



Université de Rennes 1 Faculté de Droit et de Science Politique  
École des Hautes Études en Santé Publique (EHESP)

MASTER 2 droit de la santé  
parcours Droit et éthique des établissements sociaux et médico-sociaux

**LES LANCEURS D'ALERTE DU SECTEUR SOCIAL ET  
MEDICO-SOCIAL ET LA LUTTE CONTRE LA MALTRAITANCE**

Ophélie GUILLERME

Soutenu publiquement en septembre 2019

**Jury :**

- **Monsieur DEDESSUS-LE-MOUSTIER Gilles**, Maître de conférences à la Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université de Rennes 1
- **Monsieur LE DEUN Fernand**, Professeur à l'École des Hautes Études en Santé Publique, Responsable de la Formation des Directeurs d'établissement sanitaire, social et médico-social

« La Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université de Rennes 1 et l'École des Hautes Études en Santé Publique n'entend donner aucune approbation ni improbation aux propos qui demeurent propres à leurs auteurs ».

## Remerciements

Je tiens à remercier l'ensemble des professionnels qui m'ont accueilli et accompagné au cours de mes stages. Je les remercie pour leur confiance, leur partage, leur écoute, mais surtout pour m'avoir permis de réaliser des stages aussi passionnants qu'enrichissants.

Je remercie Monsieur DEDESSUS-LE-MOUSTIER pour l'accompagnement apporté tout au long de la rédaction de ce mémoire.

Un grand merci à mes parents pour le cadre de vie qu'ils m'ont offert plus que porteur, pour leur confiance et leur soutien indéfectible ces cinq dernières années. À mon frère et ma sœur pour ce qu'ils sont, qu'ils ne changent pas.

Enfin je tiens à remercier la personne qui m'est la plus chère pour tout le bonheur apporté ces dernières années et qui malgré toutes les difficultés rencontrées a toujours été présente, su me conseiller et m'encourager.

# Sommaire

## **Partie 1 : L'importance du rôle des lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social dans la lutte contre la maltraitance**

Chapitre 1 : L'alerte : instrument moderne de lutte contre la maltraitance

Chapitre 2 : La prévention de la maltraitance par un travail collaboratif

## **Partie 2 : La protection nécessaire des lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social au regard de l'objectif de lutte contre la maltraitance**

Chapitre 1 : L'émergence progressive d'une protection des lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social

Chapitre 2 : Une protection des lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social à perfectionner

## Liste des abréviations

AJDA : Actualités Juridiques Droit Administratif

AMP : Aide médico-psychologique

ANESM : Agence nationale de l'évaluation et de la qualité

ARS : Agence régionale de santé

ASH : Actualités sociales hebdomadaires

ASV : Adaptation de la société au vieillissement

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

CASF : Code de l'action sociale et des familles

CDU : Commission des usagers

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CGLPL : Contrôleur(e) général(e) des lieux de privation de liberté

Ch. Soc. : Chambre sociale

CPOM : Contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens

CSE : Comité social et économique

CVS : Conseil de la vie sociale

DDASS : Direction départementale des affaires sanitaires et sociales

EHPAD : Etablissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes

EIGS : Evénements indésirables graves

ESSMS : Etablissement(s) et service(s) social(aux) et médico-social(aux)

HAS : Haute autorité de santé

IGAS : Inspection générale des affaires sociales

IME : Institut médico-éducatif

ISSMS : Institution et service social et médico-social

MECSS : Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale

ONU : Organisation des Nations Unies

RDSS : Revue de droit sanitaire et social

TGI : Tribunal de grande instance

TSA : Travail social actualité

UNAPEI : Union nationale des associations de parents, de personnes handicapées mentales et de leurs amis



# Introduction

Rosa Parks a dit « vous ne devez jamais avoir peur de ce que vous faites quand vous faites ce qui est juste », cette femme au courage indéniable a osé, malgré les risques encourus, défier la loi en refusant de céder sa place à un passager blanc dans un autobus le premier décembre 1955 à Montgomery en Alabama. En faisant cela elle contribua à dire « non » à des lois ségrégationnistes.

Ces quelques mots trouvent encore aujourd'hui une résonance particulière à travers celles et ceux qui ont le courage de prendre la parole pour mettre en lumière les dysfonctionnements des organisations publiques et privées conduisant à un certain nombre d'illégalités, d'actes contraires à la morale ou encore à une remise en cause des droits fondamentaux. Délateurs pour certains, vigies citoyennes pour d'autres, ces personnes, plus communément connues sous le terme de « lanceurs d'alerte »<sup>1</sup> jouent un rôle central dans notre société afin d'en garantir la transparence et préserver les droits de tout un chacun.

La notion de lanceur d'alerte est apparue progressivement en France avant d'acquérir au cours du XXI<sup>e</sup> siècle une certaine notoriété, parfois de manière excessive, comme le souligne Danièle LOCHAK qui affirme « qu'il ne faut pas sous-estimer l'effet de mode qui conduit à labelliser comme « alerte éthique » toute forme de rébellion ou de contestation ».<sup>2</sup>

Pendant de nombreuses années la définition donnée au lancement d'alerte et sa déclinaison plus commune de lanceur d'alerte, n'a su faire l'objet d'aucun consensus. Certains auteurs ont considéré que cette notion était une transposition du terme anglo-saxon de « whistleblowing » littéralement « souffler dans le sifflet » apparu aux États-Unis dans les années 1970 dans le cadre de la défense du citoyen contre les lobbies<sup>3</sup>. Or, même si ces deux notions ont tendances aujourd'hui à se rapprocher, « le concept de lanceur d'alerte vise surtout l'anticipation d'un risque, qu'il s'agit d'éviter en réagissant à des signes précurseurs, alors que

---

<sup>1</sup> Terme apparu en France sous la plume de F. CHATEAURAYNAUD, D. TORNY, Les Sombres précurseurs : Une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque, Paris, Editions de l'EHESS, 1999

<sup>2</sup> D. LOCHAK « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance » Revue AJDA numéro 39, 24 novembre 2014, p. 2236 - 2241

<sup>3</sup> R. Nader, Petkas and Blackwell, Whistleblowing (1972) : whistleblowing is « an act of a man or woman who believing that the public interest overrides the interest of the organization he serves, blows the whistle that the organization is in corrupt, illegal, fraudulent, or harmful activity » vu dans la Revue AJDA numéro 39, 24 novembre 2014, p. 2243 Nicole Marie Meyer « Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débat dans le monde

le « whistleblowing » désigne plutôt l'acte d'un justicier qui révèle des abus de pouvoir ou remet en cause le fonctionnement déviant d'un système »<sup>4</sup>.

L'histoire de France et notamment l'époque vichyste contribue à expliquer la réticence culturelle de la société française à définir et reconnaître un statut aux lanceurs d'alerte, ceux-ci étant assimilés aux délateurs, qui pendant l'occupation, informaient l'occupant de la présence de juifs ou de réseaux de résistants<sup>5</sup>. Néanmoins comme le souligne le Conseil d'Etat dans son étude adoptée en février 2016 le lanceur d'alerte n'est « ni un dissident, qui s'opposerait radicalement à une collectivité, ni un partisan de la désobéissance civile, qui revendiquerait une « contre-légitimité ». Il n'est pas non plus un délateur ou un sycophante, qui agirait dans son intérêt personnel, ni un calomniateur, qui chercherait à nuire ou à jeter l'opprobre »<sup>6</sup>.

Ce n'est qu'à la suite de graves crises notamment sanitaires et environnementales dans les années 1990<sup>7</sup> que la France, et plus particulièrement la communauté scientifique, va s'intéresser à ces femmes et ces hommes qui osent prendre la parole pour alerter les citoyens d'un danger, d'un risque, l'idée n'étant pas de dénoncer mais d'informer sur les risques encourus afin d'y remédier.

C'est ainsi que la France va se doter en avril 2013 avec la loi Blandin de sa première définition légale du lanceur d'alerte qui se limitera au seul champ environnemental et sanitaire<sup>8</sup> : « Toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement »<sup>9</sup>. Néanmoins cette définition est jugée trop

---

<sup>4</sup> Francis CHATEAURAYNAUD, « Lanceur d'alerte », in CASILLO I. avec BARBIER R., BLONDIAUX L., CHATEAURAYNAUD F., FOURNIAU J-M., LEFEBVRE R., NEVEU C. et SALLES D. (dir.), Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation, Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013, ISSN : 2268-5863. URL : <http://www.dicopart.fr/it/dico/lanceur-dalerte>.

<sup>5</sup> Meyer N.-M, l'alerte éthique ou Whistleblowing en France, TI France, janvier 2013 « loin d'être un héros, le dénonciateur ne suscite instinctivement que dégoût, parce que la différence entre « lanceur d'alerte » (intérêt général) et délateur (profit personnel) n'a été ni clairement, ni officiellement établie. En 2007 un haut-fonctionnaire n'assimilait-il pas encore publiquement l'alerte, « gangrène des rapports sociaux » et « lit du populisme », à la dénonciation nazie ? ».

<sup>6</sup> Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, étude adoptée le 25 fév. 2016 par l'assemblée générale du Conseil d'Etat

<sup>7</sup> Amiante, affaire du sang contaminé, crise de la vache folle, Tchernobyl, entrée des organismes génétiquement modifiés en Europe...

<sup>8</sup> La loi du 16 avril 2013 n°2013-316 dite loi Blandin n'est pas la première loi adoptée en matière de lancement d'alerte, depuis 2007 (loi du 13 novembre 2007 n°1598 relative à la lutte contre la corruption) pas moins de 5 lois ont été promulgués, créant, encadrant et facilitant le signalement d'alertes éthiques, cependant seule la loi Blandin nous donne une définition du lanceur d'alerte.

<sup>9</sup> Article 1 loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte



restrictive car elle ne concerne que le seul domaine de la santé publique et de l'environnement, ainsi la sénatrice N. GOULET déclarera dans sa proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur la protection accordée aux lanceurs d'alerte qu' « il faut envisager la création d'un statut général du lanceur d'alerte » afin de « renforcer, unifier, globaliser ce dispositif législatif car l'amoncellement de textes et leur éparpillement dans différents codes nuisent à l'efficacité du dispositif »<sup>10</sup>.

Par conséquent pour remédier à ce seul champ d'application et dans un souci de moralisation de la vie publique la loi Sapin II promulguée le 9 décembre 2016 prévoit en son article 6 une définition générale du lanceur d'alerte : « Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance »<sup>11</sup>. Pour arriver à cette définition globale le législateur français s'est inspiré de la définition donnée par le Conseil de l'Europe dans sa recommandation de 2014, selon cette définition est lanceur d'alerte « toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé »<sup>12</sup>.

Cette consécration législative marque un tournant important dans l'histoire des lanceurs d'alerte, puisqu'en les reconnaissant le législateur consacre l'importance du rôle joué par toutes ces personnes qui ont parfois été jusqu'à sacrifier leur vie, leur carrière, leur famille pour défendre les intérêts de notre société sans avoir obtenu la reconnaissance méritée. Tel est le cas des lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social qui prennent la parole avec pour objectif de mettre fin à des situations conduisant à de la maltraitance au sein de structures ou de services qui accueillent ou prennent en charge des personnes en situation de vulnérabilité que ce soit lié à l'âge ou à un handicap.

---

<sup>10</sup> Proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur la protection accordée aux lanceurs d'alerte, présentée par Mme Nathalie GOULET, sénateur, enregistré à la présidence du sénat le 26 octobre 2015

<sup>11</sup> Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et la modernisation de vie économique (chapitre II de la protection des lanceurs d'alerte, art. 6-16).

<sup>12</sup> Conseil de l'Europe/ Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres, 30 avril 2014 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2188939&Site=CM>

Le terme « maltraitance » est apparu en France dans les années 1980 dans le cadre de travaux sur les enfants maltraités puis étendu au cours des années 1990 pour qualifier les situations dont pouvaient être victimes les personnes âgées et les personnes handicapées. En 1987, le Conseil de l'Europe définit la maltraitance comme une violence se caractérisant par « tout acte ou omission commis par une personne, s'il porte atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle ou psychique ou à la liberté d'une autre personne ou compromet gravement le développement de sa personnalité et/ou nuit à sa sécurité financière »<sup>13</sup>. Malgré la définition proposée le concept de maltraitance ne fait pas encore aujourd'hui l'objet d'une définition précise et consensuelle. L'UNAPEI dans son livre blanc de 2000 explique cela de la manière suivante « À chaque fois, lors de la recherche de la définition la plus précise et utilisable, se pose la question des critères (ce qui est maltraitance de ce qui ne l'est pas), du seuil (la limite en deçà de laquelle il ne s'agit pas de maltraitance), de l'intentionnalité (on ne prendrait en compte que les maltraitements volontaires, avec volonté de nuire ou de négliger), des effets sur la personne de toute attitude même involontaire mais qui aurait des effets négatifs à plus ou moins brève échéance... »<sup>14</sup>, tous ces éléments soulignent la complexité à définir cette notion.

La maltraitance n'est pas une notion juridique, si l'on se tourne vers le code pénal cette notion n'y figure pas. Il n'existe pas dans le code pénal d'infraction de maltraitance, celle-ci étant reconnue par ce même code à travers un certain nombre d'actes qualifiés d'infraction pouvant être assimilés à de la maltraitance. Le Conseil de l'Europe en 1992 a complété sa définition donnée en 1987 par une classification des actes de maltraitance selon plusieurs catégories. Il s'avère que la plupart des actes classés dans les diverses catégories font l'objet d'une répression pénale par la législation française, comme par exemple la violence physique<sup>15</sup>, l'injure<sup>16</sup> ou encore le vol<sup>17</sup>, pour ne citer qu'eux. Le ministère de la santé et des solidarités a rappelé en 2015<sup>18</sup> que la maltraitance se caractérise dans des contextes particuliers dans lesquels « ils existent une dissymétrie entre la victime et l'auteur, un rapport de dépendance de la victime à l'égard de l'auteur, un abus de pouvoir du fait de la vulnérabilité de la victime, ou une

---

<sup>13</sup> Conseil de l'Europe 1987 rapport « Violences contre les personnes âgées au sein de la famille », définition reprise par le ministère des solidarités et de la santé : <https://solidarites-sante.gouv.fr/affaires-sociales/personnes-agees/maltraitance-des-personnes-vulnerables/article/orientations-prioritaires-de-la-politique-nationale> (consulté le 18/02/2019)

<sup>14</sup> « Maltraitements des personnes handicapées mentales dans la famille, les institutions, la société : Prévenir, repérer, agir ». Livre blanc de l'UNAPEI, juillet 2000

<sup>15</sup> Article 222-7 et suivant du code pénal

<sup>16</sup> Article R621-2 du code pénal

<sup>17</sup> Article 311-1 du code pénal

<sup>18</sup> Ministère des solidarités et de la santé « orientations prioritaires de la politique nationale » publié le 23.01.2015 mis à jour le 17.12.2015 <https://solidarites-sante.gouv.fr/affaires-sociales/personnes-agees/maltraitance-des-personnes-vulnerables/article/orientations-prioritaires-de-la-politique-nationale> site web consulté le 21.02.2019

répétition des actes de maltraitance », ces contextes étant indépendants les uns des autres. En dehors de ces situations, les violences commises à l'égard d'une personne constituent un délit passible des sanctions pénales prévues mais ne relèvent pas d'une problématique de maltraitance. La notion de maltraitance est ainsi appréhendée par le droit pénal par l'intermédiaire du concept de vulnérabilité. A travers ce terme, les peines attachées à certaines infractions ont été aggravées si ces infractions ont lieu envers des personnes qualifiées par le droit de vulnérables.

La maltraitance des personnes vulnérables du fait de leur âge ou de leur handicap a longtemps été un phénomène sous-estimé et tabou. Depuis quelques années celle-ci fait l'objet de toutes les attentions comme en témoigne la création en 2007 de l'ANESM qui avait pour objectif de développer une culture de la bientraitance au sein des établissements et services qui accueillent des personnes vulnérables. La mise en place en 2008 du numéro 3977 qui offre une « écoute téléphonique spécialisée à disposition de tous, particuliers comme professionnels, en vue d'alerter sur une situation de maltraitance ou de risque de maltraitance ». Plus récemment a été mis en place une commission de promotion de la bientraitance et de lutte contre la maltraitance qui a pour objectif de proposer des mesures de protection en direction des personnes vulnérables en raison de leur âge ou d'un handicap.

En raison de la vulnérabilité des personnes accompagnées, le secteur social et médico-social est malheureusement propice au développement d'actes de maltraitance que cela soit à domicile ou dans les structures d'accueil. Ainsi face à des conditions de prise en charge parfois inadaptées pouvant conduire à des situations de maltraitance, on a vu émerger à la fin du XX - ème siècle – début XXI -ème siècle des lanceurs d'alerte spécifiques à ces secteurs qui face à des situations insoutenables ont fait le choix de briser l'omerta. La plus connue d'entre eux est sans aucun doute Céline BOUSSIÉ qui, en 2013 dénonça des actes de maltraitance institutionnelle<sup>19</sup> envers des enfants, des adolescents et des jeunes adultes polyhandicapés accueillis dans un institut médico-éducatif où elle exerçait les fonctions d'aide médico-psychologique<sup>20</sup>. Ces révélations lui coûteront comme à d'autres avant elle sa carrière

---

<sup>19</sup> Cette notion de maltraitance institutionnelle a été présentée pour la première fois par Stanislaw TOMKIEWICZ et Pascal VIVET sous le terme de « violence institutionnelle » lors du quatrième Congrès international des enfants maltraités et négligés. Selon S. TOMKIEWICZ la violence institutionnelle se caractérise par « toute action commise dans ou par une institution, ou toute absence d'action qui cause à l'enfant une souffrance physique ou psychologique inutile et/ ou qui entrave son évolution ultérieure », bien évidemment cette définition ne s'arrête pas aux seuls enfants, et est également applicable à toute personne en situation de vulnérabilité accueillie dans une institution chargée de son accompagnement.

<sup>20</sup> Céline BOUSSIE « Les enfants du silence » paru chez Harper Collins le 13 février 2019

professionnelle, mais aussi des poursuites judiciaires pour diffamation. Le 29 avril 2016 une aide-soignante d'un EHPAD avait dénoncé des actes de maltraitance sur une résidente de 93 ans, à la suite de ces révélations elle fut licenciée alors que celle-ci travaillait depuis six ans et demi dans cet établissement. Fin 2018, après la diffusion d'un reportage consacré aux EHPAD, il a été mis fin à la période d'essai d'une aide-soignante, alors employée au sein d'un hôpital privé, après que celle-ci ait témoigné, lors du reportage, d'un manque de moyens et de personnels conduisant à de la maltraitance au sein d'un EHPAD où elle avait travaillé par le passé.

Toutes ces affaires mettent en évidence un profond malaise, alors même que ces professionnels ne font que leur devoir imposé notamment par la loi et plus particulièrement par le code pénal, comme en témoigne l'article 223-6 « Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours », ceux-ci font l'objet de sanctions qui ont des répercussions non seulement professionnelles mais aussi personnelles.

