de tracer ce qui s'est échangé au cours des entretiens ou des échanges. Cela peut au premier abord laisser penser que la formalisation prend le pas sur l'idée même de pro et personnalisé qui est une figure libre. Ainsi, «le caractère éventuellement excessif de leur formalisation»[105] est peu en accord avec ce que doit être cette démarche.

105 0ean-0acques AMYOT, Annie MOLLIER, *op cité, p. 47.*

B. Une importante marge de manœuvre voulue par le législateur

Ni la loi de 2002 ni le pouvoir réglementaire ne précisent comment doit être mise en œuvre l'obligation d'individualisation mis à part par la mention de l'élaboration d'un pro et personnalisé. Il a seulement été indiqué qu'il devait y avoir la garantie contractuelle. Seules les recommandations de bonnes pratiques professionnelles et institutionnelles viennent évoquer quelle application doit être faite par les établissements.

Les acteurs, les tenants et aboutissants du secteur sont de nature tellement particulière qu'il est nécessaire d'opter pour un outil adapté et surtout souple, qui emprunte parfois au contrat dans sa dimension éthique (l'idée de loyauté, de s'engager à respecter son cocontractant par une exécution de bonne foi), mais sans en subir les «verrous obligationnels» (force obligatoire du contrat). Ainsi, l'ANESM s'est attachée à l'utilisation d'un vocabulaire très pratique, sans tenir trop compte de la qualification contractuelle du pouvoir réglementaire.

Face au silence de la loi, le pro et personnalisé implique un effort organisationnel et particulièrement un «travail d'appropriation préalable»[106], comme l'explique Catherine Taglione. Celle-ci évoque la contractualisation dans le secteur social et médico-social de manière générale. Néanmoins, c'est d'autant plus applicable pour le cas du pro et personnalisé qui devrait être contractualisé. Pour l'auteur, cette contractualisation conduit les professionnels à s'interroger sur leur posture, sur leur pratique, ce qui «renvoie à l'éthique». Ainsi, ce travail doit amener les professionnels à mettre en œuvre cette contractualisation «de manière pertinente dans un contexte particulièrement complexe sur le plan intellectuel et humain»[107].

Le pro et personnalisé n'a pas vocation à être soumis à une procédure officielle ou déterminée. Ce serait un verrou pour la liberté d'expression et de choix de la personne accueillie, qui est totalement indispensable. De même, au vu de l'effort d'appropriation institutionnelle et des pratiques professionnelles, il est nécessaire de laisser libre court à l'interrogation et à la recherche de l'outil le plus adapté pour chaque établissement, chaque situation, chaque contexte. De plus, il n'y a peut-être pas la même manière de penser le pro et personnalisé en fonction des établissements. Par exemple entre établissements pour personnes âgées et établissements pour personnes handicapées, entre accueil d'enfants et accueil d'adultes, peuvent exister des différences, car il ne s'agit pas du même public accueilli.

106 Catherine TAGLIONE, *Contrat et contractualisation dans le champ éducatif, social et médicosocial*, Presses de l'EHESP , 2013, p. 139
107 *Ibid.*

Après avoir ustifié le fait que le pro et personnalisé devait être avant tout un document souple et libre, il faut maintenant tenter de définir sa forme. Il y a forcément un contenu qui doit être en accord avec le pro et personnalisé, des intentions qui doivent être formalisées et surtout une prise d'acte organisationnelle pour l'établissement. Nous allons donc voir qu'il s'apparente en fait à une sorte de pacte. Il est écrit, il scelle un engagement mutuel de respect et re oint une dimension éthique, mais sans pour autant avoir une force obligatoire comme le contrat de droit commun.

§2. Un document reflétant l'engagement de l'établissement et des professionnels dans l'obligation d'individualisation

L'établissement social et médico-social se voit imposer une obligation d'individualisation. Il s'engage ainsi à son respect. La réflexion éthique que peut constituer le pro et personnalisé semble être lourde de temps et de charge de travail pour les équipes d'un établissement. La «norme» professionnelle, la recommandation de bonnes pratiques, a posé un cadre éthique et déontologique, afin de définir le pro et personnalisé, son contenu et son élaboration (A). La prépondérance de l'éthique et du travail institutionnel viennent atténuer la nécessité d'une approche purement uridique du pro et personnalisé. In fine, pour réaliser le pro et personnalisé et respecter le droit à l'individualisation de chaque personne accueillie, nul besoin de former des obligations stricto sensu, nul besoin de contractualiser. Il s'agit surtout d'un contrat moral, où les professionnels s'engagent à adopter une pratique professionnelle conforme à la prise en charge et à l'accompagnement de chaque résident (B).

A. Un cadre éthique et déontologique trouvé dans la «norme» professionnelle

C'est particulièrement la recommandation de bonnes pratiques professionnelles qui va guider l'action des professionnels du secteur social et médico-social.

Par le respect de l'obligation d'individualisation qui lui est imposée, l'établissement s'engage dans le respect de la singularité de la personne, à être à l'écoute de ses attentes. Comment mettre en œuvre le pro et personnalisé et ainsi respecter de ce fait le droit à l'individualisation? Pour les directeurs, s'il est possible de s'inspirer des établissements qui lui sont voisins et qui ont adopté la pratique du pro et personnalisé, comment peut-on avoir la certitude qu'il s'agissait de la «bonne marche à suivre»? Il y a un besoin de s'assurer qu'il y a une bonne application du principe, pour donner un cadre minimal. Il est aussi important de donner un cadre qui permet de protéger les établissements et éviter qu'ils se placent dans des engagements qui outrepassent leurs missions.

Cela s'inscrit beaucoup dans la pratique professionnelle. Il existe une sorte de guide professionnel afin d'uniformiser la pratique et de tenter de trouver la manière de réaliser un «bon pro et personnalisé». La notion est alors voulue par le législateur mais elle réellement intégrée par la recommandation de bonnes pratiques professionnelles et par sa maîtrise par les établissements. Le cadre du pro et personnalisé est donc surtout un cadre de droit mou. La recommandation de l'ANESM qui est dédiée au pro et personnalisé [108] détermine des étapes et repères. Même si cela reste une proposition pour les établissements qui doivent se les approprier en fonction des réalités institutionnelles, il n'en reste pas moins qu'elles leur sont utiles pour leur démarche qualité, d'évaluation et pour la mise en œuvre des droits des personnes accueillies. Il ne s'agit pas de «normes» stricto sensu, mais de propositions auxquelles peuvent se référer les établissements et qui peuvent permettre de travailler la qualité et le comportement des professionnels. Ce sont des «commandements» quasiment déontologiques ou du moins éthiques qui peuvent permettre d'organiser un établissement ou un service autour du pro et personnalisé.

L'ANESM, dans la recommandation de bonnes pratiques «Les attentes de la personne et le pro et personnalisé», précise quelles sont les étapes de la démarche. Des premiers contacts, usqu'à la rédaction du pro et personnalisé, en passant par l'analyse de la situation, la co-construction, la mise en œuvre ou encore la co-évaluation du pro et, l'ANESM détaille la manière dont il est possible voire souhaitable d'associer la personne accueillie. A chaque étape, l'ANESM associe des lignes directrices, comme par exemple «Donner à la personne l'information utile», «Recueillir les seules informations nécessaires», «Repérer les habitudes de vie», etc. Évidemment, il ne s'agit pas de normes officielles que doivent impérativement appliquer les établissements, contrairement aux obligations légales, mais cela s'apparente à des commandements à suivre.

Bien qu'il n'y a pas obligation d'appliquer les recommandations de l'ANESM, de toute manière, leur respect reste souvent évalué dans le cadre de l'évaluation interne et externe des établissements. Le pro et personnalisé revêt un véritable engagement de la part de l'établissement, il s'engage, même sans être sous le couvert d'un contrat, à tendre vers une prise en charge et un accompagnement le plus respectueux possible de la singularité de la personne. Il s'agit d'abord d'une obligation légale d'adopter une démarche d'individualisation, et quand il s'agit de la mettre en œuvre, il s'agit ensuite plus d'une obligation morale, d'une obligation de conscience. La nature n'est pas contractuelle, mais les engagements ne sont pas neutres de sens non plus.

108 ANESM : *RBPP : Les attentes de la personne et le projet personnalisé*, 2008.

B. Un engagement moral de la part de tous les professionnels de l'établissement

Il est très périlleux pour les établissements de s'obliger à répondre aux souhaits et demandes individuelles des résidents. Cependant, il ne faut pas non plus qu'il y ait un désengagement total de la part de l'établissement et que l'expression de l'usager soit lettre morte. Il s'agit surtout ici de trouver un intermédiaire.

Pour le pro et personnalisé, on peut parler d'engagement moral, de pacte, qui reflète plutôt un «contrat moral»[109] créant une obligation de conscience, qu'un contrat civil créant des obligations uridiques. Il n'est pas un contrat, même s'il en porte le nom, mais il présente «les caractères de son économie»[110]. C'est un document technique pour l'établissement, car il récapitule les informations sur la personne et améliore la compréhension des professionnels. Effectivement, les personnels de direction et de l'établissement ne pourront nier les informations, et s'engagent à tenter de les respecter. Il n'y a pas les mêmes conséquences uridiques en termes d'obligations, mais pour autant, la connotation appelle, comme dans un pacte, à la loyauté, au respect des engagements, à l'écoute. Se forme en quelque sorte un pacte entre la personne accueillie et l'établissement. Pour l'établissement, il s'engage consciemment à respecter l'identité de la personne et à tenter de mettre en œuvre des moyens afin de tendre vers le plus de bien-être possible pour la personne. Pour la personne accueillie, elle s'engage au respect des règles de fonctionnement de l'établissement et aux règles collectives, et ainsi d'accepter la conciliation faite entre son identité et la vie en établissement.

Cette qualification incertaine permet au pro et personnalisé d'être complètement un instrument malléable et adaptable à la situation de la personne. Tantôt, il peut prendre l'économie d'un contrat, tantôt il peut prendre la forme d'un document-guide pour les professionnels, afin de comprendre et d'apporter les meilleurs soins et accompagnements à une personne accueillie. L'important dans cette démarche, c'est d'être mesuré : il faut à la fois engager, mais il ne faut pas obliger (afin de ne pas, par exemple, effrayer les directeurs d'établissement qui peuvent craindre des engagements contractuels trop risqués). C'est d'ailleurs ce que prévoit l'ANESM : «Le pro et a vocation à engager les parties prenantes mais non à obliger, il ne doit pas être transformé en in onction»[111]. Il engage dans le sens où l'établissement doit veiller au respect de la singularité de chacun, et ce au quotidien. C'est donc un «véritable engagement de la direction qui a alors pour mission de faire entrer le pro et dans les pratiques quotidiennes»[112]. A noter ici que les auteurs parlent bien de mission et pas d'obligation, car on s'axe ici sur des pratiques professionnelles et sur des engagements éthiques.