Dans ces affaires, il s'agissait principalement de révélations réalisées par des professionnels. Or, les lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social ne sont pas seulement des salariés opérant dans des structures ou des services à domicile mais toute personne physique qui a personnellement connaissance de faits répréhensibles. Ainsi peuvent se voir reconnaître le statut de lanceur d'alerte, la personne accompagnée qui subit elle-même les violences, un membre de la famille de la personne accompagnée, mais aussi toute personne extérieure à la structure ou au service qui a pu avoir connaissance d'actes de maltraitance. Ces personnes, non salariées, ne peuvent donc pas faire l'objet de sanctions professionnelles si elles dénoncent des faits de maltraitements, cependant après de telles dénonciations celles-ci peuvent faire l'objet d'intimidation, comme par exemple du chantage à la place, c'est-à-dire que la personne prise en charge sera renvoyée de la structure d'accueil ou rayée de la liste des personnes à accompagner à domicile.

Dans ces circonstances et malgré l'enjeu de telles révélations, beaucoup de personnes n'osent pas parler par peur des conséquences. Ainsi se pose la question de savoir si au sein du

secteur social et médico-social la protection accordée aux lanceurs d'alerte est suffisamment efficace au regard de l'objectif de lutte contre la maltraitance poursuivi ?

Depuis les années 2000, l'Etat qui est le garant de la protection des personnes vulnérables poursuit une politique active de lutte contre la maltraitance. L'un des axes de cette politique est de faciliter le signalement des faits de maltraitance. A cette fin, à l'occasion de la proposition de loi relative à la lutte contre les discriminations du 13 septembre 2000<sup>21</sup> deux amendements<sup>22</sup> visant à protéger les salariés des ESSMS ayant témoigné de mauvais traitements ou de privations infligés à une personne accueillie ont été présentés. A cette occasion Mme Martine AUBRY ministre de l'emploi et de la solidarité de l'époque affirmera : « Le Gouvernement est très favorable à l'amendement puisqu'il s'agit de protéger les salariés signalant de mauvais traitements en institution ». M. Philippe VUILQUE, rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales ayant rappelé « qu'aujourd'hui des personnes travaillant dans les institutions sociales et médico-sociales sont sanctionnées dans le déroulement de leur carrière, voire licenciées, pour avoir dénoncé des faits de maltraitance, comme la loi leur en fait obligation ».

La question de la protection des salariés travaillant dans des institutions et services sociaux et médico-sociaux est donc corollairement liée au combat mené par le gouvernement visant à lutter contre la maltraitance. Ainsi l'article L315-14-1 CASF devenu à l'occasion de la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 l'article L.313-24 du CASF, toujours en vigueur aujourd'hui, protège les salariés et agents de toutes mesures défavorables dans le cas où ceux-ci auraient témoigné ou relaté de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie. Malgré la protection issue de l'article L.313-24, l'évolution du statut reconnu aux lanceurs d'alerte apportée par la loi Sapin II et la jurisprudence récente en faveur des professionnels qui alertent<sup>23</sup>, ceux-ci ont toujours autant de réticence à dénoncer. Quant aux résidents et leur famille, ils ne bénéficient, encore aujourd'hui, d'aucunes mesures leur assurant une quelconque protection.

Ainsi, face à un tel enjeu de lutte contre la maltraitance nous aborderons dans une première partie l'importance du rôle joué par les lanceurs d'alerte du secteur social et médico-

---

<sup>21</sup> Proposition de loi de M. Jean Le Garrec relative à la lutte contre les discriminations, n°2566, déposée le 13 septembre 2000

<sup>22</sup> Amendement N°8 et N°20

<sup>23</sup> Voir notamment Cass., Soc., 26 sept. 2007, n° 06-40039 et TGI Toulouse, 21 novembre 2017, n°4363/17

social dans cette lutte (Partie 1), puis dans une seconde partie, la nécessité de leur accorder une protection adéquate au regard de l'objectif de lutte contre la maltraitance poursuivi (Partie 2).

## **Partie 1 : L'importance du rôle des lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social dans la lutte contre la maltraitance**

Il est malheureusement de plus en plus fréquent de lire dans les journaux ou d'entendre à la radio ou à la télévision l'existence de cas de maltraitance au sein de certains établissements ou services relevant du secteur social et médico-social, non pas que le nombre de ces cas soit plus important que par le passé, mais tout simplement du fait que depuis quelques années les langues se délient plus facilement, la maltraitance n'étant plus considérée comme un sujet tabou, mais plutôt comme un phénomène qu'il est nécessaire de faire disparaître.

Cette vision portée sur la maltraitance par la société a notamment évolué grâce à l'émergence de lanceurs d'alerte dans ces secteurs qui, à de nombreuses reprises ont suscité l'émoi par la révélation de nombreux faits abjects par le biais d'un seul et unique moyen : l'alerte. Moyen à la portée de toutes personnes, l'alerte a aujourd'hui acquis ses lettres de noblesse dans la lutte contre la maltraitance, celle-ci pouvant aussi bien servir à prévenir les faits ou omissions à l'origine de la maltraitance, qu'à les annihiler (chapitre 1). Le lancement d'alerte par les lanceurs d'alerte ne suffisant pas à lui seul pour faire disparaître tout risque de maltraitance, il est apparu nécessaire que l'ensemble des acteurs du secteur social et médico-social collaborent afin de prévenir la survenance d'un tel risque (chapitre 2).

### **Chapitre 1 : L'alerte : instrument moderne de lutte contre la maltraitance**

La lutte contre la maltraitance est au cœur, depuis maintenant plusieurs années, des réformes successives menées au sein du secteur social et médico-social. Afin d'endiguer ce phénomène les diverses politiques se sont appuyées sur le développement d'une vigilance accrue face aux risques de maltraitance qui passe notamment par une sensibilisation de l'ensemble des acteurs. C'est dans ce cadre que l'on a vu apparaître des lanceurs d'alerte qui ont fait de la lutte contre la maltraitance leur combat (Section 1) avec l'espoir que les faits signalés fassent l'objet d'un traitement attentif pour que, plus jamais, de telles situations ne se reproduisent (Section 2).

## **Section 1 : La lutte contre la maltraitance : origine de la naissance des lanceurs d’alerte du secteur social et médico-social**

La lutte contre la maltraitance des personnes vulnérables constitue pour l’ensemble des ESSMS qu’il soit privé (à but lucratif ou non lucratif) ou public un enjeu primordial au regard des politiques menées par les gouvernements successifs contre ce phénomène (§1). Ainsi, face à un tel enjeu le rôle joué par les lanceurs d’alerte dans cette lutte a été consacré (§2).

### **§1 : La lutte contre la maltraitance, un enjeu primordial pour l’ensemble des ESSMS**

La maltraitance, quelle que soit sa forme, porte gravement atteinte à la dignité des personnes accompagnées. Par conséquent, en luttant contre ce phénomène il s’agit de préserver ce droit (A), qui lorsque celui-ci n’est pas respecté fait éclore au sein des structures et services d’accompagnement les consciences d’hommes et de femmes prêts à briser le silence pour alerter sur les faits perpétrés (B).

#### **A) Le respect de la dignité humaine, fondement de la lutte contre la maltraitance**

Le principe de la dignité humaine est un des grands principes de notre droit, consacré au niveau international et européen par différents instruments juridiques. Celui-ci a fait l’objet en 1994 d’une inscription dans le code civil<sup>24</sup> avant d’être consacré comme principe à valeur constitutionnelle par le Conseil Constitutionnel à l’occasion de sa décision Bioéthique du 27 juillet 1994<sup>25</sup>. Ce droit à la dignité humaine est un droit absolu, inaliénable et intrinsèque à toute personne humaine quelle que soit sa condition. Mais c’est aussi et surtout un principe « matriciel »<sup>26</sup> duquel va émaner un certain nombre d’autres droits.

Ce principe, tel qu’il existe dans notre droit trouve encore plus à s’appliquer au sein des ESSMS qui prennent en charge des personnes vulnérables dont l’autonomie peut être gravement diminuée. La lutte contre la maltraitance des personnes fragiles engagée depuis le début des années 2000 par les pouvoirs publics se traduit notamment par la volonté de promouvoir le respect de la dignité humaine au cœur de ces établissements, cette promotion passant

---

<sup>24</sup> Article 16 du Code Civil « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie »

<sup>25</sup> Conseil Constitutionnel Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994

<sup>26</sup> « Chapitre 1 – Le respect de la dignité humaine », Droit de la santé. Sous la direction de Laude Anne, Mathieu Bertrand, Tabuteau Didier. Presses Universitaires de France, 2012, pp. 573-579.



nécessairement par la reconnaissance de droits aux personnes accompagnées. Ce n'est pas parce qu'une personne est, ou devient dépendante, qu'elle perd en faculté, que sa dignité et les droits qui y sont attachés disparaissent. Celle-ci reste un sujet de droit comme l'a rappelé Madame DEVANDAS-AGUILA, rapporteuse spéciale de l'ONU pour le droit des personnes handicapées : « Les personnes en situation de handicap sont des sujets de droit, il convient de cesser de les considérer comme des sujets de soins », ces paroles ainsi prononcées ayant vocation à s'appliquer à toute personne en perte de dépendance. L'un des enjeux pour de tels établissements et services est de préserver cette dignité, hautement protégée et rappelée à l'article L311-3 du CASF, face notamment à des risques élevés de maltraitance. Conscient de cet enjeu le législateur a rappelé à l'occasion de l'adoption de loi du 2 janvier 2002 que « l'action sociale et médico-sociale est conduite dans le respect de l'égalité de tous les êtres humains avec l'objectif de répondre de façon adaptée aux besoins de chacun en garantissant un accès équitable sur l'ensemble du territoire »<sup>27</sup>. A cette fin ont été promulgués sept droits recroisant le droit des malades auxquels ont été attachés sept outils visant à garantir leur effectivité dont la charte des droits et libertés de la personne accueillie qui rappelle ce droit à la dignité.

L'une des difficultés est de savoir ce qui va porter ou non atteinte à la dignité d'une personne, chaque personne ayant sa propre conception de la dignité ; ainsi par exemple pour certaines personnes le manger-main développé dans plusieurs établissements porte atteinte à la dignité des personnes accueillies, ceux-ci considérant que cela revient à de l'infantilisation, alors même que ce procédé a été développé pour maintenir une certaine autonomie de la personne accueillie, l'autonomie étant un enjeu fondamental de la dignité. Il est judicieux d'observer que « la dignité est rarement définie en termes positifs mais d'avantage sous forme négative ». Cela s'explique par le fait que « l'expérience de la perte de dignité, lorsque celle-ci est bafouée, est souvent bien plus facile à reconnaître ou à constater que celle de son respect »<sup>28</sup>.

Ainsi face à des actes répréhensibles susceptibles de porter atteinte à la dignité de la personne accompagnée, des personnes vont, au nom de la valeur suprême de ce principe, oser

---

<sup>27</sup> Article 1 Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale et qui figure aujourd'hui à l'article L116-2 CASF

<sup>28</sup> Michèle Clément, Éric Gagnon et Marie-Hélène Deshaies, « Dignité et indignité de l'hébergement institutionnel », Éthique publique [En ligne], vol. 10, n° 2 | 2008,

prendre la parole pour dénoncer de tels actes, signe d'un dysfonctionnement de la structure ou du service supposé garant de ce droit.

### **B) Les lanceurs d'alerte : les « mauvaises consciences » des ESSMS**

Les établissements et services sociaux et médico-sociaux sont des lieux particuliers puisqu'il s'agit avant toute autre chose de lieux de vie où vont être accueillies des personnes en situation de vulnérabilité prises en charge par des professionnels chargés de leur apporter tout le confort et les soins nécessaires.

Lorsqu'au sein de telles structures apparaissent des lanceurs d'alerte ceci est malheureusement le signe que tout ne fonctionne pas normalement. Ainsi, les dysfonctionnements constatés ne risquent pas seulement de porter atteinte aux salariés mais risquent également de porter atteinte de manière grave aux droits et aux libertés des personnes accompagnées et plus particulièrement à leur dignité. En effet, dans la majorité des cas il s'agit de problèmes (sous-effectif, équipements non mis aux normes de sécurité, manque de formation des professionnels...) entraînant un risque de maltraitance.

En principe, lorsqu'un dysfonctionnement ou un acte de maltraitance « isolé » est constaté, la personne en avertie la direction puis les autorités administratives ou judiciaires compétentes afin que les dispositions nécessaires pour y remédier soient prises dans les plus brefs délais. Néanmoins, il peut arriver que malgré les alertes lancées aucune mesure ne soit prise pour remédier à la situation constatée, ainsi toute personne qui a connaissance de faits répréhensibles (salariés, personnes accompagnées, membres des familles...) et souhaite que ceux-ci ne restent pas sous silence, va endosser le rôle de lanceur d'alerte, notamment auprès de l'opinion publique, avec pour unique ambition de faire cesser la situation. Il convient de faire remarquer que lorsqu'une personne endosse ce rôle, c'est rarement pour des faits de maltraitances « isolés », c'est-à-dire commis par une seule personne, mais plus particulièrement pour des problèmes de fonctionnement organisationnel ou structurel de l'établissement ou du service.

Cela s'explique par le fait que pour beaucoup de personnes, notamment les salariés qui prennent en charge les résidents des ESSMS, qu'il n'est pas possible de fermer les yeux face à des situations de maltraitance. C'est pourquoi il est souvent décrié dans le secteur social et médico-social un manque de moyen donné aux établissements et services de ces secteurs et parfois de volonté des directions et gestionnaires pour remédier à de telles situations, comme en témoigne la grève menée en 2017 pendant 117 jours par des aides-soignantes d'un EHPAD

à Foucherans afin de réclamer plus d'effectifs pour s'occuper avec respect des personnes âgées<sup>29</sup>.

C'est donc face à des faits graves de maltraitance et à l'inactivité de la direction de l'établissement ou du service, des organismes gestionnaires et des autorités de contrôle et de tarification, que des professionnels, des usagers ou des membres de leur famille vont se faire les consciences de ces établissements et services en ne laissant pas passer sous silence les faits commis.

L'existence des lanceurs d'alerte au sein des ESSMS est, comme nous l'avons vu plus haut, l'un des symptômes que tout ne va pas bien. Ainsi, face à des affaires de plus en plus médiatisées et à l'importance accordée par le gouvernement ces dernières années à la lutte contre la maltraitance, il est apparu logique que soit consacré au sein du secteur social et médico-social un statut de lanceur d'alerte aux personnes prêtes à se sacrifier elle-même pour défendre les droits et libertés de personnes qui ne peuvent le faire seule.

## **§2 : La consécration du rôle des lanceurs d'alerte dans la lutte contre la maltraitance**

Longtemps considérés comme des délateurs, les lanceurs d'alerte connaissent aujourd'hui une certaine notoriété, notamment liée à l'évolution des perceptions de notre société. Ainsi ces dernières années il n'est pas rare que la justice ait reconnu progressivement ce statut à des personnes qui ont osé briser le silence dans divers secteurs d'activité, tel a été le cas dans le secteur social et médico-social (A), statut reconnu au regard de l'objectif de lutte contre la maltraitance poursuivi (B).

### **A) La mise en lumière d'un statut de lanceur d'alerte dans le secteur social et médico-social**

Le TGI de Toulouse par une importante décision du 21 novembre 2017<sup>30</sup> a statué en faveur de la relaxe d'une ex-salariée d'un IME poursuivie du chef de diffamation publique par ce même institut pour avoir alerté publiquement, sur une chaîne de radio puis sur une chaîne de télévision, de dysfonctionnements constatés lorsqu'elle y exerçait les fonctions d'aide médico-psychologique. Cette décision intervient un peu moins d'un an seulement après l'adoption de la loi du 9 décembre 2016 dite loi Sapin II qui va poser les bases légales de la protection

---

<sup>29</sup> Le monde « On ne les met pas au lit, on les jette » : enquête sur le quotidien d'une maison de retraite, par Florence Aubenas publié le 18 juillet 2017

<sup>30</sup> TGI Toulouse, 21 novembre 2017, n°4363/17

accordée aux lanceurs d'alerte. Dans cette affaire, la salariée revendiquait le statut de lanceur d'alerte, en effet celle-ci justifiait son intervention par « la gravité des faits dont elle avait été témoin et l'inertie institutionnelle et administrative qui lui avaient été opposées ». Ce qui est intéressant de souligner, c'est que la chambre criminelle de la cour de cassation a par le passé déjà jugé de ces faits. À l'époque il s'agissait de deux éducatrices qui avaient témoigné de faits de maltraitance institutionnelle qu'elles avaient eu connaissance au sein de ce même institut auprès d'un journaliste qui en avait fait un article de presse. La chambre criminelle a confirmé le jugement d'appel condamnant les deux éducatrices et le journaliste pour diffamation publique<sup>31</sup>. La question se pose alors de savoir ce qui a changé entre 2003 et 2018 pour que les juges reconnaissent le statut de lanceur d'alerte à une ex-salariée de cet IME qui dénonçait exactement les mêmes faits que ces deux éducatrices. Deux éléments vont permettre d'expliquer ce revirement de jurisprudence : tout d'abord, il s'agit de la période à laquelle ont été rendus ces décisions, s'agissant de la décision de la chambre criminelle, celle-ci date de 2003 or à ce moment-là les pouvoirs publics commencent tout juste à s'intéresser à cette problématique de la maltraitance au sein des ESSMS, celle-ci ne faisant pas encore l'objet de grand débat. Alors qu'en 2018 la lutte contre la maltraitance est devenue une question d'intérêt général, en effet les juges de première instance vont souligner que les propos tenus ne présentaient en aucun cas un caractère diffamatoire mais visaient simplement à « alerter l'opinion sur cette question d'intérêt général relative à la prise en charge d'enfants lourdement handicapés ».

En second lieu, ce qui est important de souligner c'est le cheminement suivi par la lanceuse d'alerte, en effet celle-ci a été amenée à avertir l'opinion publique des faits de maltraitance dont elle a été témoin suite à l'inertie des autorités institutionnelles et administratives. Les faits à l'origine du témoignage ont fait l'objet d'un signalement à la direction de l'institut, mais également de rapports de l'IGAS et de l'ARS Midi-Pyrénées, rapport dans lequel l'ARS utilise le terme de maltraitance institutionnelle or, aucune mesure n'a été prise pour y remédier. Alors qu'en 2003, la chambre criminelle de la cour de cassation a estimé que les juges du fond en relevant que la réalité des faits décrits « n'a été démontrée ni par les enquêtes ordonnées par la DDASS, ni par l'enquête de gendarmerie, ni par les investigations effectuées par les médecins commis par le procureur de la République du tribunal de grande instance d'Auch » les deux éducatrices ainsi que le journaliste s'étaient rendus coupable de diffamation publique.

---

<sup>31</sup> Cour de Cassation, Chambre criminelle, 12 novembre 2003, 02-88.466

En outre cette décision constitue un signal fort pour tous les futurs lanceurs d’alerte du secteur social et médico-social, celle-ci les encourageant à prendre la parole. Par cette décision le juge s’inscrit également dans la lignée poursuivie par le législateur avec la loi Sapin II qui vise à octroyer une protection efficace aux lanceurs d’alerte, protection qui n’existait que partiellement avant 2016.

En procédant ainsi à cette relaxe, la décision prononcée constitue un tournant important dans l’histoire des lanceurs d’alerte du secteur social et médico-social, en effet le juge en accordant ce statut pour la première fois reconnaît l’importance du rôle joué par les lanceurs d’alerte de ces secteurs, notamment au regard de l’intérêt poursuivi.