109 Sandra MOULAY-RELOUX, «*Le contrat avec l'usager : paradigme ou parasite de la relation d'aide?*», RDSS 2012, p. 5. 110 *Ibid*. 111 Synthèse ANESM : *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles, «Les attentes de la personne et le projet personnalisé»*, 2008. 112 0ean-0acques AMYOT, Annie MOLLIER, op. cité, p. 130.

Il reste une traduction consensuelle qui porte en elle un engagement quasi-moral : le respect de l'identité et des attentes d'une personne accueillie par l'établissement. En cela, le pro et personnalisé ne peut être un acte neutre et vide. Comme un pacte, un engagement «éthique», c'est un accord de volontés entre plusieurs personnes qui comporte des engagements, certes dépourvus de force obligationnelle, mais pas de force morale. Se pose alors la question de savoir quelle peut être la valeur de cet engagement devant un uge?

SECTION 2 : Une usticiabilité relevant du régime légal des établissements sociaux et médico-sociaux

Le contenu du pro et personnalisé est variable selon les personnes, et sert surtout d'indicateur, d'information pour les équipes de l'établissement. Ce ne doit donc pas être un contenu qui est directement opposable à l'établissement, qui plus est, sachant que celui-ci n'est pas contractuel (§1). Pour autant, cela ne veut pas signifier que le manquement à l'obligation d'individualisation, qui peut se traduire par un non-respect du droit à la personnalisation et éventuellement de la démarche du pro et personnalisé, ne sera pas sanctionné. L'obligation d'individualisation est une obligation légale, en ce sens, l'établissement qui viole cette obligation sera sanctionné dans le cadre de ce régime (§2).

§1. Un acte ne pouvant faire grief en lui-même

Si le principe d'individualisation peut être opposable à l'établissement, il apparaît après les précédentes réflexions que le contenu même du pro et personnalisé (ob ectifs et prestations individualisés), ne peut l'être (A).

Il n'en reste pas moins que le non-respect du contenu du pro et personnalisé peut être un appui pour la démonstration du manquement à l'obligation d'individualisation incombant à l'établissement, car, bien qu'il ne s'agit pas d'un contenu opposable, il est moins au transmis. En ce sens, l'information ne pouvait être ignorée. Il y a une valeur indicative, de preuve, du pro et personnalisé (B).

A. Un contenu du pro et personnalisé non-opposable

Comme nous l'avons suffisamment démontré, le pro et personnalisé n'est pas un contrat tel qu'entendu par le droit civil pur, et encore moins par le droit administratif. Il s'agit plus d'un engagement simple qui ne lie pas strictement l'établissement.

Il n'est pas possible de lui appliquer stricto sensu les caractères du contrat de droit commun, même si il en garde certains aspects, surtout l'idée de loyauté et de respect du co-contractant. Il ne peut en lui-même ustifier un recours fondé sur son non-respect. Le mécanisme de responsabilité contractuelle ne pourrait donc être mis en œuvre. Un tel recours, si le contenu du pro et personnalisé liait contractuellement l'établissement, se fonderait sur l'inexécution des obligations contractuelles contenues dans celui-là. En vertu de la loi des parties, qui aurait lié l'établissement et obligé au respect d'ob ectifs et de prestations individualisés, on aurait pu croire que le uge sanctionnerait l'inexécution des obligations contractuelles par l'établissement. Néanmoins, il est difficile d'imaginer un tel recours recevable devant un uge, au vu des nombreuses exceptions d'inexécution qui peuvent être opposées et du fait que le pro et personnalisé s'arrête avec les moyens financiers et humains des établissements. De plus, au vu des caractéristiques de la personne accueillie, il peut être aisé de démontré l'invalidité du document soit-disant contractuel (par rapport au consentement notamment).

Le pro et personnalisé est un document écrit, institutionnel, un outil de travail à disposition du personnel. Le contenu est inscrit, mais, il ne peut être strictement opposable de manière permanente. Il peut, par contre, être évoqué dans les situations qui lui sont opportunes. Par exemple, cela peut être le cas lors de commissions et réunions, où il peut y avoir en quelque sorte «revendication» de son pro et personnalisé. Par exemple, il y a souvent des commissions menus en établissement, qui peuvent être, pourquoi pas, le lieu et l'endroit pour évoquer une nutrition personnalisée ou des préférences alimentaires.

Ce qu'il est possible de dire par là, ce n'est pas que les besoins et attentes écrites dans le pro et personnalisé doivent être négligées ou mises sous silence, mais seulement que leur rédaction écrite doit être utilisée en quelque sorte à bon escient et avec bonne foi et qu'elle ne peut fonder un recours devant un uge. Par exemple, il serait ingérable et compliqué pour un établissement de recevoir la plainte d'une personne accueillie dès que lui est servi un repas avec un aliment qu'elle a précisé détester dans son pro et personnalisé. Son contenu ne peut être strictement opposable car son respect à la lettre n'est physiquement, financièrement et humainement pas réalisable.

B. Une valeur indicative du pro et personnalisé

Le pro et personnalisé n'est pas un acte qui est vraiment répertorié uridiquement. Il faut alors s'attacher à lui trouver au moins une valeur uridique, au mieux un régime tout entier. Bien qu'il n'a pas le caractère de contrat, il s'agit tout de même d'un acte dont la valeur n'est pas nulle puisqu'il a engagement de la part de l'établissement et de la personne accueillie et qu'il y a des informations importantes pour la personne qui sont écrites et transmises pour information à l'établissement. Le fait qu'il soit formalisé peut lui accorder une force probante. Effectivement, la démarche de pro et personnalisé procède en plusieurs étapes qui peuvent être orales, mais elle aboutit inévitablement à un écrit qui synthétise tout ce qui peut être conclue sur les envies et besoins de la personne.

Il reste un outil institutionnel, de travail. En ce sens, il est porté à la connaissance de tous les acteurs de la prise en charge et de l'accompagnement de la personne accueillie. Il est très probable qu'il puisse être conservé dans le dossier de la personne, en annexe de son plan de soins, ou encore dans les informations diverses qu'on peut trouver dans les outils de travail des soignants ou du personnel accompagnant. Ceux-ci ont a leur disposition toutes les informations concernant la personne accueillie, qui doit être protégée ou dont il faut prendre soin. Si le pro et est intégré à ces informations, ses ob ectifs et les attentes qui y sont indiqués ne peuvent donc être ignorés par le personnel. D'ailleurs, dans la recommandation dédiée au pro et personnalisé, les destinataires de l'information et la connaissance du pro et personnalisé sont entendus de manière très large. Pour l'ANESM, les personnels de direction sont les garants de la démarche, mais il faut recueillir l'analyse et les propositions de «chaque professionnel en lien avec la personne». Il peut s'agir des soignants, des accompagnants mais aussi de l'«auxiliaire de vie sociale, du veilleur de nuit, des employés des services généraux et d'entretien, des agents d'accueil»[113].

Tous les professionnels sont associés à la démarche, et tous les professionnels doivent donc connaître la teneur de son issue. Le professionnel ne pourra opposer qu'il ne «pouvait pas savoir» puisque le pro et personnalisé est sensé avoir été porté à la connaissance de tous les acteurs en lien avec la personne. Le pro et personnalisé peut être révélateur de la mauvaise foi des personnels, car, en cas de faute ou de simple plainte de la part d'un résident, il ne pourra pas être opposé que l'information ne lui avait pas été transmise. Ainsi, le pro et personnalisé peut servir aussi comme une base de preuve, en tant que document institutionnel.

113 ANESM, *RBPP : Les attentes de la personne et le projet personnalisé*, 2008, p. 17.

§2. Une éventuelle responsabilité en raison d'un manquement aux obligations légales applicables à tout établissement social ou médico-social

S'il y a un manquement à l'obligation d'individualisation, le régime sur lequel se fonde l'engagement de la responsabilité de l'établissement est le régime applicable à tous les établissements sociaux et médicosociaux. La responsabilité en cas de non-respect du droit à l'individualisation et éventuellement de la non-réalisation du pro et personnalisé n'est pas une responsabilité contractuelle mais une responsabilité fondée sur le manquement à une obligation légale -donc délictuelle (A).

A côté de cela, il est aussi possible de se fonder sur la notion de dignité humaine pour sanctionner un établissement qui agit contrairement au droit à l'individualisation. Effectivement, la prise en considération de la singularité des personnes et de leur identité est très en lien avec la notion de dignité humaine et de bientraitance. Ainsi, ce non-respect est très souvent douloureux moralement pour la personne accueillie et peut vraisemblablement lui être pré udiciable (B).

A. L'engagement de la responsabilité de l'établissement en raison du non-respect d'une obligation légale

A propos de la responsabilité liée aux droits des usagers, 0ean-Marc Lhuillier se demande s'il n'y a pas une «tendance à faire trancher les conflits devant un uge» et si le renforcement du droit des personnes accueillies «ne va pas entraîner une udiciarisation du travail social»[114]. C'est vrai qu'avec la consécration et la promotion des droits des personnes accueillies, celles-ci sont plus informées, plus protégées et ainsi plus à même de défendre leurs intérêts devant un uge. Même si elles restent vulnérables, pour certaines, la clairvoyance et la lucidité sont encore très présentes. Sinon, pour beaucoup, il existe un fort appui familial et de l'entourage. C'était l'intention du législateur de consacrer un bloc de droits qui est opposable à l'établissement, ce qui valorise par conséquence le recours uridictionnel pour défendre ces droits.

Ainsi, au constat de manquements à des obligations, particulièrement d'une faute (car il s'agit surtout d'obligations de moyens), la responsabilité de l'établissement peut être engagée à l'initiative de la personne accueillie ou de son représentant légal. La personne accueillie a des droits, s'il y a alors faute de la part de l'établissement ou une faute personnelle de la part d'un personnel, le non-respect peut lui causer un dommage. Le mécanisme de responsabilité peut être mis en œuvre sur la base du non-respect d'un droit, et possiblement du droit à l'individualisation, indifféremment du statut privé ou public de l'établissement. Effectivement, on se trouve face à un régime légal, comme le régime du droit des malades du 4 mars 2002. Ainsi, en cas de manquement à un droit de la personne accueillie, manquement qui lui cause un dommage,

114 0ean-Marc LHUILLIER, *Le droit des usagers dans les établissements sociaux et médicosociaux*, 4ème édition, 2009, p.

159.

alors la responsabilité de l'établissement peut être engagée sur la base de la loi du 2 anvier 2002, du régime légal qui lui est associé. Il s'agit d'une responsabilité délictuelle, civile ou administrative, sur laquelle peut se reposer la personne accueillie pour obtenir réparation de son pré udice.