### **B) Une reconnaissance justifiée par l’intérêt défendu**

A l’inverse de la culture anglo-saxonne où il apparaît normal que la personne qui alerte puisse recevoir une récompense pour l’action réalisée<sup>32</sup>, les cultures latines et romano-germaniques sont quant à elles plus réticentes à admettre cette possibilité<sup>33</sup>. Cela s’explique notamment par le fait que dans ces cultures l’une des conditions fondamentales pour se voir attribuer le statut de lanceur d’alerte repose sur le désintérêt de la personne qui signale, il est d’ailleurs fait référence de manière explicite à cette condition dans l’article 6 de la loi Sapin II : « Un lanceur d’alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi (...) ». C’est ce désintérêt de la personne qui va permettre de caractériser l’éthique de cette alerte, selon Jean-François KERLEO « l’association entre alerte et éthique n’est pas expressément convoquée par le droit lequel y fait implicitement référence par la mention de la bonne foi, de l’interdiction d’anonymat, le désintéressement, etc. »<sup>34</sup>. Ainsi, l’attribution du statut de lanceur d’alerte à une personne va être justifiée par la valeur morale défendue, qui la plupart du temps correspond à une valeur protégée par la société.

C’est d’ailleurs en se fondant sur une valeur protégée que les juges du TGI de Toulouse vont par leur décision du 21 novembre 2017 reconnaître le statut de lanceur d’alerte à l’ex-salariée mise en cause. En effet au-delà de la relaxe demandée, il s’agissait de mettre en lumière

---

<sup>32</sup> Pour le cas américain voir Johanna Schwartz Miralles, « Les récompenses financières des lanceurs d’alerte portent-elles atteinte aux droits fondamentaux ? Le cas du droit américain », La Revue des droits de l’homme10 | 2016, mis en ligne le 12 juillet 2016, URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2383> ; DOI : 10.4000/revdh.2383.

<sup>33</sup> Voir Conseil d’État, Le droit d’alerte : signaler, traiter, protéger. Étude adoptée le 25 février 2016 par l’assemblée générale plénière du Conseil d’État.

<sup>34</sup> Qu’est-ce qu’un lanceur d’alerte ? Classification et conceptualisation d’une catégorie juridique insaisissable Jean François KERLEO vu dans « Les Lanceurs d’alerte : quelle protection juridique ? Quelles limites ? » Mathieu DISANT, Delphine POLLET-PANOUSSIS

les faits perpétrés au sein de l'IME. La salariée avait ainsi soulevé un certain nombre de dysfonctionnements conduisant à de la maltraitance, le tribunal ayant relevé que « nul ne peut rester indifférents aux lits avec barreaux trop petits, à la toilette faite devant l'ensemble du groupe, aux mesures de contention, ainsi qu'à la difficile gestion de la violence de certains d'entre eux ». C'est cette atteinte à la dignité des enfants handicapés, valeur protégée par le droit français mais aussi européen et international, qui va justifier la décision du tribunal. En l'espèce, il ne s'agissait nullement de revendications personnelles (salariale, syndicale ou même politique), mais bien de l'intérêt des enfants pris en charge : « il convient de rappeler que cette dernière (l'ex-salariée) a travaillé pendant de nombreuses années au sein de l'institution (...), y bénéficiant d'une formation professionnelle qualifiante, et l'a quitté dans des conditions sociales, professionnelles et personnelles délicates, sans toutefois que celles-ci puissent s'analyser en ressentiment de nature à justifier toute intervention dans le souci de dénigrer cet IME » les juges l'a considérant comme « un témoin privilégié du mode de fonctionnement de cette maison qui accueille des enfants handicapés lourds ». La motivation des juges souligne toute l'importance accordée au désintérêt de la personne qui alerte, celle-ci devant avoir pour simple objectif la défense d'une valeur reconnue comme morale par la société. La préservation de la dignité des personnes vulnérables contre tout risque d'atteinte, notamment par des actes de maltraitance, faisant partie de ces valeurs défendues, il paraît donc logique que les juges soient parvenus à cette solution.

Toutefois, lorsqu'un salarié de l'institution ou du service révèle des faits de maltraitance, ceci va, bien évidemment, avoir un impact sur les conditions de travail puisque le travail effectué par les salariés est sensiblement lié au bien-être des personnes accompagnées. Ainsi les faits à l'origine de la maltraitance vont porter atteinte à la dignité des personnes dont les professionnels sont en charge d'accompagner mais peuvent également entraîner des conséquences pour les salariés et notamment des risques psycho-sociaux. Néanmoins, lorsqu'un salarié alerte sur des situations de maltraitance pour se voir reconnaître le statut de lanceur d'alerte il ne devra pas mettre en avant les risques que font peser sur sa santé les faits à l'origine des maltraitances ou la détérioration de ses conditions de travail mais bien le préjudice subi par les personnes accompagnées et plus particulièrement l'atteinte à la dignité qui leur est portée. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation dans un arrêt du 4 mai 2017<sup>35</sup> où elle a considéré qu'un médecin attaché à un EHPAD en dénonçant les conditions de travail qu'il estimait mauvaises et nuisibles à la qualité de prise en charge des résidents n'a pas témoigné de mauvais

---

<sup>35</sup> Cass. Soc. 4 mai 2017, n°15-16221

traitements ou privations infligés à la personne accueillie et donc ne peut être couvert par la protection prévue à l'article L313-24 du CASF.

Lorsqu'un lanceur d'alerte signale des dysfonctionnements celui-ci n'a pas pour intention d'en tirer un quelconque intérêt ou de nuire, ce qu'il recherche avant tout c'est que son signalement soit traité pour remédier aux faits constatés qui entraînent de la maltraitance ou un risque de maltraitance et donc d'atteinte à la dignité des personnes accompagnées.

## **Section 2 : La nécessité d'organiser un traitement des faits de maltraitance signalés**

Quel que soit le secteur d'activité lorsqu'une personne signale un fait, celle-ci attend en retour que son signalement soit pris en compte et traité. Cette attente est encore plus forte au sein des ESSMS lorsque les faits signalés portent ou risquent de porter atteinte à la dignité de personnes vulnérables (§1). Il est donc apparu nécessaire de responsabiliser les structures afin que soit garanti un traitement efficace des alertes (§2).

### **§1 : Le traitement de l'alerte : attente légitime de tout lanceur d'alerte**

Pour qu'une alerte soit correctement traitée il est indispensable de mettre en place des mécanismes de réception des alertes efficaces (A), celle-ci une fois portée à connaissance ayant vocation à être traitée du fait de son caractère éphémère (B).

#### **A) La nécessité de mettre en place des mécanismes de réception des alertes efficaces**

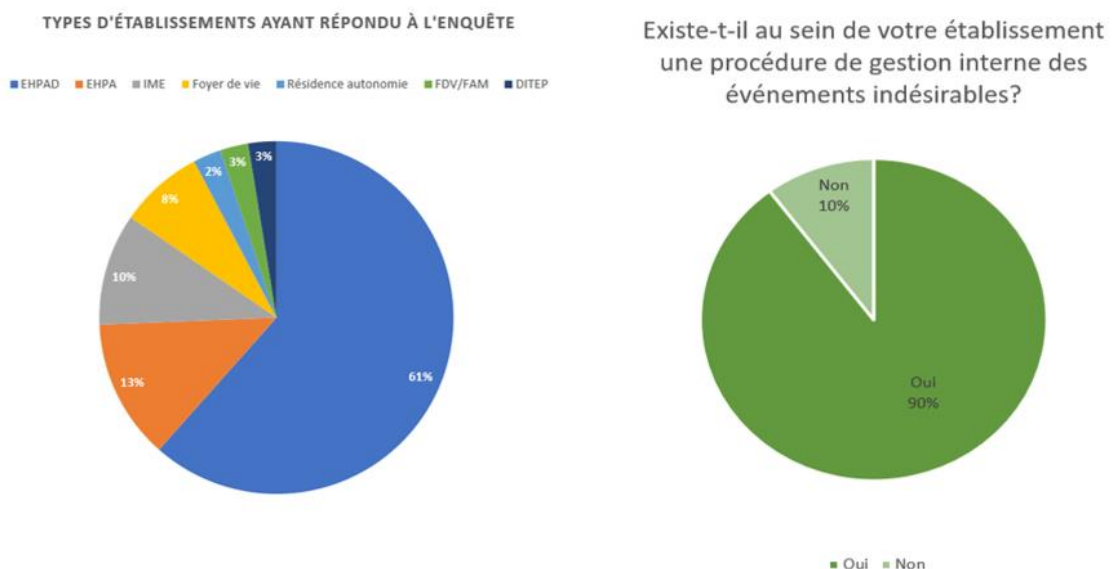
Pour qu'une alerte, qui concerne des mauvais traitements ou des privations soit correctement traitée, il convient dans un premier temps de mettre en place des mécanismes de réception des alertes efficaces. Or l'article L313-24 du CASF qui protège les salariés et agents qui témoignent de mauvais traitements ou privations ne nous donne pas d'information quant à la procédure à suivre par le salarié ou l'agent qui voudrait lancer une alerte sur des mauvais traitements ou privations qu'il aurait pu constater. Seul les juges sont intervenus en disposant que le signalement doit être adressé à une personne ayant les pouvoirs d'en vérifier ou d'en faire vérifier la réalité, c'est-à-dire un supérieur ou une autorité compétente (administrative ou judiciaire)<sup>36</sup>. Ainsi, il incombe aux directions d'ESSMS de créer et de mettre en place un

---

<sup>36</sup> CA Nancy, ch. soc. 3 juin 2009, N°07/01470, Richier/ Association départementale des amis et parents d'enfants inadaptés de la Meuse (ADAPEIM) vu dans RDSS n°3 Dalloz mai-juin 2015 : article de Daniel BOULMIER : les lanceurs d'alerte dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux : à propos de l'article L313-24 CASF

protocole interne de traitement des événements indésirables (les mauvais traitements et privations constituant l'un des nombreux événements indésirables pouvant survenir au sein des ESSMS). Ce protocole doit prévoir le recueil, le traitement, l'analyse et éventuellement selon la gravité de l'événement indésirable le signalement aux autorités compétentes<sup>37</sup>. Une fois mis en place, ce protocole devra faire l'objet d'une publicité auprès de l'ensemble des acteurs de la structure afin d'en assurer la mise en œuvre la plus large possible.

Selon une enquête menée en 2019<sup>38</sup> auprès de 40 établissements médico-sociaux nous pouvons constater sur le diagramme ci-joint figurant à droite que 90% des établissements interrogés se sont dotés d'une procédure de gestion interne des événements indésirables. Ce pourcentage peut paraître satisfaisant néanmoins l'adoption de la loi Sapin II aurait dû conduire à ce que 100% des établissements se dotent d'une telle procédure. En effet, cette loi prévoit à son article 8 alinéa 3 que « des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels sont établies par les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'Etat (...) les départements et les régions (...) ». Or, aujourd'hui nous pouvons constater que tous les établissements sociaux et médico-sociaux ne se sont pas mis en conformité avec cette loi qui pourtant les concerne également.



Au-delà des procédures internes de réception des alertes, d'autres dispositifs extérieurs aux structures, ont été prévus afin de garantir une bonne réception des alertes ; ainsi par exemple le

<sup>37</sup> Alice DUPUY, « Comment gérer un événement indésirable grave ? », TSA n°90 mars 2018

<sup>38</sup> Voir annexe 1



numéro 3977 est à disposition de toute personne qui constate des faits de maltraitance et souhaite les signaler. Lorsqu'une personne appelle ce numéro un dossier informatisé partagé est créé. Ce qui permet de laisser une trace du signalement émis et donc de vérifier que celui-ci a bien été réceptionné. Il est également possible pour les lanceurs d'alerte de s'orienter vers le défenseur des droits qui leur apportera son soutien pour toute émission d'alerte. D'autres dispositifs de réception des alertes existent du fait de multiples possibilités d'intervention d'acteurs extérieurs à la structure que nous verrons par la suite.

Cette bonne réception des alertes est nécessaire afin que celles-ci remplissent leur finalité première à savoir remédier à la situation constatée. Les alertes n'ayant pas vocation à être pérennes.

### **B) L'alerte : un instrument à vocation éphémère**

Lancer une alerte n'est pas un acte anodin. Au-delà de la moralité d'un tel acte, se cache l'accomplissement d'une obligation légale, voire professionnelle qui suscite l'attente de résultat. En effet, une personne n'a pas vocation à dénoncer par plaisir, lorsque celle-ci le fait elle attend en retour une réaction des autorités qui ont le pouvoir de remédier à la situation qui a donné lieu à l'alerte. En droit français, l'alerte revête en premier lieu un caractère préventif, en ce sens qu'elle a pour finalité d'éviter la survenance d'un risque. Ainsi, si une personne procède à une dénonciation qui permettrait d'éviter un préjudice mais que celui-ci se réalise car aucune disposition n'a été prise malgré les avertissements émis, le lanceur d'alerte peut considérer que son alerte n'a servi à rien et estimer inopportun de procéder de nouveau de la sorte puisque cela n'emportera aucun effet. C'est pourquoi la question du traitement des alertes est si importante, celle-ci étant un gage de transparence de nos institutions. En traitant les alertes il s'agit de prouver qu'il n'y a rien à cacher, mais surtout que les lanceurs d'alerte sont entendus, et que ce dispositif d'alerte n'est pas vain et sert réellement l'intérêt général par une coopération entre la personne qui signale et l'autorité qui a le pouvoir de vérifier les faits signalés et d'y remédier si ceux-ci s'avèrent fondés.

Avant la promulgation de la loi du 9 décembre 2016 dite loi Sapin II, seulement quelques dispositions prévoyaient le traitement des alertes mais pour des domaines bien précis<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Voir les dispositions relatives au droit d'alerte en matière de santé et de sécurité au travail : article L4133-1 du code du travail qui prévoit que l'alerte émise par un travailleur à son employeur s'il estime « que les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement » doit être « consignée par écrit », cet article précisant ensuite que l'employeur doit informer « le travailleur qui lui a transmis l'alerte de la suite qu'il réserve à celle-ci ».

Ce n'est toutefois pas le cas de toutes les dispositions relatives aux signalements, ainsi s'agissant du secteur social et médico-social le CASF ne prévoit pas le traitement des alertes émises par les salariés et agents témoins de privations ou mauvais traitements commis sur une personne vulnérable accompagnée par l'une des institutions ou services prévus à l'article L312-1 du CASF. En l'absence de contrainte légale, les établissements ne se sentaient nullement astreints à devoir traiter les alertes, ce qui a conduit bien souvent à des situations délicates. Ce qu'il faut comprendre c'est que lorsqu'une alerte est lancée dans le secteur social et médico-social il est rarement question d'argent, de fraude ou de corruption, mais de personnes et qui plus est de personnes vulnérables, à qui une atteinte aux droits et libertés est susceptible de survenir facilement. Ainsi lorsqu'un lanceur d'alerte lance une alerte dans ces secteurs et que celle-ci ne fait l'objet d'aucun traitement de la part de la direction mais aussi des autorités administratives et judiciaires, la personne à l'origine de l'alerte par acquis de conscience ne peut pas laisser de tels faits se (re)produire sans que personnes ne prennent les dispositions adéquates. Cette personne va alors, par devoir et parce qu'elle n'a pas d'autres choix pour être entendue, informer l'opinion publique, ainsi par exemple sept agents du centre départemental de l'enfance et de la famille d'Eysines ont rendu public les conditions d'accueil des enfants et de travail des agents, après avoir plusieurs fois signalé les faits en interne sans n'avoir jamais été entendus<sup>40</sup>. Si l'alerte fait l'objet d'un traitement en interne, comme le souhaite beaucoup de lanceurs d'alerte, il serait possible d'éviter de telles situations qui compromettent la notoriété des ISSMS et constituent une contrainte pour le lanceur d'alerte qui n'a pas vocation à s'afficher publiquement pour se faire entendre. Afin d'éviter que ces situations ne se (re)produisent, le législateur est intervenu en adoptant diverses mesures qui ont pour objectif de responsabiliser les structures et services sociaux et médico-sociaux dans le traitement des alertes émises.

---

Ou encore les dispositions qui concernent la santé publique et l'environnement : article 2 de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 qui prévoit l'institution d'une commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement qui est chargé de transmettre « les alertes dont elle est saisie aux ministres compétents, qui informent la commission de la suite qu'ils réservent aux alertes transmises et des éventuelles saisines des agences sanitaires et environnementales placées sous leur autorité résultant de ces alertes. Les décisions des ministres compétents concernant la suite donnée aux alertes et les saisines éventuelles des agences sont transmises à la commission, dûment motivées. La commission tient la personne ou l'organisme à l'origine de la saisine informé de ces décisions ».

<sup>40</sup> Lanceurs d'alerte : Oser parler de ce qui fâche. Dossier TRAVAIL SOCIAL ACTUALITES, n° 89, 2018/02/01, pages 15-22, 12 réf., ISSN 2101-3977, FRA.

## §2 : Une responsabilisation des structures dans le traitement des alertes

Devant l'ampleur du phénomène de maltraitance auquel peuvent être confrontés les ESSMS le législateur a décidé d'intervenir en obligeant le signalement de tout dysfonctionnement ou événement susceptible de porter atteinte aux personnes prises en charge par ces établissements et services (A), doublée d'une intervention d'autorités extérieures afin de garantir une meilleure transparence et un meilleur traitement des alertes émises face aux risques de maltraitance (B).

### **A) L'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales un premier pas dans la lutte contre la maltraitance**

La question du signalement au sein des structures sociales et médico-sociales n'est pas nouvelle, puisque celle-ci est liée dans un premier temps à l'obligation faite par le code pénal à tout citoyen ayant connaissance d'un crime<sup>41</sup>, de mauvais traitements ou privations<sup>42</sup> d'informer l'autorité judiciaire, ceci incluant donc les professionnels des structures sociales et médico-sociales y compris les directeurs de ces structures. Outre cette obligation de signalement imposée à tout citoyen, les pouvoirs publics vont s'intéresser plus particulièrement à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales liée aux risques de maltraitance qu'elles présentent. Pour la première fois en 2002 une circulaire<sup>43</sup> va organiser le signalement devant être fait par les responsables des structures sociales et médico-sociales aux autorités judiciaires et administratives en cas de faits de maltraitance commis à l'égard des enfants et adultes vulnérables pris en charge, celle-ci rappelant que « la surveillance et la protection des personnes qui y sont accueillies ne peuvent être pleinement efficace que si les situations de maltraitance qui se produisent au sein de ces structures sont signalées sans délai aux autorités administratives et judiciaires compétentes ». Le dispositif mis en place ces dernières années en matière d'obligation de signalement paraissant insuffisant, le législateur est intervenu à l'occasion de la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement<sup>44</sup> en prévoyant en son article 30 qui figure aujourd'hui à l'article L331-8-1 du CASF une obligation de signalement « des établissements et services et des lieux de vie et d'accueil (...) de tout dysfonctionnement grave dans leur gestion ou leur organisation susceptible d'affecter la prise en charge des usagers, leur accompagnement ou le respect de leurs droits et de tout événement

---

<sup>41</sup> Article 434-1 du code pénal

<sup>42</sup> Article 434-3 du code pénal

<sup>43</sup> Circulaire DGA 5/SD 2 n° 2002-265 du 30 avril 2002 relative au renforcement des procédures de traitement des signalements de maltraitance et d'abus sexuels envers les enfants et les adultes vulnérables accueillis dans les structures sociales et médico-sociales

<sup>44</sup> LOI n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement

ayant pour effet de menacer ou de compromettre la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes prises en charge ou accompagnées ». Cette loi a été suivie d'un décret<sup>45</sup> et d'un arrêté<sup>46</sup> des 21 et 28 décembre 2016 qui sont venus préciser les modalités de cette obligation de signalement. Cette nouvelle obligation a pour objectif d'appréhender l'ensemble des situations pouvant donner lieu à de la maltraitance, qu'ils s'agissent de dysfonctionnements ou d'événements « isolés ». En adoptant ces différents textes l'Etat continue sa lutte contre les violences en structure sociale et médico-sociale en faisant le choix de responsabiliser les directeurs de ces structures et services.