Qu'en est-il du pro et personnalisé? Peut-il y avoir engagement de la responsabilité de l'établissement en cas de non-respect du contenu du pro et personnalisé, est-ce que cela peut causer un dommage et constituer une faute? Comme nous l'avons vu précédemment, le contenu du pro et personnalisé en lui-même ne serait pas directement invocable par la personne accueillie. Cependant, le fait que l'établissement n'entame pas une démarche de personnalisation à l'égard de la personne accueillie constitue par conséquent un manquement à une obligation légale, contenue dans l'article L. 311-3 du CASF. Ce manquement entraîne l'engagement de la responsabilité civile ou administrative de l'établissement sur ce fondement, uniquement. Quant au non-respect du pro et personnalisé en lui-même, de son contenu (non-respect des ob ectifs et prestations adaptés précisés dans l'avenant au contrat de sé our), il ne peut s'agir de l'engagement d'une responsabilité contractuelle. D'abord, parce que la uridicité du contrat de sé our est remise en cause. Ensuite, parce que s'il y a non-respect du contenu du pro et personnalisé, ce non-respect constitue un manquement aux obligations générales imposées aux établissements. Si, par exemple, survient un dommage qui est en lien avec une précision contenue dans le pro et personnalisé, il n'y a pas de responsabilité en raison du non-respect du pro et personnalisé mais en raison d'un manquement aux obligations légales de l'établissement.

B. Le non-respect de l'obligation de personnalisation pré udiciable à la personne accueillie

Si l'établissement ne respecte pas son obligation légale d'individualiser la prise en charge ou l'accompagnement, cela peut être pré udiciable à deux niveaux. Premièrement, il peut y avoir pré udice pour la personne accueillie en cas de non-réalisation d'un pro et personnalisé. Deuxièmement, mais de manière moins subséquente, il peut y avoir pré udice en cas de non-respect manifeste du pro et personnalisé. Dans le premier cas, cela revient à nier le droit à la personnalisation des ob ectifs et prestations en établissement. Dans le second cas, s'il est réalisé et non-respecté intentionnellement, cela revient à nier l'identité de la personne et la valeur de ses attentes et besoins, alors qu'elles sont pourtant officiellement inscrites dans un document technique de l'établissement. Par exemple, imposer une heure de lever à une personne alors que celle-ci s'est tou ours levée à une heure différente pendant les trente dernières années de sa vie, peut l'affecter et être un fait douloureux pour elle.

L'engagement de la responsabilité de l'établissement sur le fondement du non-respect d'une obligation légale a été évoquée, et par association, ce non-respect peut avoir causé un pré udice moral à la personne accueillie. De plus, nous savons que le droit à la personnalisation est très lié au respect de la dignité humaine. Il s'agit surtout d'un pré udice moral du aux souffrances psychiques, et non corporel, car la personne est touchée dans son intégrité et son identité propre.

Au delà, nier manifestement, ne pas considérer les attentes et besoins individuels et agir en contrariété avec ces considérations, peut être contraire à la dignité humaine. Or, des textes fondateurs tels que l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme énonce que «Nul ne peut être soumis à des peines ou traitements inhumains ou dégradants»[115]. Le respect de la dignité humaine est par ailleurs un principe à valeur constitutionnelle[116]. Respecter la singularité de chacun et veiller au respect des attentes et habitudes personnelles, devient primordial ici. Ce sont ces habitudes, ces aspirations de la personne qui font son identité. Nier ceci, on peut le croire, peut créer de la douleur, du mal-être, et peut dans certaines situations manifestes devenir «maltraitance» et ainsi relever de la responsabilité pénale de l'établissement. C'est ce qu'on appelle parfois communément les «violences institutionnelles».

Il y a un droit tellement lié à la notion de dignité humaine, que son non-respect pourrait constituer une atteinte à la dignité de la personne, sachant qu'il s'agit dé à d'une violation d'une obligation légale (obligation d'individualisation). N'en reste pas moins que pour admettre un pré udice moral pour la personne accueillie, en cas de manquement, il faut que celui-ci lui est causé un dommage et que celui-ci soit en lien avec une faute de l'établissement. Comme l'indiquait Marcel Planiol, la faute étant «un manquement à une obligation préexistante»[117], ici, le manquement serait la méconnaissance de l'obligation d'individualisation.

Certes, il s'agit d'une obligation légale, mais celle-ci concerne fondamentalement la personne. En cela, il est fort possible que la violation ait créée un dommage, et que la victime, la personne accueillie ait subit une atteinte, particulièrement morale.

115 Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme 116 D. Conseil constitutionnel, 94-343I344, 27 uillet 1994. publié au 0ournal officiel le 29 uillet 1994. 117 Traité élémentaire de droit civil, 1899.

Quelle conclusion pouvons-nous tirer de cette étude du pro et personnalisé?

Ce que nous avons pu comprendre, c'est surtout la volonté du législateur et du pouvoir réglementaire d'adopter une vision protectrice de la personne accueillie. Le pro et personnalisé est l'outil qui illustre la prise en considération des intérêts du résident d'un établissement social ou médico-social, et qui cherche à y valoriser sa voix. Le résident est perçu désormais comme un partenaire de la prise en charge et de l'accompagnement, et d'ailleurs comme le meilleur partenaire. L'outil contractuel a d'ailleurs été rendu obligatoire pour garantir cette nouvelle place à l'usager. Le législateur et le pouvoir réglementaire ont usé d'un langage uridique. Ils ont associé à ces outils de protection une nature uridique afin de leur donner la «force» (au sens uridique) d'être appliqués sur le terrain. De cette manière, les établissements sont liés par l'obligation d'édicter ces outils et de les adopter dans la vie institutionnelle. C'est le cas particulièrement pour le droit à l'individualisation, qui nous a intéressé tout au long de cette démonstration. Le pouvoir réglementaire a imposé qu'il soit formalisé par le biais contractuel, ce qui, il est certain, lui donne une force
uridique indéniable. Pour cause, il est sensé créer des obligations à la charge de l'établissement, dans le bénéfice de la personne accueillie. C'est une garantie très forte pour la personne accueillie, car le contrat devient le protecteur de ses intérêts et du respect de son identité.

Néanmoins, la nature uridique qui leur a été associée reste à un stade intentionnel. In fine, nous pouvons très vite nous apercevoir que ce qui est édicté par le droit, n'est en pratique pas ou peu réalisable. La nature contractuelle du pro et personnalisé ne peut être pleinement effective en établissement social ou médico-social, et ce, en raison même du contexte. Tout d'abord, les conditions de validité du contrat sont difficiles à compléter au vu des particularités de la personne accueillie et, surtout, de la probabilité d'un consentement qui n'est pas libre et éclairé voire d'une incapacité uridique. Ensuite, ce sont les exigences liées au lieu d'accueil qui compliquent l'exécution d'un contrat en établissement, puisque celui-ci est par nature collectif. L'exécution d'un contrat, individuel, se heurte à la dimension collective de l'accueil en établissement. Le pro et personnalisé a pour but de valoriser l'identité et les besoins personnels de chaque personne accueillie, mais, les intérêts collectifs ne peuvent être occultés. De plus, s'a outent à ces considérations uridiques, d'autres obstacles à la forme contractuelle du pro et personnalisé, tels que le risque du «résident-roi» et les éventuelles difficultés organisationnelles pour y répondre.

Le pro et personnalisé ne peut donc être un outil contractuel des établissements sociaux et médico-sociaux. Il ne peut permettre une personnalisation stricto sensu de toutes les prestations en établissement. Pour autant, il a le mérite d'avoir la volonté de s'en rapprocher, dans le sens où son existence permet de pallier au risque de comportements contraires à la singularité voire à la dignité de la personne accueillie. Il ne permet pas une personnalisation stricto sensu, mais met en évidence les attentes et besoins de chaque personne accueillie. Pour l'établissement, cela assure une meilleure compréhension de la personne, et permet d'adapter dans la

mesure du possible les moyens qu'il a à disposition, pour se rapprocher au plus des désirs et besoins de celle-ci. Pour la personne accueillie, c'est un outil d'expression, qui améliore son intégration et sa qualité de vie en établissement. Il valorise son identité, son individualité, dans un cadre qui, pourtant, est collectif. Le pro et personnalisé est donc un outil intermédiaire. Il se place entre deux polarités, il ne permet pas la personnalisation mais exclut la généralisation et standardisation de la prise en charge et de l'accompagnement.

Nous pouvons, très certainement, penser que son caractère obligatoire a pu améliorer les pratiques institutionnelles et le bien-être des résidents des établissements sociaux et médico-sociaux. Ainsi, à son entrée en établissement, chaque personne accueillie, saura qu'au delà d'être résidente d'un établissement, elle est aussi une personne avec ses particularités et son identité et que celles-ci y auront leur place.

Bibliographie

Codes

Code de l'Action Sociale et des Familles

Code Civil

Code de la Santé Publique

Ouvrages généraux

0-P Boutinet , *Anthropologie du projet*, Presses Universitaires de France, «Quadrige», 2012, 464p.

F. Chénédé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 1ère édition, 2016, Dalloz, 440p.

P. Chretien, N. Chifflot, M. Tourbe, *Droit administratif*, 15ème édition, 2016, Dalloz, Précis, 816p.

H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, 1ère édition, 2016, Dalloz, Cours, 614p.

Ouvrages spécialisés

Ouvrages juridiques

M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 9ème édition, 2015, L.G.D.0, Droit public, 740p.

M. Borgetto, M. Chauvière, *Qui gouverne le social?*, 2008, Dalloz, 284p.

R. 0anvier, Y. Matho, *Le droit des usagers*, 2013, Aide-mémoire, Dunod, 176p.

0-M Lhuillier, *La responsabilité civile, administrative et pénale dans les établissements et services sociaux et médicosociaux*, 4ème édition, 2006, Editions Ecole Nationale de Santé Publique, 450p.

0-M Lhuillier, *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médicosociaux, 4ème édition*, 2009, Presses de l'EHESP, 271p.

O. Poinsot, *Le droit des personnes accueillies ou accompagnées*, 2016, Les Etudes Hospitalières, 406p.

C. Taglione, *Contrat et contractualisation dans le champ éducatif, social et médicosocial*, 2013, Presses de l'EHESP , 144p.

Ouvrages professionnels

0ean-0acques Amyot, Annie Mollier, *Mettre en œuvre le projet de vie dans les établissements pour personnes âgées*, 2013, Dunod, Santé Social, 256p.

L. Barbe, *Une autre place pour les usagers? Intervenir dans le secteur social et médicosocial*, 2006, La Découverte, Collection Alternatives sociales, 204p.

G. Brandidas, M. Eleta, *Le projet personnalisé dans l'action sociale et médicosociale -conception, démarche et clinique*, 2015, L'Harmattan, 188p.

0. Defontaine, *La citoyenneté en institutions et services pour personnes âgées*, 2007, ERES, Collection Pratiques gérontologiques, 160p.

C. Delamarre, *Démence et projet de vie, accompagner les personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer ou apparentée*, 2015, Dunod, Santé Social, 240p.

B. Hervy, 0-L Schaff, R. Vercauteren, *Le projet de vie personnalisé des personnes âgés, Enjeux et méthodes*, 2010, ERES, Collection Pratiques gérontologiques, 176p.

R. 0anvier, Y. Matho, *Comprendre la participation des usagers dans les organisations sociales et médico-sociales*, 4ème édition, 2011, Dunod, Santé Social, 261p.

0-R Loubat, *Coordonner parcours et projets personnalisés en action sociale et médicosociale*, 2013, Dunod, Santé Social, 224p.