Pour Daniel BOULMIER « le texte aurait pu mieux protéger les lanceurs d'alerte ou les familles des résidents qui signalent »<sup>47</sup>. Ce qui est reproché au décret d'application de la loi ASV est que celui-ci fait peser l'obligation de signalement uniquement sur les directions des structures sans prévoir en cas de non-respect de cette obligation des sanctions. De ce fait le dispositif mis en place ne peut être pleinement efficace pour lutter contre les maltraitances.

Selon Daniel BOULMIER il aurait été intéressant « d'habiliter les CVS à signaler » ce qui aurait permis sans aucun doute de rendre une meilleure appréciation de la réalité des faits se produisant. Il ne faut pas oublier que jusqu'ici malgré l'ensemble des dispositifs de signalement mis en place leur efficacité a été paralysée par les pressions subies par les personnes voulant procéder au signalement d'actes de maltraitance. Ce décret ne donne donc pas à ces personnes le pouvoir de dénoncer ces faits, bien au contraire il fait tout reposer sur la direction qui est totalement libre de s'exécuter ou pas.

Toutefois en adoptant cette législation, le législateur prône l'intervention d'autorités extérieures à la structure dans le traitement des signalements émis, intervention justifiée par l'importance du traitement de ces signalements au regard de l'enjeu de lutte contre la maltraitance poursuivi.

### **B) L'intervention d'organismes extérieurs à la structure : garantie d'un meilleur traitement des alertes**

L'association d'acteurs extérieurs à la structure ou au service en ce qui concerne les signalements de maltraitance commence dès leur émission. En effet, selon les cas différents

---

<sup>45</sup> Décret n° 2016-1813 du 21 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales

<sup>46</sup> Arrêté du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales

<sup>47</sup> Quel sort pour les lanceurs d'alerte du médico-social ? Travail social actualité, n°79, 2017/02501, page 10-12, ISSN 2101 – 3977, FRA. BRIAND Iris

organismes peuvent se voir saisir d'un signalement : conseil départemental, ARS, personnes qualifiées, parquet, police, gendarmerie, associations, défenseur des droits, etc. Cet éparpillement des « récepteurs d'information »<sup>48</sup> s'explique par le fait que plusieurs instances sont amenées à intervenir dans le champ social et médico-social. Par exemple l'article L331-8-1 du CASF prévoit une obligation d'information des ESSMS envers les autorités administratives compétentes pour délivrer leur autorisation ou recevoir leur déclaration en cas de dysfonctionnement grave ou d'événement « ayant pour effet de menacer ou de compromettre la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes prises en charge ou accompagnées ». Or dans le champ social et médico-social ce n'est pas seulement le directeur de l'ARS qui délivre les autorisations, comme c'est le cas pour le secteur sanitaire, mais différentes autorités qui ont compétence pour le faire seul ou conjointement. Cet amoncellement de « récepteurs d'information » suppose une coordination sans faille afin que l'alerte soit adressée à la structure la mieux amène d'en apporter un traitement. Toutefois, comme le souligne la Commission pour la lutte contre la maltraitance et la promotion de la bientraitance cette coordination n'est pas toujours assurée ce qui peut entraîner un retard dans la prise en compte du signalement. Pour la commission « la solution la plus simple consisterait à définir, au niveau local, une autorité unique chargée de porter, dans tous les cas, cette responsabilité. Cependant la diversité des compétences, s'agissant de l'accompagnement des adultes, et la nécessité d'y associer les compétences en matière de maltraitance commise au sein de cet accompagnement rendent illusoire la solution du « chef de file unique » », donc ne reste plus que la coordination. Plusieurs dispositifs ont été mis en place pour assurer cette coordination, ainsi la Circulaire DGAS/SD2 n° 2002-280 du 3 mai 2002<sup>49</sup> a prévu pour répondre à cette problématique la mise en place d'une cellule inter-institutionnelle de traitement et de suivi des signalements chargée « de regrouper les signalements effectués auprès des différentes instances, analyser les signalements, coordonner la gestion et le suivi des situations de maltraitance, (...) », plus récemment on a vu apparaître « l'expérience d'une Coordination Départementale des Informations Préoccupantes. Celle-ci avait pour objet de mieux coordonner les acteurs du signalement au plan local, en s'inspirant des cellules départementales de Recueil des Informations Préoccupantes qui existent, depuis la loi du 5 mars 2007, pour l'enfance en

---

<sup>48</sup> Terme employé dans la note d'orientation de la commission pour la lutte contre la maltraitance et la promotion de la bientraitance – Version du 18 janvier 2019

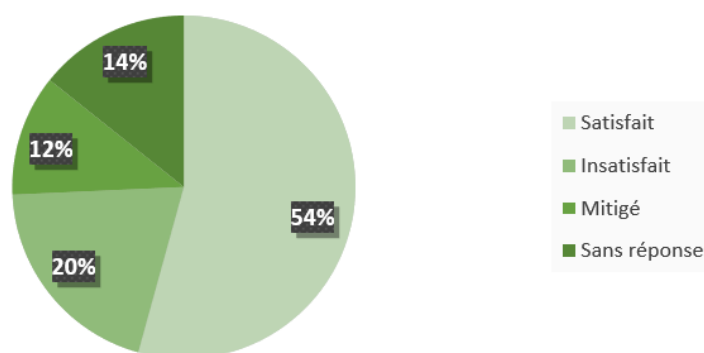
<sup>49</sup> Circulaire DGAS/SD2 n° 2002-280 du 3 mai 2002 relative à la prévention et à la lutte contre la maltraitance envers les adultes vulnérables, et notamment les personnes âgées

danger »<sup>50</sup>, la commission quant à elle dans sa note d'orientation encourage la mise en place de « groupe territorial de coordination sur les informations préoccupantes ».

Lorsqu'une autorité extérieure à la structure est saisie d'un signalement, et en particulier d'un signalement qui concerne un dysfonctionnement de la structure ou du service, il ne s'agit pas pour cette autorité de juger ou sanctionner la structure ou le service mis en cause, mais de proposer un accompagnement afin de remédier à la situation signalée et par la même occasion en prévenir une éventuelle réitération. L'important est de comprendre ce qui a dysfonctionné, comment cela a pu se produire pour éviter que cela ne se reproduise, et protéger la personne qui en a été victime. Cette intervention doit mener à un meilleur traitement des alertes afin que celui-ci ne relève pas seulement de l'établissement ou du service concerné par l'alerte et ainsi éviter le risque qu'elles ne soient pas traitées par manque de moyens ou de volonté.

Selon l'enquête réalisée en 2019 vue précédemment sur les 40 établissements médico-sociaux interrogés 35 ont procédé à un signalement auprès de leur autorité de contrôle concernant divers événements indésirables. Sur ces 35 établissements, 19 estiment que l'autorité a apporté le soutien attendu, 4 sont partagés, 7 estiment qu'ils n'ont pas obtenu le soutien qu'ils espéraient et 5 ne se sont pas prononcés.

**Satisfaction du soutien apporté par l'autorité compétente après un signalement**



Sur les 7 établissements insatisfaits du soutien apporté, ceux-ci jugent que le signalement à seulement pour but d'informer l'autorité de contrôle, celle-ci n'apportant pas le soutien requis. Par exemple, lors d'une épidémie d'infections respiratoires aiguës, l'ARS qui était l'autorité compétente n'a apporté aucun des soutiens matériel et logistique attendus.

<sup>50</sup> P. 54 note d'orientation de la commission pour la lutte contre la maltraitance et la promotion de la bientraitance – Version du 18 janvier 2019

A contrario, les établissements satisfaits ont souligné l'importance de l'appui de l'autorité compétente, par exemple l'envoi de protocoles adaptés aux situations de crises rencontrées, des échanges téléphoniques qui permettent d'aider à gérer les situations de manière efficace, des apports juridiques ou encore un accompagnement dans des cas de situations exceptionnelles telle qu'une inondation.

Cette enquête révèle donc qu'en fonction de l'autorité de contrôle compétente et des situations survenant le soutien apporté peut varier, ce qui peut avoir une influence sur la façon dont va être traitée l'alerte et sur la perception qu'ont les établissements et services de l'intervention de ces autorités dans la gestion des événements indésirables.

Même si l'alerte constitue aujourd'hui, notamment en raison de l'impulsion donnée par les lanceurs d'alerte, un élément central de la lutte contre la maltraitance, celle-ci peut se retrouver dénuée d'effet sans un engagement de l'ensemble des acteurs amenés à interagir d'une façon ou d'une autre avec un établissement ou un service du secteur social et médico-social. Finalement la prévention des risques de maltraitance, au-delà des seules alertes, implique un perpétuel travail collaboratif afin que celle-ci ne repose pas exclusivement sur les lanceurs d'alerte.

## **Chapitre 2 : La prévention de la maltraitance par un travail collaboratif**

La prévention de la maltraitance ne peut se faire sans le concours de l'ensemble des acteurs intervenant au sein des ESSMS, qu'il soit usager, professionnel, directeur, gestionnaire ou même financeur, chacun quel que soit sa place dans l'organigramme a un rôle à jouer dans la construction de la politique de bientraitance de l'établissement ou du service et par conséquent dans la prévention des risques de maltraitance.

Néanmoins, cette coexistence d'acteurs peut parfois conduire à des situations tendues qui peuvent aller jusqu'à induire de la maltraitance, c'est pourquoi il est important pour garantir un accompagnement de qualité d'accorder une attention toute particulière à la qualité des rapports entretenus, ce qui suppose de chaque personne d'être considérée et de considérer l'autre (section 1). C'est également grâce à une optimisation des rapports humains qu'il va être possible de développer une vigilance partagée contre les risques de maltraitance et ainsi ne pas laisser tout reposer sur une seule et même personne qui, par contrainte va endosser le rôle de lanceur d'alerte (Section 2).

## **Section 1 : L'amélioration des rapports humains pour un meilleur accompagnement des personnes**

Au sein des ESSMS la vulnérabilité des personnes accompagnées suppose plus que dans tout autre domaine de ne pas oublier une notion essentielle qu'est l'humain. C'est la relation entre chaque acteur qui va faire que la structure fonctionne bien ou non. Ainsi, il est apparu nécessaire ces dernières années de renforcer la collaboration entre l'ensemble des acteurs en faisant reculer la vision d'un management seulement par la verticalité (§1), tout en développant le côté éthique de celui-ci (§2).

### **§1 : D'un management par la verticalité à un système plus collaboratif : garantie d'un meilleur accompagnement**

L'évolution du secteur social et médico-social a conduit ces dernières années à repenser le management au sein des établissements et services relevant de ce secteur (A) afin de permettre une plus grande collaboration de l'ensemble des acteurs et ainsi garantir un accompagnement de meilleure qualité (B).

#### **A) Le passage d'un management vertical à un management horizontal**

Pendant longtemps les entreprises ont fait l'objet d'une organisation par la verticalité, en ce sens que l'information partait du sommet pour arriver à la base. Les ESSMS n'échappent pas à cette règle. En effet, les décisions sont prises par les différentes autorités de contrôle et de tarification selon la politique adoptée par le gouvernement en place pour être ensuite mises en œuvre au niveau des établissements et services par les organismes gestionnaires et les directions, l'information circulant ensuite de personne en personne selon une hiérarchie bien établie. Même si ce mode d'organisation subsiste encore aujourd'hui, celui-ci connaît des limites qui justifient la mise en place en parallèle d'une organisation plus souple par l'horizontalité. Cette limite est notamment due à la place accordée ces dernières années aux personnes accompagnées. Il ne s'agit plus de parler, de penser, de faire à la place de ces personnes mais de les associer aux décisions les concernant, ce qui suppose également d'associer les professionnels qui les accompagnent. Pour ce faire la mise en place d'un management horizontal au sein des ESSMS présente comme vertu la collaboration de l'ensemble des acteurs, le directeur passe du rôle de « chef » à celui de manager, ce qui va lui permettre d'adopter une position d'accompagnateur et non de dirigeant empreint d'autoritarisme. Ce qui implique également de la part des autorités de contrôle et de tarification



de jouer un rôle de conseil et d'appui envers les dirigeants de ces structures. Sortir de cette organisation « hyper-hiérarchisée »<sup>51</sup> va également permettre d'éviter d'être confronté à des situations où les professionnels entrent dans une sorte de banalisation de leur travail, en préférant ignorer ce qui se passe autour d'eux en raison d'un manque de considération de leur direction qui ne les écoute pas et ne les associe à aucun projet. Du côté des personnes accompagnées, cela va les encourager à participer aux décisions les concernant, et à ne pas hésiter à signaler ce qui ne leur convient pas ou s'ils estiment qu'une atteinte à leur droit s'est produite.

Ainsi, la vulnérabilité des personnes accompagnées par les ESSMS impose d'être dans une relation de travail participative et co-constructive afin de garantir un accompagnement de qualité. C'est cette multiplicité des regards et cette intelligence plurielle qui vont faire que l'établissement ou le service va pouvoir atteindre ses objectifs qui devront, par ailleurs être réfléchis de manière collective.

### **B) La collaboration : assurance d'un meilleur accompagnement**

Toute personne amenée à intervenir au sein d'un ESSMS quel que soit son statut et sa position dans l'organigramme occupe une place importante. C'est cette importance accordée à chaque personne qui va faire que celle-ci se sente concernée par la vie de l'établissement ou du service, et va ainsi se sentir pleinement responsable lorsqu'il y aura lieu à repérer, signaler et traiter des situations pouvant être à l'origine d'événements indésirables comme la maltraitance.

Afin de renforcer ce sentiment d'appartenance à la structure ou au service, plusieurs outils peuvent être mobilisés, parmi ceux-ci se trouve le projet d'établissement ou de service prévu à l'article L311-8 du CASF qui a pour finalité de définir les objectifs à atteindre, « notamment 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 ». Il est important pour que la structure ou le service fonctionne correctement que les objectifs à atteindre fassent l'objet d'une définition collective. Ce qui suppose d'associer pleinement l'ensemble des acteurs à l'élaboration du projet d'établissement qui constitue depuis la loi du 2 janvier 2002 une garantie des droits de la personne accueillie. Pour R. JANVIER « le but est que le travail sur le projet, qui est un chantier continu, définisse des espaces de débat permettant l'interpellation des pratiques et la constante mise en adéquation avec la mission confiée et le

---

<sup>51</sup> Terme employé par J-L DESHAIES, Lanceurs d'alerte : Oser parler de ce qui fâche, TSA n°89, p. 15-22, 2018

public accueilli. Une telle démarche représente l'assurance démocratique nécessaire au respect du droit des usagers »<sup>52</sup>. Afin que cela fonctionne, il est nécessaire d'avoir un engagement fort de la part de la direction de la structure, voire de l'organisme gestionnaire qui, doit se trouver dans une position fédératrice afin que chaque acteur soit mobilisé dans l'élaboration et la mise en œuvre de ce projet.

L'autre outil pouvant servir à mobiliser plusieurs acteurs et ainsi permettre à chacun de se sentir autorisé à parler est le projet d'accompagnement personnalisé. Grâce à ce projet, la structure est amenée à s'adapter aux évolutions de la situation de chaque personne accueillie. Ce qui suppose d'associer directement la personne accompagnée et le cas échéant son représentant légal pour que celle-ci puisse exprimer ses attentes et ses besoins, mais aussi l'ensemble des professionnels qui prennent en charge cette personne. Par l'intermédiaire de ce projet il va être ainsi possible d'identifier les éléments susceptibles de porter atteinte à la personne accompagnée ceux-ci n'étant pas ou plus adaptés à sa situation.

Ainsi, ces deux outils que sont le projet d'établissement et le projet d'accompagnement personnalisé illustrent toute l'importance d'un travail collaboratif dans la conception et la mise en œuvre des objectifs de l'établissement ou du service qui, doivent nécessairement avoir comme finalité le bien-être et la primauté de l'intérêt de la personne accompagnée.

Ce travail collaboratif de recherche du meilleur accompagnement possible ne s'arrête pas seulement à la mobilisation des savoirs internes à la structure. Afin d'enrichir la réflexion dans l'accompagnement des résidents-usagers, il est nécessaire de développer une mutualisation des expériences entre différentes structures. Ce qui suppose des établissements et services de créer des partenariats avec différents organismes. C'est cette diversité des regards et des approches qui va faire que la structure va pouvoir s'améliorer.

Néanmoins, pour que cette collaboration fonctionne, il appartient au dirigeant de l'établissement ou du service d'intégrer une dimension éthique à son management afin de renforcer les liens existants.

## **§2 : Le développement d'un management plus éthique au sein des ESSMS**

Le partage d'une éthique commune suppose de la part des dirigeants d'accompagner les professionnels dans leurs démarches qui visent la bientraitance des personnes accompagnées

---

<sup>52</sup> Roland JANVIER, et Yves MATHO, Comprendre la participation des usagers dans les organisations sociales et médico-sociales, Dunod, 2011

(A), mais aussi de mettre en place des espaces de réflexion collective qui permettront de créer une culture du questionnement (B).

### **A) L'accompagnement des professionnels dans leurs démarches de bientraitance**

L'accompagnement des professionnels dans leurs démarches de bientraitance est une étape indispensable à la garantie effective des droits et libertés des personnes accompagnées. Dans un souci de prévention des risques de maltraitance il est de la responsabilité de la direction de commencer cet accompagnement dès le recrutement. Ce qui suppose de remettre au nouvel arrivant lors d'un entretien individuel l'ensemble des documents nécessaires à son intégration (livret d'accueil, projet associatif, projet d'établissement...), afin que celui-ci s'imprègne des valeurs véhiculées par la structure. De même, il apparaît impensable de laisser un nouveau salarié « sans filet » les premiers jours de travail, ce qui a déjà pu se produire par manque de moyens humains. C'est pourquoi une personne référente doit être désignée afin de veiller au bon déroulement de l'accompagnement en étant sûr que le nouveau salarié adopte les bons gestes dans le respect de la dignité de la personne accompagnée. Ce qui lui permettra également d'être rassurée et de pouvoir poser les questions nécessaires afin d'assurer le meilleur accompagnement possible et ainsi éviter la production d'évènements indésirables.

Cet accompagnement devra se poursuivre tout au long de la présence du salarié au sein de l'établissement ou du service en prenant la forme de lieu d'écoute afin que la parole de chaque professionnel soit entendue. Un des éléments importants pour garantir une culture de la bientraitance au sein des ESSMS est que les professionnels se sentent eux-mêmes bien traités. Cette bientraitance des professionnels passe en premier lieu par une valorisation de leur travail. Il est important pour qu'un établissement fonctionne bien de souligner aussi bien les points négatifs, que les points positifs. En effet, valoriser ce qui fonctionne permet de créer un sentiment d'encouragement, de bien-être de l'ensemble des professionnels. L'organisation de groupes de parole et d'échange permettra d'éviter la survenance de « Brown-out » ou de « Bore-out » des professionnels<sup>53</sup>, ceux-ci étant totalement investis dans la construction de la démarche bientraitance de l'établissement ou du service.