Articles

Doctrine juridique

M. Badel, «*La participation de l'usager*», RDSS 2004, p. 804.

L. Cluzel-Metayer, «*Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002*», RDSS 2012, p. 442.

D. Cristol, «*Le droit à la participation dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002*», RDSS 2012, p. 453.

D. Everaert-Dumont, «*Les droits des usagers des établissements sociaux et médicosociaux : quelle évolution*?», Dalloz Droit social, 2005, p. 311.

Y. Favier, «*Vulnérabilité et fragilité : réflexion autour du consentement des personnes âgées*», RDSS 2015, p. 702.

R. Lafore, «*Le «souci de l'usager» et les modes de gestion des établissements et services sociaux et médico-sociaux*», RDSS 2012, p. 466.

0-M Lhuillier, «*Le règlement de fonctionnement*», RDSS 2004, p. 79.

S. Moulay-Reloux, «*Le contrat avec l'usager : paradigme ou parasite de la relation d'aide?*», RDSS 2012, p. 5.

G. Rousset, «*Le droit à l'information de l'usager et du patient depuis les lois des 2 janvier et 4 mars 2002*», RDSS 2012, p. 431.

Articles professionnels

L. Barbe, «*Do you speak «Deumildeudeu»?*, Vie sociale et traitements n084, 2004, p. 18-23.

C. Gibo►ski, P. Balard, F. Le Duff, «*Le projet de vie individuel : une voie psychothérapique possible dans l'élaboration de l'effraction que peut constituer l'entrée en maison de retraite*» , Cliniques, 2013, volume n01, p. 198-209.

P. Guyot, conseiller technique CREAI Bourgogne, «*La nécessaire articulation entre le projet personnalisé et le contrat de séjour*» note publiée aux Cahiers de l'Actif, n0396-397, mai-uin 2009.

D. Keller, «*De l'usager de droit aux droits des usagers. La nécessaire (re)définition du projet institutionnel*», Vie sociale, 2006, p. 93-99.

M. Legros, «*Le médicosocial, une nouvelle frontière pour l'évaluation participative?*», Revue Informations sociales de la Caisse nationale d'allocation familiales, 2010, n0158, p. 52 à 58.

M. Rebourg, «*Admission en établissement et contrat de séjour : un droit perfectible*», Gérontologie et société, 2016, volume 38, n0150, p. 173-187.

P. Verdier, «*Le contrat de séjour estil un vrai contrat?*», 0ournal du droit des eunes, 2004, n0236, p. 36-43.

Rapports et recommandations

Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH), Avis sur le consentement des personnes vulnérables, publié au 0ORF n00158 du 10 uillet 2015.

Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH), Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées, 0ORF n00176 du 31 uillet 2013, texte n010.

Décision du Défenseur des Droits n0MSP-MLD I 2013-57, 2013, Recommandations relatives au respect des droits des personnes âgées vulnérables avant et pendant leur sé our en établissement spécialisé.

ANESM, Recommandations de bonnes pratiques professionnelles : *Concilier vie en collectivité et personnalisation de l'accueil et de l'accompagnement*, 2009. Disponible sur Internet : https:II►►►.has-sante.frIportailIuploadIdocsIapplicationIpdfI201803Ireco vie en collectivite anesm.pdf

ANESM, Recommandations de bonnes pratiques professionnelles : Les attentes de la personne et le pro et personnalisé, 2008. Disponible sur Internet : https:II►►►.has-sante.frIportailIuploadIdocsIapplicationIpdfI2018-03Ireco pro et.pdf

ANESM, Recommandations de bonnes pratiques professionnelles *: La bientraitance, définition et repères pour la mise en œuvre*, 2008. Disponible sur Internet : https:II►►►.has-sante.frIportailIuploadIdocsIapplicationIpdfI2018-03Ireco bientraitance.pdf

Rapport d'information sur la réforme de la loi du 30 uin 1975 relative aux institutions sociales et médicosociale, présenté par M. Pascal Terrasse, député à l'Assemblée Nationale, n0 2249.

Table des matières

Sommaire I

Introduction 1

PARTIE 1 : Le projet personnalisé outil de mise en œuvre du droit à l'individualisation de la prise en charge et de l'accompagnement 8

CHAPITRE 1 : Un droit à l'individualisation de la prise en charge et de l'accompagnement opposable ..... 9 **SECTION 1 : Un droit pour toute personne accueillie en établissement** ..... 9 §1. Un droit individuel, inhérent à la personne accueillie 10

A. Une volonté de considérer la personne accueillie comme un su et de droits «à part entière» 10

B. Un droit particulièrement subordonné à la volonté de la personne accueillie ..... 12 §2. Une participation individuelle valorisant l'identité personnelle ..... 14 A. Une prise en considération de la personne séparément de la collectivité 14

B. Une continuité de l'identité et de l'histoire de vie de la personne accueillie 15

SECTION 2 : Une obligation d'individualisation imposée à tout établissement social ou médico-social 17

§1. Une individualisation de la prise en charge et de l'accompagnement de la prise en charge et de l'accompagnement au caractère obligatoire 17

A. Une obligation explicitement évoquée dans la loi du 2 anvier 2002 18

B. Une obligation incarnée par l'outil du pro et personnalisé ..... 19 §2. Une exigence déterminante dans la qualité de la prise en charge et de l'accompagnement 20

A. Un lien évident avec la notion de bien-traitance 21

B. Un volet spécial de l'évaluation interne et externe de l'établissement 22

CHAPITRE 2 : Une mise en œuvre du projet personnalisé sous forme contractuelle 24