---

<sup>53</sup> Le « Brown-out » définit la perte de sens du travail, Selon le Dr François BAUMANN « il exprime la douleur et le malaise ressentis suite à la perte de sens de ses objectifs de travail et à l'incompréhension complète de son rôle dans la structure ».

Le « Bore-out » quant à lui « traduit le fait que la routine fini par prendre le pas sur les prises d'initiatives et les actions innovantes, ce qui génère de la souffrance, une perte d'estime de soi » (Jean-Louis DESHAIES, Lætitia DEHLON, L'humain d'abord pour des professionnels bien traités et bien traitants, Presses de l'EHESP- 12 octobre 2017)

Cette construction collective de la démarche de bientraitance permet aux professionnels de donner un sens à leur accompagnement auprès des usagers. Il ne faut pas oublier que le travail auprès des personnes vulnérables peut générer une certaine souffrance, c'est pourquoi il est important d'accompagner individuellement et collectivement l'ensemble du personnel notamment lors de la survenance d'événements difficiles, comme par exemple le décès d'un résident.

De façon spontanée, les professionnels souhaitent être bien-traitants, toutefois ils ne pourront y arriver seuls. Ce qui implique un positionnement clair et précis de la direction de ce qu'elle entend par bientraitance, sans pour autant occulter la notion de maltraitance.

La complexité de cette notion de bientraitance exige de la part de l'ensemble des acteurs intervenants auprès des personnes accompagnées de développer une culture du questionnement où chacun sera amené à s'interroger sur ses pratiques professionnelles.

## **B) La création d'une culture de la remise en question**

Il est important pour qu'un établissement ou un service puisse avancer de créer une culture institutionnelle du questionnement. C'est ce questionnement permanent qui va permettre de lutter contre les risques de maltraitance et ainsi avancer vers la bientraitance. Pour ce faire, il est indispensable de mettre en place des lieux de réflexion collective. Depuis quelques années, il existe une tendance à la mise en place d'espaces de réflexion éthique qui peuvent prendre la forme de comité ou de commission d'éthique<sup>54</sup>. C'est lors de ces espaces qu'il va notamment être question de toutes les problématiques en lien avec le bien-être des personnes accompagnées et le respect de leurs droits. Il n'est pas rare que des professionnels lors de leur activité soient confrontés à des choix à faire qui demandent un questionnement éthique. Ainsi la mise en place d'une démarche éthique au sein des ESSMS à travers ces lieux de réflexion vise à favoriser l'émergence d'une pensée collective dans un cadre où la pluridisciplinarité est mise en valeur. C'est dans ces moments de réflexion que chaque professionnel va pouvoir s'interroger et être interrogé sur sa pratique (mes gestes sont-ils adéquats ? Pourquoi je réalise cet acte de cette façon et pas d'une autre manière ? En quoi l'action menée contribue au bien-être de la personne accompagnée ? ...), ce qui suppose de ceux-ci d'accepter les remarques. La culture sociale et médico-sociale fait que les professionnels lorsque l'on interroge leur pratique se sentent

---

<sup>54</sup> La création d'une instance éthique au sein des ESSMS ne fait l'objet d'aucune obligation légale ou réglementaire, toutefois l'ANESM dans sa recommandation de bonne pratique professionnelle intitulée « Le questionnement éthique dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux » encourage le développement d'une réflexion éthique via la création d'une telle instance au sein des ESSMS.

personnellement remis en cause. Ceci s'explique notamment par le fait que beaucoup de professionnels des secteurs sociaux et médico-sociaux y travaillent par vocation et donnent beaucoup de leur personne pour le bien-être des autres. Néanmoins, pour avancer il est nécessaire de se remettre en question, que chacun puisse interroger l'autre sur ses pratiques sans que cela conduise à la naissance de tensions au sein de l'établissement ou du service.

En plus des espaces de réflexion éthique, il est important de créer des espaces où il va être possible de revenir sur l'ensemble des incidents qui ont pu se produire afin d'en tirer toutes les conséquences nécessaires et faire de ces expériences des leviers d'amélioration des pratiques. Il s'agira de se poser les questions de savoir comment cet événement a-t-il pu se produire ? N'aurait-il pas pu être évité ? Les dispositions prises à la suite de sa réalisation ont-elles été pertinentes ? ... De ce fait les différentes situations qui ont pu être identifiées comme maltraitantes vont pouvoir servir de matériel pour attirer l'attention de l'ensemble des acteurs et ainsi éviter que celles-ci ne se reproduisent. Ce qui suppose que des réunions collectives soient organisées régulièrement afin que soit mis en place une démarche collective d'amélioration par l'erreur.

Ainsi, cette démarche de remise en question perpétuelle va permettre au-delà, de rassurer les personnes accompagnées et leur famille, de créer une véritable cohésion d'équipe en soutenant et aidant les professionnels dans leur démarche d'accompagnement. Cette cohésion va également pouvoir servir à développer la vigilance de chacun afin de prévenir les risques de maltraitance.

## **Section 2 : Le développement d'une vigilance partagée pour prévenir les risques de maltraitance**

Face à un risque important de développement de faits de maltraitance en raison de la population accueillie au sein des ESSMS, il est apparu nécessaire de développer une vigilance partagée afin de prévenir tout risque d'atteinte aux personnes accompagnées. Pour ce faire le législateur a prévu la mise en place d'une démarche évaluative afin d'accompagner les établissements et services dans la mise en œuvre de leur politique de bientraitance (§1), cette démarche évaluative répondant seulement en partie aux besoins de transparence des structures sociales et médico-sociale d'autres dispositifs ont été prévus (§2).

## **§1 : La démarche évaluative, un outil d'accompagnement au changement**

Face à des faits de maltraitance de plus en plus récurrents le législateur a jugé bon d'intervenir en soumettant les ESSMS à la mise en œuvre d'évaluations (A) qui supposent pour être efficace d'associer l'ensemble des acteurs de l'établissement ou du service (B).

### **A) L'évaluation des ESSMS : un moyen au service des pouvoirs publics pour lutter contre la maltraitance**

L'année 2002 a été une année charnière pour le secteur social et médico-social. En effet, Le législateur en adoptant la loi du 2 janvier 2002 a souhaité réaffirmer la place prépondérante des usagers en leur reconnaissant un certain nombre de droits dont l'effectivité doit être garantie par la mise en place par tous les ESSMS d'un certain nombre d'outils obligatoires, mais aussi par l'accomplissement de certaines démarches destinées notamment à prévenir l'atteinte aux droits des usagers ainsi reconnus. C'est dans ce cadre qu'a été instituée la démarche évaluative, celle-ci se composant d'une évaluation interne suivie d'une évaluation externe. L'évaluation interne est une auto-évaluation de l'établissement ou du service qui s'appuie sur un référentiel basé sur les recommandations de bonnes pratiques de l'ANESM, alors que pour sa part l'évaluation externe doit être réalisée par un organisme extérieur à l'établissement ou au service habilité par l'ANESM intégrée au sein de la HAS depuis le 1<sup>er</sup> avril 2018. La réalisation de telles évaluations a été vécue par les établissements et services comme une contrainte, ceux-ci estimant que « le travail auprès de l'humain ne peut pas faire l'objet d'une évaluation, ceci constituant un non-sens »<sup>55</sup>. Cette vision selon laquelle l'évaluation est une contrainte du fait de son caractère obligatoire peut s'expliquer également par le fait que le renouvellement des autorisations de fonctionnement dépend de ces évaluations, et plus particulièrement de l'évaluation externe. Avant la loi du 2 janvier 2002 les ESSMS étaient autorisés pour une durée illimitée, cette situation ne pouvant plus durer, en raison notamment du constat fait d'un certain nombre de dysfonctionnements dans certains établissements et services susceptibles d'entraîner de la maltraitance, le législateur est intervenu en disposant que dorénavant les autorisations seront délivrées pour une durée de quinze ans<sup>56</sup>.

L'instauration de ces évaluations devait permettre d'inscrire les ESSMS dans une démarche d'amélioration continue de la qualité. Ceci afin de palier à certaines difficultés rencontrées par

---

<sup>55</sup> L'humain d'abord pour des professionnels bien traités et bien traitants. Jean-Louis DESHAIES, Lætitia DEHLON. Presses de l'EHESP- 12 octobre 2017

<sup>56</sup> Article L313-1 CASF

les établissements et services, notamment au niveau organisationnel et structurel, qui étaient susceptibles d'entraîner des risques de maltraitance et de porter atteinte aux droits des personnes accompagnées. En constatant les différents dysfonctionnements au cours de ces évaluations cela aurait permis d'éviter que ceux-ci ne soient portés seuls par des personnes devenues lanceurs d'alerte du fait de l'ignorance de certaines directions malgré les alertes lancées. Or, aujourd'hui le bilan de la mise en place de ces évaluations est en demi-teinte. Bien que cette démarche évaluative soit aujourd'hui correctement intégrée par l'ensemble des établissements et services du secteur social et médico-social et que celle-ci constitue un important levier d'amélioration, plusieurs choses sont à revoir, notamment en ce qui concerne l'évaluation externe. En effet, la fiabilité des organismes habilités à effectuer cette évaluation peut se poser. Tout d'abord en ce qui concerne leur habilitation qui ne repose que sur une simple déclaration sur l'honneur du demandeur de l'habilitation puisque rien n'est prévu pour vérifier la réalité des déclarations qui figureront dans le formulaire de demande d'habilitation<sup>57</sup>. L'autre difficulté concerne le lien entretenu entre l'établissement et l'organisme évaluateur choisi par lui, celui-ci étant rémunéré directement par l'établissement ou le service évalué, cette dépendance financière peut questionner l'impartialité et l'objectivité des évaluateurs. Il n'est pas rare que des rapports d'évaluation externe ne reflètent pas la réalité et fassent l'objet de négociation entre l'évalué et l'évaluateur, lorsque par exemple l'établissement est en cours de conclusion d'un CPOM avec l'ARS.

Ainsi ce qui aurait pu constituer un appui pour les lanceurs d'alerte devient un dispositif au service des directions et organismes gestionnaires des ESSMS pour cacher, ou du moins enjoliver la situation de l'établissement ou du service. Afin de remédier à cette problématique la MECSS a présenté diverses propositions dont celles de renforcer les compétences des évaluateurs habilités en chargeant la HAS de définir des critères préalables à leur habilitation, définir la durée de l'habilitation des évaluateurs ainsi que les conditions de leur renouvellement et enfin charger un organisme tiers de choisir et de rémunérer les évaluateurs externes habilités<sup>58</sup>, ce qui permettrait de garantir une meilleure véracité et qualité des rapports évaluatifs rendus.

---

<sup>57</sup> Difficulté souligné notamment à la page 32 du rapport d'information sur « l'évolution de la démarche qualité au sein des EHPAD et de son dispositif d'évaluation » présenté par la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale le 26 juillet 2018

<sup>58</sup> Proposition n° 7-8-9 du rapport d'information sur « l'évolution de la démarche qualité au sein des EHPAD et de son dispositif d'évaluation »

Autre élément important pour que ces évaluations représentent fidèlement la situation de l'établissement ou du service est le fait de donner la parole à l'ensemble des acteurs au cours de ce processus évaluatif afin que soit souligné aussi bien les points positifs, que négatifs.

### **B) L'association de l'ensemble des acteurs au processus d'évaluation, un impératif**

Comme énoncé par le décret n°2007-975 du 15 mai 2007 qui fixe le contenu du cahier des charges pour l'évaluation des activités et de la qualité des prestations des ESSMS « L'évaluation contribue à la coopération entre les usagers, les professionnels, les gestionnaires des établissements et services sociaux et médico-sociaux et les autorités publiques », celle-ci s'inscrit donc dans une démarche coopérative et participative où chaque acteur a son importance. Tous les acteurs n'ont pas la même vision de ce qui les entoure, par exemple pour les professionnels qui travaillent au sein de ces structures il s'agit de leur lieu de travail alors que pour les personnes accompagnées il s'agit avant tout autre chose de leur lieu de vie, partant de ce constat il semble normal que les visions de ces personnes soient différentes. C'est pourquoi il est important que chaque personne soit écoutée. Il est également indispensable lors de ces évaluations que la parole soit libre, c'est-à-dire que lorsqu'une personne ose parler de ce qui ne va pas, que celle-ci ne risque pas d'être sanctionnée pour les propos tenus et les difficultés soulevées. Ainsi lors des évaluations et notamment lors de l'évaluation externe les directions devraient pouvoir parler des difficultés rencontrées sans craindre de sanctions, qui la plupart du temps prennent la forme de sanctions financières. De même pour les salariés qui constatent des dysfonctionnements et qui osent, lors de la période évaluative, les faire remonter ceux-ci doivent être écoutés aussi bien par la direction lors de l'évaluation interne que par l'organisme évaluateur lors de l'évaluation externe et surtout ces salariés ne doivent pas faire l'objet de représailles simplement parce qu'ils ont osé donner leur avis. Afin de faire émerger cette parole plusieurs mécanismes peuvent être mis en place. En ce qui concerne les professionnels ceux-ci peuvent être amenés à témoigner lors de groupe de travail, de groupe de pilotage ou encore par l'intermédiaire de questionnaires anonymisés. Ce qui est important c'est que chaque personne se sente suffisamment à l'aise pour dire ce qu'elle a pu ressentir, vivre, et ainsi proposer des pistes d'amélioration. Pour ce qui est de la libération de la parole des personnes accompagnées cela peut être un peu plus délicat puisque dans les ESSMS les personnes qui sont accompagnées sont le plus souvent en perte de dépendance que ce soit physique ou psychique. Les déficiences psychiques peuvent ainsi constituer une barrière à ce que les usagers puissent participer à ces évaluations, mais cela n'est pas impossible. Pour ce faire il est nécessaire de mettre en place des outils adaptés au public auquel on s'adresse afin de les faire participer, cela peut passer par



le conseil de la vie sociale, des enquêtes de satisfaction, des groupes de parole, des entretiens individuels... le plus important étant que la possibilité soit donnée à chaque personne de pouvoir s'exprimer en fonction de ses capacités.

Le caractère participatif de ces démarches évaluatives est donc essentiel pour rendre compte de la réalité de l'établissement ou du service, ces évaluations peuvent ainsi servir de tremplin aux personnes qui souhaitent dénoncer des dysfonctionnements à la condition que ces évaluations soient correctement menées avec impartialité et objectivité. Ce qui implique un investissement important de la part des directions et des organismes évaluateurs. Toutefois ces évaluations paraissent néanmoins insuffisantes pour remédier à l'ensemble des problématiques qui peuvent être rencontrées au sein de ces établissements et services, ceci en raison d'un manque évident de transparence de ces évaluations, notamment du fait de leur absence d'imprévisibilité.

## **§2 : Le besoin de transparence au sein des structures sociales et médico-sociales**

Face à des faits graves de maltraitance pouvant se produire au sein des ESSMS, il est apparu important pour des questions de transparence de ces établissements et services de recourir à des contrôles et inspections inopinés (A), ce besoin de transparence allant même jusqu'à interroger sur l'élargissement des compétences du contrôleur général des lieux de privation de liberté aux ESSMS (B).

### **A) L'importance de recourir aux contrôles inopinés pour répondre à un besoin de transparence**

La mise en place de la démarche évaluative au sein des ESSMS par la loi du 2 janvier 2002 a constitué une avancée majeure dans la lutte contre la maltraitance. Néanmoins ces évaluations du fait de leur caractère prévisible ne suffisent pas à remédier efficacement contre tous risques de maltraitance, même si dans les faits il apparaît utopique de pouvoir remédier de façon définitive à la maltraitance au sein des ESSMS. Le législateur a alors prévu à côté de ces évaluations, des contrôles et des inspections diligentés par les autorités de tutelle de ces établissements et services, voir même par le représentant de l'état ainsi que par les membres de l'IGAS<sup>59</sup>.

Ces contrôles et inspections, à l'inverse des évaluations, présentent comme intérêt majeur de pouvoir être effectués sans que l'établissement ou le service en soit préalablement averti. Ce

---

<sup>59</sup> Article L313-13 CASF

caractère inattendu constitue un élément fondamental de la politique menée par les pouvoirs publics visant à lutter contre les risques de maltraitance. Depuis plusieurs années, de nombreuses circulaires ont été adoptées qui rappellent toute l'importance de recourir à de tels contrôles et inspections, la dernière circulaire prise en ce sens datant de 2014, celle-ci dispose en effet que « les inspections diligentées à la suite de signalements ou de réclamations doivent être menées de manière inopinée, afin de s'assurer que les conditions d'installation, d'organisation et de fonctionnement des structures ne menacent ni ne compromettent la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes accueillies »<sup>60</sup>. Même s'il apparaît difficile qu'un établissement ait le temps de remédier à l'ensemble de ses dysfonctionnements avant la date de l'inspection ou du contrôle lorsque celui-ci a été prévenu par avance d'une telle démarche. Il est aisément plus facile dans ces conditions d'influer sur le personnel, voir même sur les personnes accueillies pour que ceux-ci ne témoignent pas lors des entretiens de dysfonctionnements qu'ils auraient pu constater. Ainsi en procédant de manière imprévisible les inspecteurs et contrôleurs ont plus de chance d'obtenir des témoignages authentiques.

Les autorités de tutelle en procédant à des inspections et des contrôles inopinés vont ainsi pouvoir venir appuyer ou au contraire démentir les dires des lanceurs d'alerte en constatant si véritablement il y a lieu à des dysfonctionnements susceptibles de conduire à de la maltraitance. Notamment lorsque ces contrôles et inspections ont lieu de manière curative, c'est-à-dire à la suite de signalements ou de plaintes. Ces inspections et contrôles pourraient par ailleurs intervenir bien avant que le dysfonctionnement fasse l'objet d'un signalement. En effet, si celui-ci est constaté lors d'une inspection ou d'un contrôle préventif, la direction de l'établissement pourra être sommée d'y remédier sans quoi des sanctions pourront être prises, ce qui éviterait de voir apparaître des lanceurs d'alerte. Que ces inspections et contrôles aient lieu de manière préventive ou curative, il ne faut pas oublier que l'objectif poursuivi est de lutter contre tous risques de maltraitance. Il n'est donc pas question que les établissements voient en ces inspections et contrôles une sanction mais bien au contraire un moyen utile de lutter coopérativement contre la maltraitance. L'idée étant de promouvoir un « droit à l'erreur » introduit notamment par la loi du 10 août 2018<sup>61</sup> qui prévoit que « les inspections et les contrôles peuvent être conduits dans une démarche d'accompagnement, en particulier lorsqu'il s'agit d'une

---

<sup>60</sup> CIRCULAIRE N° DGCS/SD2A/2014/58 du 20 février 2014 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance et au développement de la bientraitance des personnes âgées et des personnes handicapées dans les établissements et services médico-sociaux relevant de la compétence des ARS.

<sup>61</sup> LOI n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance, article L.124-1 du nouveau code des relations entre le public et l'administration

première infraction ou lorsque la structure est à l'initiative du contrôle »<sup>62</sup>, ce droit à l'erreur pourrait donc s'appliquer aux ESSMS.

Outre ces inspections et contrôles l'idée émerge depuis 2012 d'une intervention du contrôleur général des lieux de privation de liberté au sein des ESSMS, et plus particulièrement des EHPAD, ceux-ci afin de garantir une meilleure effectivité des droits des personnes accueillies.