SECTION 1 : La personne accueillie comme partenaire de sa prise en charge et son accompagnement..... 24 §1. Une importance grandissante du consentement de la personne accueillie 25

A. Une obligation d'information préalable, à destination de la personne accueillie 25

B. Une recherche systématique et régulière du consentement ..... 27 §2. Un acte co-construit dans l'intérêt de la personne accueillie 28

A. Un travail d'individualisation par et surtout pour la personne accueillie 28

B. Une démarche de partenariat facilitant la liberté d'expression et la participation 30

SECTION 2 : Le contrat comme garant de l'effectivité du droit à l'individualisation ..... 32 §1. L'intégration du pro et personnalisé dans le contrat de sé our ..... 32 A. Le contrat de sé our, régisseur des rapports entre accueilli et accueillant 32

B. Une qualification réglementaire du pro et personnalisé ..... 34 §2. Une exécution du pro et personnalisé sous forme d'ob ectifs et de prestations adaptés et évolutifs ..... 35 A. Une possible admission d'une vie en établissement sur-mesure 36

B. Une évaluation voire une révision régulière du pro et personnalisé 38

PARTIE 2 : Le projet personnalisé un outil au régime juridique sui generis et spécifique au secteur social et médico-social 40

CHAPITRE 1 : Une nature contractuelle inadaptée à la relation entre personne accueillie et établissement 40

SECTION 1 : La personne accueillie une partie aux caractéristiques parfois incompatibles avec la notion de contrat 41

§1. Une partie au contrat possiblement vulnérable 41

A. Des interrogations quant à la validité du consentement de la personne accueillie 41

B. Une valorisation difficile des attentes et droits du public accueilli en établissement ..... 43 §2. Une qualité de cocontractant de la personne accueillie remise en cause ..... 45 A. Des doutes persistant sur la nature uridique du contrat de sé our 45

B. Une relation contractuelle entre établissement public et usager contredite 46

SECTION 2 : Une exécution contractuelle compliquée par la vie en établissement 48

§1. Une conciliation nécessaire entre personnalisation, moyens et impératifs de fonctionnement de l'établissement 49

A. Des règles de fonctionnement et de bien-vivre ensemble opposables aux personnes accueillies 49

B. Une exécution limitée par les moyens financiers et humains de l'établissement ..... 50 §2. Des risques d'exigences et demandes incompatibles avec la vie en établissement ..... 52 A. Une

exécution des demandes individuelles périlleuse pour les établissements 52

B. Une prédominance des intérêts individuels parfois contraires aux intérêts collectifs 53

CHAPITRE 2 : Une nature juridique particulière nécessairement adaptée au secteur social et médico-social..... 55

SECTION 1 : Une formalisation souple des attentes et besoins de la personne accueillie ..... 55 §1. Une liberté et une souplesse primordiales dans la formation et l'exécution du pro et personnalisé 56

A. Une hyper-formalisation contraire à la démarche de personnalisation 56

B. Une importante marge de manœuvre voulue par le législateur 57

§2. Un document reflétant l'engagement de l'établissement et des professionnels dans l'obligation d'individualisation 58

A. Un cadre éthique et déontologique trouvé dans la «norme» professionnelle 58
B. Un engagement moral de la part de tous les professionnels de l'établissement 60

SECTION 2 : Une justiciabilité relevant du régime légal des établissements sociaux et médico-sociaux 61

§1. Un acte ne pouvant faire grief en lui-même 61

A. Un contenu du pro et personnalisé non-opposable 62
B. Une valeur indicative du pro et personnalisé 63

§2. Une éventuelle responsabilité en raison d'un manquement aux obligations légales applicables à tout établissement social ou médico-social 64

A. L'engagement de la responsabilité de l'établissement en raison du non-respect d'une obligation légale .. 64
B. Le non-respect de l'obligation d'individualisation pré udiciable à la personne accueillie 65

Conclusion..... 67
Bibliographie II
Table des matières .....

Résumé

Depuis 2002, les établissements sociaux et médico-sociaux ont pour obligation d'individualiser la prise en charge et l'accompagnement de chaque personne qu'ils accueillent. C'est une obligation qui suscite de nombreuses interrogations, interrogations particulièrement sur sa mise en œuvre. Le pro et personnalisé est l'outil obligatoire qui lui est associé, et qui assure son effectivité sur le terrain. Il permet l'expression des attentes et besoins personnels de la personne accueillie et de formaliser les réponses qui peuvent être apportées par l'établissement pour s'en rapprocher. C'est la possibilité pour la personne accueillie de voir ses envies et besoins valorisés et respectés dans le cadre institutionnel. Son caractère obligatoire et le fait qu'il soit formalisé poussent le uriste à examiner sa nature, et plus largement sa valeur uridique. Se pose la question de savoir si une individualisation de la vie en établissement est réellement envisageable, dans un contexte par nature collectif? Si tel est le cas, les ob ectifs et les prestations individualisés qui résultent de la démarche de pro et personnalisé, obligent-ils contractuellement les établissements à leur respect? L'expression de l'usager sur ses attentes et besoins personnels lie t-elle ainsi l'établissement?

Mots clés : Pro et personnalisé -Pro et de vie -Loi du 2 anvier 2002 -Obligation d'individualisation -Droits des usagers -Établissement social et médico-social -Prise en charge et accompagnement - Contrat de sé our - Règlement de fonctionnement - Participation de la personne accueillie -Consentement -Vie en établissement -Attentes et besoins -Singularité - Valorisation
- Droit au respect de la dignité - Nature uridique - Responsabilité des établissements