## **B) L'idée d'un élargissement des compétences du CGLPL aux ESSMS**

Dans son rapport d'activité de 2012 Monsieur DELARUE alors CGLPL préconisait d'élargir les compétences du CGLPL aux EHPAD ceux-ci en raison d'un risque important d'atteinte aux droits fondamentaux des personnes âgées accompagnées dans ces structures. Celui-ci comparant la situation des EHPAD à ce « qu'était celle des établissements pénitentiaires ou des établissements psychiatriques, avant l'institution du contrôle général ». Cet élargissement des compétences était envisagé en complément des dispositifs déjà existant dans ce secteur que sont les évaluations, les contrôles et les inspections mis en place par les pouvoirs publics afin d'endiguer tout risque de maltraitance. Même si ces différents dispositifs permettent une meilleure surveillance des ESSMS le constat a été fait qu'ils surviennent le plus souvent à la suite de signalements ou de plaintes, sans quoi ceux-ci seraient rare. Ainsi la possibilité de voir intervenir le CGLPL de façon inopinée aurait sans doute permis de « prévenir et d'éviter des comportements non adaptés ou de voir perdurer des locaux inadéquats » comme le soulignait Madame DELAUNAY à l'époque ministre déléguée chargée des Personnes âgées et de la Dépendance. Néanmoins, cette proposition a fait l'objet de nombreuses contestations, beaucoup considérant qu'élargir les compétences du CGLPL aux EHPAD revenait à assimiler ces structures à des prisons. Or, l'une des différences majeure entre ces deux types de structures se trouvent dans la façon dont on y entre, pour l'une à la suite d'une décision d'une autorité publique, pour l'autre, quand la situation le permet en y consentant, c'est-à-dire librement. De ce fait aucune suite n'a été donnée à cette proposition controversée, qui a toutefois été de nouveau envisagée par la nouvelle contrôleur générale A. HAZAN dans son rapport d'activité de 2014 et qu'elle a réaffirmé lors d'une interview en 2018 où celle-ci juge « indispensable qu'une autorité administrative indépendante soit en charge des inspections des EHPAD »<sup>63</sup>. En

---

<sup>62</sup> Commission pour la lutte contre la maltraitance et la promotion de la bientraitance, note d'orientation pour une action globale d'appui à la bientraitance dans l'aide à l'autonomie, 2019, p. 64-65

<sup>63</sup> Paris-Match, 13 mars 2018, <https://www.parismatch.com/Actu/Societe/La-controleuse-des-prisons-prete-a-inspecter-les-Ehpad-1478834>

effet la plupart des contrôles diligentés au sein des ESSMS le sont par les autorités qui sont chargées de délivrer les autorisations de fonctionnement et qui financent ces établissements et services. Or de ce fait, les procédures de contrôles et d'inspections ne peuvent pas être faites objectivement, puisque d'un côté la direction ayant peur des sanctions préfèrent cacher les dysfonctionnements existants à l'autorité qui la contrôle, celle-ci étant également son financeur et d'un autre côté l'autorité de tarification et de contrôle en constatant les défaillances, qui le plus souvent sont liées à des manques de moyens financiers, serait amenée à reconnaître sa part de responsabilité du fait de l'insuffisance des dotations attribuées.

Ce n'est pas parce que cette proposition n'a pour l'instant pas été retenue qu'elle n'en demeure pas moins pertinente. Si le problème résulte dans le fait que ce soit le CGLPL qui fasse ce contrôle pourquoi ne pas créer un nouveau contrôleur tout-à-fait indépendant dont la mission serait exclusivement réservée au contrôle des ESSMS, et pas seulement des EHPAD puisque d'autres institutions peuvent être amenées si ce n'est à porter atteintes aux droits fondamentaux, tout du moins à les restreindre afin de vérifier que ces établissements et services respectent bien l'ensemble des droits fondamentaux reconnus à toute personne humaine. Ces contrôles en toute indépendance permettraient également d'assurer une meilleure protection aux lanceurs d'alerte de ces secteurs, en effet ceux-ci pourraient permettre de constater des dysfonctionnements et d'y remédier sans que des personnes ne doivent se battre pour être entendues à ce propos. L'autorité en charge de ces contrôles pourrait même devenir l'un des canaux à saisir par les lanceurs d'alerte dans le cas où ceux-ci constateraient des faits répréhensibles au sein des ESSMS.

Dans l'espoir que cette autorité voit le jour, il est nécessaire pour l'instant de renforcer la protection accordée à celles et ceux qui osent prendre la parole pour dénoncer des faits de maltraitance perpétrés au sein d'ESSMS.

## **Partie 2 : La protection nécessaire des lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social au regard de l'objectif de lutte contre la maltraitance**

Longtemps considérés comme des délateurs, les lanceurs d'alerte tous secteurs confondus ont fait l'objet d'une protection que tardivement. D'abord séquentielle, ce n'est que sous la pression exercée par l'Union européenne et face à l'émergence grandissante ces dernières années de cette nouvelle figure juridique que le législateur a été contraint d'intervenir en instituant un véritable cadre à la protection des lanceurs d'alerte.

Les lanceurs d'alerte sociaux et médico-sociaux n'ont ainsi pas échappé à cette démarche évolutive de protection, leur rôle en matière de lutte contre la maltraitance n'étant plus à démontrer il est apparu essentiel de protéger ceux qui protègent les plus vulnérables (Chapitre 1). Néanmoins, malgré les évolutions législatives en la matière, la protection des lanceurs d'alerte sociaux et médico-sociaux mériterait encore au regard de l'objectif de lutte contre la maltraitance poursuivi d'être perfectionnée, celle-ci demeurant encore imparfaite (Chapitre 2).

### **Chapitre 1 : L'émergence progressive d'une protection des lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social**

Afin d'encourager et protéger au mieux les salariés et agents des ESSMS qui témoignent de mauvais traitements ou privations qu'ils auraient pu constater dans le cadre de leur fonction, a été adopté à l'occasion de la loi relative aux discriminations du 13 septembre 2000 un amendement qui deviendra plus tard à l'occasion de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002 l'article L313-24 CASF. Cet article prévoit ainsi une protection spécifique de ces salariés et agents (section 1), protection qui au fil des années s'est vue renforcée en raison de la prospérité des lanceurs d'alerte ces dernières années (section 2).

#### **Section 1 : L'existence d'une protection spécifique des salariés et agents des ESSMS**

De nombreux régimes spéciaux de protection des lanceurs d'alerte ont vu le jour au fil des réformes législatives, parmi eux l'article L313-24 du code de l'action sociale et des familles qui protège les salariés et agents qui relatent ou témoignent des faits de mauvais traitements ou

de privations dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux (§1), ces salariés et agents ne pourront néanmoins bénéficier de cette protection que s'ils font preuve d'une totale intégrité dans l'émission de leur signalement (§2).

### **§1 : Le champ d'application de la protection issue de l'article L313-24 CASF**

L'article L313-24 du CASF offre aux salariés et agents qui témoignent de « mauvais traitement ou privations » (A) une protection contre toutes mesures défavorables dont ceux-ci pourraient faire l'objet du fait de leur témoignage (B).

#### **A) Une protection offerte aux salariés osant témoigner de « mauvais traitements ou privations »**

Contrairement aux articles L1152-2 et L1153-3 du code du travail qui protègent aussi bien les salariés que les personnes en formation ou en stage pour avoir témoigné ou relaté de faits d'harcèlement moral ou d'harcèlement sexuel, l'article L313-24 du CASF quant à lui n'a pas étendu la protection offerte en cas de témoignage de mauvais traitements ou privations à ces personnes en formation ou en stage, seuls sont visés par la protection les salariés et agents. Ce champ d'application restrictif peut paraître regrettable en sachant que toute personne peut être amenée à constater des faits de maltraitance et éventuellement subir des représailles du simple fait d'avoir osé par le signalement rompre avec l'omerta qui peut régner dans l'établissement ou le service. Si nous prenons par exemple le cas des stagiaires, le fait de témoigner de mauvais traitements ou privations qu'ils auraient pu constater au sein de l'établissement où ils effectuent leur stage peut mettre un terme à leur carrière professionnelle. En effet il peut être mis fin à leur période de stage et ceux-ci peuvent potentiellement être inscrits sur « une liste noire » de délateurs, les informations entre établissements circulant rapidement d'où l'importance de protéger également ces personnes.

L'article L313-24 du CASF aurait également pu prévoir une protection, non pas des personnes amenées à travailler ou être formées par la structure, mais des personnes accompagnées elles-mêmes et de leur famille. Il n'est pas rare que ces personnes constatent des faits de maltraitance ou de privations soit parce qu'elles les subissent, soit parce que l'un de leur proche les subit. Or rien n'est prévu dans les textes afin de protéger ces personnes alors que celles-ci peuvent faire l'objet de représailles pour avoir ne serait-ce qu'alerter la direction sur les faits perpétrés. Dans la même idée il peut arriver que la direction elle-même impose aux familles des situations contraires aux droits de la personne accompagnée, mais que celles-ci par

crainte de perdre la place si précieuse n'osent rien dire. Ainsi en 2012 une mère de famille qui avait placé son fils atteint de trisomie 21 dans un foyer de vie s'est vue convoquer par la directrice du foyer puisque son fils n'était pas assez « rentable » pour la structure du fait de ses nombreuses absences (hospitalisations, retours à domicile les weekend...), la directrice lui a donc fait comprendre que son fils devait rester obligatoirement un weekend sur deux sinon quoi il faudrait qu'elle lui trouve un autre établissement, or les places sont chères et malgré une atteinte flagrante à la liberté d'aller et venir de la personne accompagnée, la famille n'a eu d'autre choix que de céder<sup>64</sup>. Pour éviter ce type de situation il serait intéressant que le législateur ajoute un alinéa à l'article L313-24 du CASF afin de prévoir une protection pour les personnes accompagnées et leur famille contre le risque de « chantage à la place » lorsque celles-ci osent témoigner de mauvais traitements ou privations ou lorsqu'elles s'opposent à certaines décisions qui portent atteintes aux droits et libertés de la personne accompagnée. Cet ajout s'inscrirait dans la lignée adoptée par le législateur à l'occasion de la loi du 9 décembre 2016 qui protège toute personne physique qui procède à un signalement et pas seulement les professionnels. Le défenseur des droits étant venu préciser que « le signalement de dysfonctionnements ne peut entraîner aucune conséquence négative liée à l'alerte »<sup>65</sup>, celui-ci précisant que personne ne peut, en raison d'une alerte émise, se voir refuser ou retirer un droit comme par exemple une inscription en crèche, en centre aéré, etc. Cette protection viendrait s'ajouter à celle offerte aux salariés et agents.

### **B) Une protection contre toutes « mesures défavorables »**

Afin d'encourager, ou tout du moins éviter que les mauvais traitements ou privations passent sous silence, le législateur a prévu à l'article L313-24 du CASF une protection contre toutes mesures défavorables « en matière d'embauche, de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement du contrat de travail, ou pour décider la résiliation du contrat de travail ou une sanction disciplinaire » pour les salariés et agents des établissements et services sociaux et médico-sociaux mentionnés à l'article L312-1 CASF qui témoignent de tels faits. Cet article ainsi rédigé laisse un pouvoir d'appréciation au juge afin de savoir si la mesure prise par l'employeur est défavorable ou non mais seulement pour les matières précitées puisque cet

---

<sup>64</sup> Le prix de la liberté d'aller et venir, La gazette Santé Social, n°84 avril 2012

<sup>65</sup> Défenseur des droits, guide juillet 2017 « Orientation et protection des lanceurs d'alerte »

article emploi la locution prépositionnelle « en matière de » qui vient, contrairement à l’adverbe « notamment », limiter le champ d’intervention du juge à ces seules matières.

Une fois que la mesure prise par l’employeur a été jugée défavorable, l’article L313-24 du CASF ne donne aucune précision sur le fait de savoir si cette mesure encoure la nullité, contrairement à d’autres textes qui protègent les salariés qui ont témoigné ou relaté de faits répréhensibles<sup>66</sup>. En effet cet article dispose seulement à son alinéa 2 qu’en « cas de licenciement, le juge peut prononcer la réintégration du salarié concerné si celui-ci le demande ». Néanmoins, la chambre sociale de la cour de cassation par un important arrêt du 26 septembre 2007<sup>67</sup> a eu à se prononcer sur l’application de la protection offerte par l’article L313-24 du CASF, et celle-ci va juger que lorsqu’un salarié d’un établissement social ou médico-social (en l’espèce il s’agissait d’un centre d’aide pour le travail) fait l’objet d’un licenciement pour avoir témoigné de mauvais traitements ou privations, ce licenciement est nul. La cour de cassation va déduire la nullité de ce licenciement du « pouvoir reconnu par l’article L313-24 du CASF au juge de prononcer la réintégration du salarié licencié ». Ce qui signifie qu’en cas de nullité du licenciement le salarié a un droit à réintégration de sorte que le juge doit prononcer cette réintégration, le salarié devant tout de même la réclamer celle-ci n’étant pas automatique. Selon D. BOULMIER dans le cas où le salarié ne demande pas expressément sa réintégration, le juge est tout de même tenu de retenir la nullité du licenciement « dès lors que la cour de cassation a décidé que le pouvoir donné au juge de prononcer une réintégration impliquait un licenciement nul »<sup>68</sup>. La cour de cassation va même aller plus loin dans la protection accordée en jugeant que si l’employeur motive sa lettre de licenciement en invoquant le fait que le salarié ait témoigné d’actes de maltraitance ce licenciement est nul sans que le juge ait besoin d’analyser les autres motifs invoqués par l’employeur. Cette solution venue faire jurisprudence va notamment être reprise par la Cour d’appel d’Orléans dans son arrêt du 4 mai 2010, celle-ci jugeant « que la seule invocation de la dénonciation de maltraitance aux autorités dans la lettre de licenciement suffit à entraîner la nullité du licenciement sans que la cour ait à examiner les autres griefs invoqués »<sup>69</sup>. Donc pour qu’un licenciement ne soit pas jugé illicite il importe à l’employeur de ne pas le motiver sur la base d’un témoignage d’actes de maltraitance, c’est ce

---

<sup>66</sup> Voir notamment : article L1152-3 code du travail concernant le harcèlement moral ; article L1132-4 C. travail qui s’applique en ce qui concerne les crimes et délits ou pour avoir signalé une alerte dans le respect de la loi Sapin II ou encore l’article L1161-1 code du travail en matière de corruption

<sup>67</sup> Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 26 septembre 2007, 06-40.039, Publié au bulletin

<sup>68</sup> D. BOULMIER, les lanceurs d’alerte dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux : à propos de l’article L313-24 CASF, RDSS n°3, 2015

<sup>69</sup> Cour d’appel d’Orléans – 4 mai 2010 – n° 282/10



qu'a confirmé la chambre sociale de la cour de cassation dans un arrêt du 6 octobre 2017 « mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté, sans dénaturation, que la lettre de licenciement faisait apparaître que la salariée n'avait pas été licenciée en violation de l'article L. 313-24 du code de l'action sociale et des familles pour avoir signalé aux autorités des actes de maltraitance mais pour des faits d'insuffisance professionnelle, son employeur lui reprochant un management inadapté ainsi que le non-respect des règles internes de fonctionnement en cas de constatation d'actes graves au sein de l'établissement, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision »<sup>70</sup>. Toutefois, pour éviter que l'employeur cache la véritable raison du licenciement, à savoir la dénonciation de faits de maltraitance en se fondant sur un autre motif, la cour de cassation a pu par le passé juger que le motif invoqué doit être la vraie raison de la rupture. En ce sens il appartient alors au juge de rechercher la vérité, notamment lorsque le salarié invoque un motif de rupture différent de celui présenté dans la lettre de licenciement<sup>71</sup>, ce qui explique l'emploi du terme « constaté » par la cour de cassation dans son arrêt du 6 octobre 2017.

Ainsi la protection conférée par l'article L313-24 du CASF aux salariés et agents licenciés pour avoir témoigné ou relaté d'actes de maltraitance se trouve renforcée par l'intervention de la Cour de cassation. Néanmoins cette protection ne sera accordée qu'au regard de l'intégrité de ces salariés et agents.

## **§2 : L'intégrité condition *sine qua non* pour bénéficier de la protection issue de l'article L313-24 du CASF**

Pour pouvoir prétendre à la protection de l'article L313-24 du CASF les salariés et agents qui témoignent ou relatent de mauvais traitements ou privations doivent présenter une garantie de bonne foi (A), sans quoi ils pourront faire l'objet de sanctions dès lors que leur mauvaise foi est établie (B).

### **A) L'exigence de bonne foi**

Notion ancienne, d'inspiration religieuse, la bonne foi transparaît aujourd'hui dans tous les domaines de notre droit. De ce fait, il n'est pas surprenant de la retrouver dans les textes qui ont vocation à s'appliquer aux lanceurs d'alerte quel que soit le domaine concerné. Toutefois, s'agissant du secteur social et médico-social l'exigence de bonne foi n'est pas expressément mentionnée par l'article L313-24 du CASF, celle-ci apparaissant à travers les jurisprudences administratives et judiciaires, plus particulièrement depuis un arrêt de la Cour de Cassation du

---

<sup>70</sup> Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 6 octobre 2017, 15-29.391

<sup>71</sup> Cour de Cassation, Chambre sociale, du 10 avril 1996, 93-41.755, Publié au bulletin

9 décembre 2009<sup>72</sup> où la Cour va juger que la mauvaise foi d'un salarié qui signale des mauvais traitements ou privations l'exclut du bénéfice de la protection reconnue par l'article L313-24 CASF<sup>73</sup>. Ainsi la protection accordée par l'article L313-24 CASF et confortée par l'arrêt de la Cour de Cassation du 26 septembre 2007 (vu ci-dessus) trouve sa limite dans l'exigence de bonne foi de la personne qui témoigne. Néanmoins, la Cour de Cassation retient que pour que la mauvaise foi du salarié soit reconnue il ne suffit pas que les faits dénoncés soient faux, il faut également que le salarié ait connaissance de la fausseté des faits<sup>74</sup>. Ce qui suppose de la part de l'employeur, sur qui repose la charge de la preuve en application de l'article 2274 du code civil<sup>75</sup>, de prouver que les faits dénoncés ne sont pas établis mais aussi que le salarié en avait connaissance.

Cette connaissance de la fausseté des faits relatés peut notamment se poser lorsque le salarié à l'origine du témoignage n'a pas eu connaissance personnellement des faits de mauvais traitements ou privations mais les a su par exemple par l'intermédiaire d'un autre collègue de travail. L'article L313-24 du CASF n'interdit pas dans cette situation le témoignage, celui-ci ne prévoyant pas de condition concernant la source de la connaissance des faits révélés. Il est donc important de « bien distinguer le témoignage de mauvaise foi de celui reposant sur des accusations sans fondement »<sup>76</sup>. Néanmoins, depuis l'adoption de la loi du 9 décembre 2016 la personne qui souhaite procéder à un signalement doit avoir eu personnellement connaissance des faits qu'elle souhaite relater, ceci étant une des conditions pour que la protection issue de cette loi soit effective.

Ainsi la bonne foi constitue une condition *sine qua non* à l'application de la protection issue de l'article L313-24 du CASF du fait notamment de l'intervention des juges. Cette exigence de bonne foi se retrouve également dans la loi du 9 décembre 2016, celle-ci dispose expressément à son article 6 « qu'un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi (...) », cette loi ayant aussi vocation à s'appliquer aux

---

<sup>72</sup> Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 9 décembre 2009, 08-42.666, Inédit

<sup>73</sup> Voir pour un autre exemple l'arrêt de la Cour d'appel, Toulouse, 4e chambre sociale, 1re section, 10 Février 2017 – n° 14/04697 ou encore CAA de NANCY, 4ème chambre - formation à 3, 19/04/2016, 15NC00346

<sup>74</sup> V. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 7 février 2012, 10-18.035 à propos d'une situation de harcèlement moral ou encore toujours pour une situation de harcèlement moral Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 septembre 2010, 09-42.057

<sup>75</sup> « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ».

<sup>76</sup> D. BOULMIER, les lanceurs d'alerte dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux : à propos de l'article L313-24 CASF, RDSS n°3, 2015

lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social ceux-ci ont tout intérêt à témoigner de bonne foi sans quoi ils pourront faire l'objet de sanctions.

## **B) La sanction de la mauvaise foi**

Lorsqu'une personne qui travaille au sein d'un établissement ou d'un service témoigne de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accompagnée celle-ci peut en principe prétendre à la protection offerte par l'article L313-24 du CASF. Néanmoins cette protection ne trouvera pas à s'appliquer dès lors qu'aura été démontrée la mauvaise foi de la personne qui témoigne, ceci étant l'une des conséquences de cette mauvaise foi<sup>77</sup>. Ainsi cette personne pourra faire l'objet de sanctions disciplinaires qui peuvent aller jusqu'au licenciement. Si davantage l'employeur apporte la preuve qu'au-delà de la mauvaise foi le salarié avait l'intention de nuire à la structure dans laquelle il était employé à l'époque du témoignage, celui-ci pourra être condamné à réparer le préjudice subi par la structure.

Sur le plan pénal il n'est pas rare qu'à la suite d'un témoignage de faits de maltraitance ou de privations la direction de la structure mise en cause saisisse la justice pour diffamation et/ ou dénonciation calomnieuse. La diffamation consiste en « l'allégation ou l'imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur et à la considération d'une personne »<sup>78</sup>, celle-ci pouvant être publique ou privée. Quant à la dénonciation calomnieuse, l'article 226-10 du code pénal l'a défini comme « la dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact ». La possibilité d'être condamné sur l'un de ces deux fondements peut constituer une barrière à ce que les personnes osent témoigner de faits de maltraitements ou de privations dont elles ont pu être témoins. Néanmoins il est nécessaire que les personnes morales ou physiques mises en cause puissent se défendre en cas d'abus. En effet il peut arriver qu'un salarié entretienne des relations difficiles avec un collègue ou sa direction et par malveillance essaye de lui porter préjudice en dénonçant des actes de maltraitance non avérés qui peuvent être lourds de conséquences. C'est ce qu'il s'est produit dans un arrêt de la Cour de cassation du 16 octobre 2018<sup>79</sup>. Dans cette affaire une AMP d'une structure spécialisée dans l'accueil d'adultes atteints d'autisme s'est vue condamner à trois mois d'emprisonnements avec sursis pour dénonciation calomnieuse, celle-ci ayant témoigné auprès de différentes autorités (ARS, association ALMA..) de nombreux cas

---

<sup>77</sup> Voir pour exemple l'arrêt de la ch. Soc. De la Cour de Cassation du 21 juin 2018 pourvoi n° 16-27.649

<sup>78</sup> Article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

<sup>79</sup> Cour de cassation – Chambre criminelle – 16 octobre 2018 – n° 17-86.387

de maltraitances se produisant dans cette structure. Toutefois le tribunal a relevé que la salariée souhaitait « surtout que son directeur soit reconnu comme incompétent et maltraitant (...) cette dernière ayant déclaré qu'elle « voulait la tête du directeur ». Les propos ainsi tenus démontrant l'animosité de la salariée à l'égard de son directeur et son envie de lui porter préjudice.

Toutefois ce risque de condamnation est à relativiser puisqu'en ce qui concerne la dénonciation calomnieuse le texte précise bien que la personne auteure de la dénonciation ne sera condamnée sur le fondement de la calomnie qu'à condition qu'elle connaisse l'inexactitude totale ou partielle des faits dénoncés. Ce qui permet de laisser une marge d'erreur aux personnes qui veulent témoigner sans que celles-ci n'encourent la condamnation prévue à l'article 226-10 du code pénal<sup>80</sup>. Il faudra cependant faire attention à ne pas dénoncer sans fondement puisque cela peut entraîner une condamnation à payer des dommages et intérêts sur le plan civil.

Concernant la diffamation la situation est plus délicate. Il est plus difficile pour les salariés de se protéger contre cette accusation si les faits témoignés s'avèrent fondés. En cas d'accusation de diffamation le plus souvent il appartiendra au juge d'établir en fonction de chaque situation s'il y a lieu ou pas à diffamation, ce qui entraîne toutefois une certaine insécurité juridique. Peut-être que l'adoption de la loi Sapin II offrira une meilleure protection aux salariés contre ce risque celle-ci prévoyant à son article 8 que « toute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement aux personnes et organismes mentionnés aux deux premiers alinéas du I de l'article 8 est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende », la menace d'accusation de diffamation pouvant sans doute constituer un obstacle à la transmission d'un signalement, reste à savoir quelle sera la position adoptée par les juges.

## **Section 2 : Un renforcement progressif de la protection accordée aux lanceurs d'alerte des ESSMS**

Le besoin de transparence de notre société doublé par l'émergence grandissante de lanceurs d'alerte dans différents secteurs d'activités a conduit le législateur français, sous l'impulsion de l'Union Européenne, à adopter le 9 décembre 2016 une loi consacrant pour la première fois en France un régime général de protection des lanceurs d'alertes impactant l'ensemble des secteurs d'activités y compris le domaine social et médico-social (§1), ce régime

---

<sup>80</sup> Cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende

de protection ayant été accompagné par la désignation et l'apparition de divers organismes venant seconder les lanceurs d'alerte dans la conduite de leur combat (§2).

### **§1 : La consécration d'une législation nationale plus protectrice des lanceurs d'alerte impactant le secteur social et médico-social**

A l'occasion de l'adoption de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 le législateur a fait le choix de doter pour la première fois la France d'un régime général de protection des lanceurs d'alerte à travers un chapitre intitulé « de la protection des lanceurs d'alerte » (A). L'adoption de ce nouveau cadre censé être plus protecteur induit nécessairement une révision de la protection prévue par l'article L313-24 du CASF en faveur des professionnels lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social (B).

#### **A) Une protection des lanceurs d'alerte en apparence renforcée par l'adoption d'un cadre général**

Face à une protection sectorielle des lanceurs d'alerte peu cohérente le législateur français a décidé sous l'influence de l'Union Européenne d'intervenir en adoptant le 9 décembre 2016 la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 qui offre pour la première fois un cadre général à la protection des lanceurs d'alerte. Même si cette loi offre une protection renforcée aux lanceurs d'alerte en prévoyant à leur égard un régime d'irresponsabilité pénale, une confidentialité de leur identité, ainsi qu'une nullité des mesures de représailles que ce soit dans le cadre du travail ou dans tout autre domaine autres que professionnels avec un aménagement de la charge de la preuve et la prévision de sanctions civiles et pénales contre celui qui essaye d'empêcher par son action le lancement d'une alerte ou qui divulgue l'identité du lanceur d'alerte, celle-ci a connu et connaît encore aujourd'hui de vives critiques. La première de ces critiques vient de la définition retenue du lanceur d'alerte. En effet, par la loi du 9 décembre 2016 le législateur a retenu une définition étroite du lanceur d'alerte limitée aux seules personnes physiques, alors même que trois ans auparavant celui-ci retenait en matière de santé et d'environnement<sup>81</sup> une définition large du lanceur d'alerte en l'étendant aussi bien aux personnes physiques que morales. En excluant les personnes morales de la protection accordée par la loi du 9 décembre 2016 le législateur inscrit le lanceur d'alerte dans une conception purement individualiste, or l'alerte a vocation à être beaucoup plus efficace si celle-ci est portée collectivement. Néanmoins comme le souligne F. LUDWICZAK « l'exclusion légale des personnes morales de la définition

---

<sup>81</sup>LOI n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte

du lanceur d'alerte n'interdit toutefois pas une participation de ces dernières à l'opération de révélation ou de signalement de l'information », celui-ci relevant également que cette exclusion des personnes morales les dispense donc de la procédure de signalement prévue à l'article 8 de la loi de 2016 qui est relativement contraignante<sup>82</sup>.

En effet, pour pouvoir prétendre à la protection prévue par la loi Sapin II la personne qui émet une alerte doit, au-delà d'être de bonne foi et désintéressée, suivre une procédure graduée en trois temps. Le premier temps consiste à alerter par la voie interne, c'est-à-dire porter à la connaissance du « supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci » le signalement de l'alerte, dans le cas où l'alerte n'a pas fait l'objet d'un traitement interne dans un délai raisonnable la personne pourra dans un second temps saisir l'autorité judiciaire ou administrative compétente pour traiter l'alerte, enfin si dans un délai de trois mois l'alerte n'a toujours pas été traitée la personne aura la possibilité de rendre publique son alerte. Le problème avec la mise en place de cette procédure c'est que le salarié ou l'agent lanceur d'alerte va se retrouver directement confronté à sa hiérarchie, la loi n'ayant pas pris en compte le dilemme entre liberté de parole et dépendance des salariés et agents vis-à-vis de leur emploi. Il aurait fallu que le législateur rende obligatoire la désignation d'un référent externe à la structure pour réceptionner et traiter les alertes et pas seulement laisser cette possibilité au libre choix de l'employeur. L'autre problématique vient du délai raisonnable laissé aux récepteurs de l'alerte dans le premier temps de la procédure. En ne définissant pas la durée de ce délai le législateur laisse au juge un pouvoir d'appréciation, ce qui est source d'insécurité juridique pour les lanceurs d'alerte ceux-ci ne sachant pas exactement à partir de quel moment ils pourront passer à la seconde phase de la procédure.

En dehors de ces points de divergence une réflexion doit par ailleurs être menée afin de déterminer les conditions d'articulation entre le régime général de protection des lanceurs d'alerte érigé par la loi du 9 décembre 2016 et les régimes spéciaux de signalement qui préexistaient avant l'adoption de cette loi, tel est le cas du régime institué par l'article L313-24 du CASF en matière sociale et médico-sociale.

---

<sup>82</sup> Franck LUDWICZAK, Le droit d'alerte aux risques de la répression pénale, Mathieu DISANT, Delphine POLLET-PANOUSSIS, Les Lanceurs d'alerte : quelle protection juridique ? Quelles limites?, LGDJ, 2017

## **B) La révision de l'article L313-24 du CASF au regard du nouveau cadre adopté : une nécessité**

Avant l'adoption de la loi du 9 décembre 2016 l'article L313-24 du CASF nécessitait déjà un remaniement, sa protection se révélant moins protectrice que celle accordée aux lanceurs d'alerte d'autres domaines. L'adoption de la loi de 2016 n'a fait que confirmer ce besoin de révision, d'une part pour mieux protéger les lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social et d'autre part pour mettre fin aux ambiguïtés existantes entre la protection prévue à l'article L313-24 du CASF et le cadre général de protection des lanceurs d'alerte récemment adopté. En effet la coexistence de ces deux textes interroge sur le texte applicable lorsqu'un professionnel procède au signalement de mauvais traitements ou privations. Les mauvais traitements et privations pouvant entrer dans le cadre prévu à l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 qui prévoit une protection pour toute personne physique qui révèle un crime, un délit ou encore une menace grave pour l'intérêt général, quant à l'article L313-24 du CASF celui-ci a été expressément prévu pour protéger les salariés et agents témoignant ou relatant de mauvais traitements ou privations. Selon que l'on applique l'un ou l'autre de ces textes les conditions à respecter pour se voir appliquer la protection ne sont pas les mêmes. Par exemple pour bénéficier de la protection instituée par la loi du 9 décembre 2016 un salarié ou un agent lanceur d'alerte doit respecter une procédure graduée<sup>83</sup>, alors que de son côté le CASF ne pose aucune procédure. De même en ce qui concerne la connaissance des faits relatés, la loi de 2016 dispose que la personne physique doit avoir eu personnellement connaissance des faits à l'origine du signalement, condition qui ne figure pas à l'article L313-24 du CASF. Ces disparités entre les textes peuvent donc poser problème selon le fondement sur lequel s'appuient les professionnels lanceurs d'alerte pour mener à bien leur démarche de signalement. Le plus sage serait toutefois de respecter les conditions imposées par la loi du 9 décembre 2016 afin de pouvoir invoquer la protection de cette loi mais aussi celle prévue à l'article L313-24, les jurisprudences en la matière démontrant que les juges ont tendance à se référer aux conditions mises en place par la loi de 2016 pour appliquer ou non la protection issue de l'article L313-24 du CASF<sup>84</sup>.

Au regard de la complexité des systèmes de protection mis en place le lanceur d'alerte qu'il soit professionnel ou non peut vite se sentir perdu et commettre des erreurs dans la conduite de

---

<sup>83</sup> Voir ci-dessus partie A) Une protection en apparence renforcée par l'adoption d'un cadre général en faveur des lanceurs d'alerte

<sup>84</sup> Voir pour exemple TGI Toulouse, 21 novembre 2017, n°4363/17, dans cet arrêt la salariée a pu revendiquer le statut de lanceuse d'alerte celle-ci ayant notamment respecté la procédure graduée mise en place en 2016 alors même qu'au moment des faits à l'origine du signalement cette procédure n'existait pas.

son signalement, erreurs pouvant l'exclure de la protection légale prévue. Pour éviter ce genre de situation sont apparus divers organismes qui ont vocation à appuyer et orienter les lanceurs d'alerte dans leur démarche quel que soit leur statut.

## **§2 : Le besoin d'appui des lanceurs d'alerte dans la conduite de leur combat**

A la lecture des témoignages de lanceurs d'alerte un point commun ressort : la solitude. Cette solitude se traduit le plus souvent par un suicide social, professionnel et financier. Afin de soutenir les lanceurs d'alerte dans leur démarche il est apparu urgent de désigner une autorité chargée de les accompagner et de les protéger, ce rôle ayant été confié au défenseur des droits (A). Hormis le défenseur des droits ont émergé progressivement divers organismes qui se sont donnés pour rôle de protéger ces personnes œuvrant pour l'intérêt général (B).

### **A) L'importance du rôle joué par le défenseur des droits auprès des lanceurs d'alerte dans leur lutte contre la maltraitance**

Protecteur des droits et libertés des personnes, le défenseur des droits s'est vu confier par la loi n° 2016-1690 du 9 décembre 2016<sup>85</sup> l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte. A cette fin a été publié en juillet 2017 un guide<sup>86</sup> qui s'adresse à chaque personne souhaitant signaler des faits répréhensibles dont elle a pu avoir personnellement connaissance. A travers ce guide le défenseur des droits présente la procédure à suivre pour lancer une alerte quel que soit le domaine concerné par celle-ci. A cette occasion celui-ci rappelle qu'il n'est pas l'autorité compétente pour faire cesser les dysfonctionnements à l'origine de l'alerte, cette compétence relevant des autorités désignés à l'article 8 de la loi Sapin II. Néanmoins en cas de doute sur l'organisme ou l'autorité à saisir pour remédier aux faits à l'origine de l'alerte il sera possible à toute personne de saisir le défenseur des droits afin que celui-ci l'oriente dans sa démarche. Reste à savoir pour ce dernier vers quelle autorité orienter la personne lanceuse d'alerte, la loi ne précisant pas qui doit traiter des alertes dans les différents domaines. Se pose ainsi la question de savoir si le défenseur des droits peut être habilité à intervenir comme autorité administrative au regard des domaines de compétences qui lui ont été dévolus par la loi de 2011<sup>87</sup>.

Au-delà de sa mission d'orientation, le défenseur des droits pourra également se voir saisir par toute personne qui estime avoir fait l'objet de mesures de rétorsions ou de représailles en

---

<sup>85</sup> LOI organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte

<sup>86</sup> Guide juillet 2017 « Orientation et protection des lanceurs d'alerte »

<sup>87</sup> LOI organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits



raison d'un signalement émis afin que celui-ci, après analyse de la situation, intervienne pour les faire cesser. En reconnaissant la compétence du défenseur des droits dans ce domaine, le législateur offre une garantie supplémentaire à la protection accordée aux lanceurs d'alerte. Ceux-ci pouvant se tourner vers une autorité présentant toutes les garanties d'indépendances afin de les aider dans la conduite de leur combat.

S'agissant plus particulièrement du secteur social et médico-social cet ajout de compétence en matière de protection des lanceurs d'alerte est propice à la lutte contre les risques de mauvais traitements et privations en institution menée par le défenseur des droits dans le cadre de ces compétences en matière de lutte contre les discriminations, protection des droits et libertés des usagers du service public et de protection des droits de l'enfant. En effet en désignant le défenseur des droits comme autorité en charge d'orienter et protéger les lanceurs d'alerte le législateur encourage, en ce qui concerne le secteur social et médico-social, les lanceurs d'alerte à signaler les cas de mauvais traitements et privations dont ils peuvent être témoin en ayant comme protecteur une autorité qui partage le même combat de lutte contre la maltraitance. Ce qui lui donne encore plus de légitimité à les défendre.

Outre le défenseur des droits les lanceurs d'alerte peuvent également compter sur l'existence d'autres entités afin de les protéger dans le combat qu'ils mènent.

### **B) L'existence d'organismes de soutien des lanceurs d'alerte : garantie d'une meilleure protection**

Lancer une alerte n'est pas un acte anodin, harcèlements, agressions, pressions, procès, licenciement sont souvent ce qui attend le lanceur d'alerte qui a osé braver tous les risques pour œuvrer dans l'intérêt général. Face à de tels risques vont apparaître diverses entités qui se sont données pour rôle d'accompagner et de protéger ces personnes lanceuses d'alerte. C'est ainsi qu'est née récemment en France la maison des lanceurs d'alerte<sup>88</sup> qui a pour objectif de fournir aux lanceurs d'alerte « un accompagnement personnel juridique, technique, psychologique, médiatique, financier et social »<sup>89</sup>. Avant la mise en place de cette maison la protection des lanceurs d'alerte était assurée de manière disparate par diverses associations qui avaient vocation à œuvrer dans un domaine bien précis (environnement, santé, financier...). Le choix

---

<sup>88</sup> Il s'agit de la première maison des lanceurs d'alerte en France, au niveau international d'autres organisations ont vu le jour qui poursuivent le même objectif de défense des lanceurs d'alerte comme par exemple la plateforme de protection des lanceurs d'alerte en Afrique (PPLAAF)

<sup>89</sup> <https://mlalerte.org/>

a donc été fait, afin de renforcer la lutte pour la protection des lanceurs d’alerte, de regrouper les moyens et les expériences des diverses associations. Ce regroupement va également permettre aux associations adhérentes de gagner en légitimité auprès du législateur pour faire avancer la législation en la matière mais aussi pour gagner en visibilité auprès des personnes amenées à devenir lanceur d’alerte. L’appui des associations dans le combat mené par les lanceurs d’alerte est indispensable pour une libre expression. Sans cet appui beaucoup de personnes n’oseraient pas prendre la parole pour dénoncer les faits dont elles sont témoins par peur mais également par manque de connaissances des textes en vigueur puisque malgré l’unification opérée par la loi Sapin II l’ensemble du dispositif en vigueur reste encore difficile à appréhender comme en témoigne par exemple l’ambiguïté existante entre d’une part la loi Sapin II et d’autre part l’article L313-24 du CASF.

Concernant plus particulièrement les lanceurs d’alerte du secteur social et médico-social ceux-ci peuvent également prendre appui sur un organisme spécifiquement dédié à la lutte contre la maltraitance qui est la fédération 3977. Cette fédération peut servir de relai aux lanceurs d’alerte, en effet il leur est tout à fait possible de la contacter pour signaler des cas de mauvais traitements ou privations dont ils ont été témoins, l’appel étant couvert par l’anonymat. Il appartiendra par la suite à la fédération de prendre les dispositions nécessaires pour vérifier les faits relatés et y mettre un terme si ceux-ci s’avèrent fondés.

Ce relai ainsi offert permet aux personnes qui souhaitent émettre une alerte de ne pas prendre de risque puisque même si la loi protège de plus en plus les lanceurs d’alerte celle-ci reste encore fragile et mériterait d’être perfectionnée.

## **Chapitre 2 : Une protection des lanceurs d’alerte du secteur social et médico-social à perfectionner**

Malgré la protection conférée à l’article L313-24 du CASF et les récentes évolutions législatives et réglementaires qui ont permis d’adopter un cadre général plus protecteur des lanceurs d’alerte, lancer une alerte apparaît toujours aujourd’hui comme périlleux (Section 1), les lanceurs d’alerte ayant besoin d’un meilleur accompagnement pour déployer leur alerte (Section 2).

## **Section 1 : Lancer une alerte, un acte périlleux**

La récente situation d'H. KHERIEF, aide-soignante employée par un EHPAD privé qui a osé dénoncer les conditions de prise en charge indignes des résidents et qui quelques jours plus tard s'est vue notifier un licenciement par la structure qui l'employait (un hôpital privé indépendant de l'EHPAD en cause) témoigne de la difficulté encore aujourd'hui pour les lanceurs d'alerte de prendre la parole (§1), cette prise de parole pour dénoncer l'inacceptable s'accompagnant le plus souvent de poursuites pénales (§2).

### **§1 : Une prise de parole difficile**

Il n'est jamais facile de prendre la parole pour dénoncer, cette difficulté est exacerbée pour les salariés lanceurs d'alerte ceux-ci étant tenus par une obligation de loyauté envers leur employeur qui va venir encadrer leur liberté d'expression (A). Une fois le courage trouvé de prendre la parole le lanceur d'alerte qu'il soit salarié ou non peut décider en vertu de sa liberté d'expression de révéler par voie de presse les faits dont il a été témoin, cette révélation n'étant toutefois pas sans risque (B).

#### **A) La liberté d'expression des salariés lanceurs d'alerte encadrée par une obligation de loyauté**

Pilier des droits civiques la liberté d'expression est au fondement même de toute société démocratique. Rappelée à plusieurs reprises dans différents textes de droit, la liberté d'expression est le droit de toute personne à exprimer ce qu'elle pense ou ressent par quelque moyen que ce soit. À ce droit à la libre expression viennent se greffer le droit à être informé et à pouvoir diffuser des informations, sans lesquels l'expression ne peut être libre. Selon la Cour européenne des droits de l'homme la liberté d'expression « vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique » »<sup>90</sup>. Cette liberté n'est toutefois pas absolue, plusieurs limites existent à l'exercice de ce droit et notamment la préservation de l'ordre public. A cette limite peut également s'ajouter un dilemme moral, susceptible de limiter la liberté d'expression, qui est l'obligation de loyauté des salariés envers leur employeur. Dans

---

<sup>90</sup> CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c/ Royaume-Uni, req. n°5493/72

la fonction publique cette obligation de loyauté se décline sous la forme d'un devoir de réserve avec une force supplémentaire du fait de la nature juridique de l'employeur.

L'obligation de loyauté des salariés découle de l'article L1222-1 du code du travail qui dispose que « le contrat de travail est exécuté de bonne foi ». Ainsi, lorsqu'un salarié souhaite lancer une alerte se pose la question de la difficile conciliation entre d'une part le droit à la libre expression des salariés et d'autre part l'obligation de loyauté qui est leur envers l'employeur. Les ESSMS, comme tout autre employeur, ont le droit d'exiger que le personnel ne nuise pas au bon fonctionnement ou à la réputation de la structure. Cette obligation de loyauté et de réserve se retrouve dans l'esprit de la loi du 9 décembre 2016. En effet à travers les différents canaux de signalement prévus la loi fait prévaloir l'obligation de loyauté des salariés puisque ceux-ci doivent en premier lieu porter à « la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci » le signalement d'une alerte. Cette loi en prévoyant cette procédure de signalement s'inspire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui dans son arrêt *GUJA c/ Moldova*<sup>91</sup> et plus récemment dans son arrêt *HEINISCH c/ Allemagne* a jugé qu'un « employé souhaitant divulguer des informations doit s'adresser en premier lieu à ses supérieurs ou à une autre autorité compétente. Ce n'est que lorsque cela s'avère clairement infaisable que les informations, en dernier ressort, peuvent être portés à la connaissance du public »<sup>92</sup>.

Cette obligation de loyauté peut donc constituer un frein à la libre expression des salariés lanceurs d'alerte, puisqu'au-delà des éventuelles sanctions qu'ils peuvent encourir si un manquement à cette obligation est constaté, ceux-ci sont surtout confrontés à un dilemme moral qui se situe entre leur loyauté à l'employeur et une certaine éthique qui les empêche de continuer à exécuter leurs obligations professionnelles et se taire face à des faits jugés répréhensibles par la société.

Finalement, la loyauté du salarié lanceur d'alerte ne doit-elle pas aller vers les valeurs portés par la société civile ? Ainsi lorsqu'un employeur manque à ces valeurs le salarié serait non pas tenu par une obligation de loyauté à l'égard de l'employeur mais à une obligation de loyauté envers la société civile.

---

<sup>91</sup> CEDH, Gr. Ch., 2 février 2008, *Guja c. Moldova*, n° 14277/04

<sup>92</sup> CEDH, 21 octobre 2011, *Heinisch c. Allemagne*, n° 28274/08

## **B) Une révélation par voie de presse risquée**

Si la révélation par voie de presse permet aux lanceurs d'alerte de contourner l'immobilisme des directions d'ESSMS face à des faits de maltraitance, ce recours à la voie médiatique doit toutefois être mesuré. En effet, la saisine directe des médias par un lanceur d'alerte conduira ce dernier à l'inopposabilité de la protection prévue par la loi du 9 décembre 2016, puisque cette loi dispose qu'un lanceur d'alerte avant d'alerter le public doit respecter un délai de trois mois durant lequel l'autorité saisie du signalement doit en procéder au traitement.

Néanmoins malgré le risque encouru certains lanceurs d'alerte font le choix de ne pas respecter la procédure de recueil des signalements issue de la loi du 9 décembre 2016 en faisant porter leur alerte directement par un journaliste. Cette décision peut s'expliquer par le fait que la loi du 9 décembre 2016 ne garantit pas l'anonymat du lanceur d'alerte, seule une stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement est prévue par la loi. Ce qui suppose que le lanceur d'alerte se retrouve directement confronté à sa hiérarchie, voir aux autorités compétentes ce qui peut dissuader à utiliser cette procédure. Alors qu'en recourant à un journaliste les lanceurs d'alerte bénéficient de l'anonymat garanti par le secret des sources des journalistes. En effet, la loi Dati du 4 janvier 2010 dispose qu'« il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi. Cette atteinte ne peut en aucun cas consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources »<sup>93</sup>. Le député Étienne BLANC dans son rapport déposé le 2 avril 2008 rappelle qu'aux termes de la Recommandation 2000/7 du Conseil de l'Europe la notion de source recouvre deux éléments à savoir « la source proprement dite, qui désigne toute personne qui fournit des informations à un journaliste mais aussi les informations permettant d'identifier une source »<sup>94</sup> entendu par la CEDH comme visant les « circonstances concrètes de l'obtention d'informations par un journaliste auprès d'une source » mais aussi « la partie non publiée de l'information fournie par une source à un journaliste »<sup>95</sup>.

Pour bénéficier de cette protection des sources journalistiques le lanceur d'alerte devra faire attention de confier son alerte à un journaliste entendu par la loi Dati comme « toute personne

---

<sup>93</sup> Article 1 LOI n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes

<sup>94</sup> Assemblée Nationale Rapport n°771 déposé le 2 avril 2008 par M. Étienne BLANC fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (N°735) relatif à la protection du secret des sources des journalistes

<sup>95</sup> CEDH, AFFAIRE TELEGRAAF MEDIA NEDERLAND LANDELIJKE MEDIA B.V. ET AUTRES c. PAYS-BAS, 22 novembre 2012, 39315/06

qui, exerçant sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, de communication au public en ligne, de communication audiovisuelle ou une ou plusieurs agences de presse, y pratique, à titre régulier et rétribué, le recueil d'informations et leur diffusion au public ». Ce qui exclut les personnes qui publient des articles de façon bénévole sans contrepartie pécuniaire. De plus il faut pour que le lanceur d'alerte puisse prétendre à la protection des sources journalistiques que l'alerte soit diffusée (au moins en partie) dans le but d'informer le public puisque la loi dispose que « Le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public ».

Il faut également que le lanceur d'alerte soit conscient que lorsqu'il confie son alerte à un journaliste il risque de perdre la main sur celle-ci en ne pouvant plus intervenir dans les débats publics sans révéler son identité.

A l'heure où le numérique permet une communication massive et rapide des informations le lanceur d'alerte doit être particulièrement vigilant à la façon dont il rend public son alerte sans quoi il risque de perdre non seulement la protection spécifique aux lanceurs d'alerte prévue par la loi du 9 décembre 2016 mais également de ne pas pouvoir bénéficier de l'anonymat garanti par le secret des sources des journalistes et ainsi s'exposer à un risque de sanctions en ayant voulu accomplir un acte de bienveillance.

## **§2 : La pénalisation en remerciement à un acte de bienveillance**

Alors qu'ils ne font que leur devoir le plus souvent commandé par la loi, le risque de poursuites pénales qui pèse sur les lanceurs d'alerte peut en décourager plus d'un à procéder au signalement des maltraitances commises (A), à cela s'ajoute la difficulté pour les professionnels d'articuler signalement et secret professionnel (B).

### **A) Un risque de poursuites pénales difficile à supporter**

Alors qu'ils ne faisaient que leur devoir imposé par la loi, de nombreux lanceurs d'alerte se sont retrouvés sur le banc des accusés ceux-ci se voyant opposer de multiples infractions pénales. Parmi celles-ci les délits de diffamation publique et de dénonciation calomnieuse sont particulièrement mobilisées à la suite d'une dénonciation de fait de maltraitance dans les ESSMS. Le sort réservé à ces personnes peut choquer puisque ceux-ci ne font que répondre aux obligations légales d'interventions ou d'informations qui pèsent sur chaque personne en tant que citoyen lorsque ceux-ci sont témoins de faits condamnables commis par une tierce personne. En effet, nombreux sont les textes du code pénal qui prévoient des sanctions en cas

d'inaction ou de non-dénonciation face à des faits répréhensibles. Ainsi, par exemple l'article 223-6 du code pénal prévoit que « Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende » et d'ajouter que « Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ». Cette obligation qui pèse sur tout un chacun, y compris sur les personnes tenues au secret professionnel, constitue une obligation de moyens et non de résultat, la personne en étant témoin d'un fait répréhensible se doit d'agir pour tenter de faire cesser cette situation, peu importe que son action aboutisse. Il appartiendra *in fine* aux juges d'apprécier si la personne a mis en œuvre tous les moyens nécessaires pour essayer de mettre fin à la situation en cause. Comme le souligne Monsieur ROSENCZVEIG, la sanction encourue en cas d'omission à cette obligation de moyen est sévère, celle-ci étant plus importante que « celle prévue pour la violation du secret professionnel, preuve de la hiérarchie que pose la loi : la sauvegarde de la personne passe bien avant la protection du secret de sa confiance »<sup>96</sup>.

Finalement qu'ils dénoncent ou ne dénoncent pas les lanceurs d'alerte risquent dans tous les cas d'être poursuivis pénalement, tel est le constat qui peut être fait par l'analyse des textes légaux et de la jurisprudence. À ce risque de poursuites pénales persistant s'ajoute la difficulté pour les professionnels travaillant au sein du secteur social et médico-social d'articuler signalement et secret professionnel.

## **B) La difficulté d'articulation du signalement avec l'obligation de secret professionnel**

Selon qu'un professionnel est tenu ou non au secret professionnel sa conduite à tenir en cas de connaissance de privations ou de mauvais traitements sera différente. Le secret professionnel peut être défini comme l'interdiction faite à certaines personnes de divulguer des informations obtenues dans un cadre précis. En cas de méconnaissance de cette obligation la personne encourt non seulement une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000€ d'amende<sup>97</sup> mais est également susceptible d'engager sa responsabilité administrative, civile ou pénale. Tous les professionnels ne sont pas soumis au secret professionnel seules certaines catégories sont

---

<sup>96</sup> J-P ROSENCZVEIG, Les lanceurs d'alerte du social ont déjà le statut de salarié protégé, ASH n°3086, p. 31-32, 30 novembre 2018

<sup>97</sup> Article 226-13 du code pénal

concernées. Il s'agit notamment pour le secteur social et médico-social : des fonctionnaires<sup>98</sup>, des assistantes sociales<sup>99</sup>, des infirmières<sup>100</sup>, des médecins<sup>101</sup> et de tout personnel médical en vertu des dispositions du code de la santé publique.

En fonction des circonstances rencontrées un professionnel soumis au secret aura soit une obligation de signalement, il s'agit du cas où il appartient à toute personne en vertu de l'article 223-6 du code pénal de porter secours à une personne en péril, soit le choix entre procéder à un signalement ou bien garder le silence. Ce dernier cas étant expressément visé aux articles 434-3 du code pénal qui concerne la connaissance de « privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur » ou à toute personne considérée comme vulnérable et l'article 226-14 du même code qui prévoit des dérogations à l'interdiction de levée du secret professionnel. Cette disparité des articles peut être préjudiciable pour les professionnels tenus au secret, puisque dans un cas s'ils ne procèdent pas au signalement ceux-ci pourront être poursuivis pour manquement à une obligation légale, mais d'un autre côté le choix leur est laissé de signaler ou pas sans risque d'être poursuivi quel que soit leur décision. Il leur faudra donc être particulièrement vigilant sur le fait de savoir si la situation rencontrée relève de l'article 223-6 du code pénal ou au contraire des articles 434-3 ou 226-14 de ce même code, la frontière entre mauvais traitements et personne en péril étant très mince.

À cette difficulté s'ajoute plus particulièrement pour le médecin en vertu du code de déontologie l'obligation lorsqu'il « discerne qu'une personne auprès de laquelle il est appelé est victime de sévices ou de privations » de « mettre en œuvre les moyens les plus adéquats pour la protéger en faisant preuve de prudence et de circonspection », cet article précisant à son second alinéa que « lorsqu'il s'agit d'un mineur ou d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique, celui-ci doit alerter les autorités judiciaires ou administratives, sauf circonstances particulières qu'il apprécie en conscience. »<sup>102</sup>. Dans ce cas précis le médecin a donc l'obligation de procéder à un signalement, même si cela le conduit à lever le secret professionnel, sans quoi il manquera à ses obligations déontologiques et pourra donc faire l'objet de sanction disciplinaire, sauf s'il apporte la preuve que des circonstances particulières justifiaient de ne pas procéder à ce signalement, ces circonstances relevant de son propre jugement.

---

<sup>98</sup> Article 26 Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

<sup>99</sup> Article L411-3 CASF

<sup>100</sup> Article L4314-3 Code de la santé publique

<sup>101</sup> Article 4 code de la déontologie médicale

<sup>102</sup> Article R4127-44 code de la santé publique



L'existence d'une multitude de textes démontre la difficulté de préserver d'une part le secret professionnel sur lequel repose la confiance et la confiance des personnes accompagnées et d'autre part la protection des plus faibles contre les maltraitements dont ils peuvent être victimes. Cette protection passe prioritairement par la dénonciation en vue d'en assurer le traitement. Finalement l'étude de ces textes nous indique qu'il est plus favorable à un professionnel soumis au secret de procéder à un signalement celui-ci ne risquant pas de faire l'objet de sanction pour manquement à son obligation de secret professionnel, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il ne procède pas à un signalement alors qu'il était tenu de le faire.

En tout état de cause il ne fait aucun doute que pour lutter efficacement contre les privations et mauvais traitements le déploiement des alertes doit être facilité.

## **Section 2 : Faciliter le déploiement des alertes par un meilleur accompagnement**

Prendre la parole n'est pas toujours évident y compris lorsque nous sommes en possession de nos pleines capacités. Ainsi, afin de faciliter la prise de parole des usagers et des familles souvent affaiblis devant le poids des institutions, le législateur a œuvré au développement d'outils de représentation des usagers (§1). À côté des usagers et des familles, les salariés apparaissent comme des acteurs primordiaux dans la lutte contre la maltraitance à qui il est nécessaire de donner les moyens suffisants pour lutter efficacement contre ce phénomène (§2).

### **§1 : Le développement d'outils de représentation des usagers, une priorité pour délier les paroles**

Désireux de créer un contrepoids à la puissance des ESSMS, le législateur a souhaité promouvoir aux côtés des droits individuels des droits collectifs en faveur des usagers du secteur social et médico-social qui se déclinent à travers deux dispositifs que sont la personne qualifiée (A) et le conseil de la vie sociale (B), ceux-ci connaissant toutefois des limites dans leur rôle de « défenseur des usagers »<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> Expression utilisée par Roland JANVIER et Yves Matho « Comprendre la participation des usagers dans les organisations sociales et médico-sociales », Dunod, 2011

## **A) La personne qualifiée, un outil en manque de rayonnement**

Face au déséquilibre relationnel pouvant survenir entre les usagers et les ESSMS le législateur a décidé d'intervenir en instituant à l'article L311-5 du CASF un nouvel outil de protection des droits des usagers : « la personne qualifiée ». Cet article déclare que « Toute personne prise en charge par un établissement ou un service social ou médico-social ou son représentant légal peut faire appel, en vue de l'aider à faire valoir ses droits, à une personne qualifiée qu'elle choisit sur une liste établie conjointement par le représentant de l'État dans le département, le directeur général de l'agence régionale de santé et le président du conseil général ». Il s'agit d'un recours externe mis à la disposition des usagers. En effet, la personne qualifiée est totalement indépendante des établissements et services, celle-ci ne devant rendre compte de ses interventions qu'aux autorités de contrôle et de tarification, ainsi qu'à l'utilisateur à qui il a été porté préjudice ou à son représentant légal. En instituant ce dispositif le législateur a souhaité protéger les usagers de certaines dérives issues des pratiques des établissements et services susceptibles de porter atteinte aux droits qui leurs sont garantis. De ce fait, la personne qualifiée peut ainsi être amenée à connaître d'éventuelles situations de maltraitance qui peuvent se produire au sein des ESSMS et servir de relai aux usagers qui souhaitent dénoncer de tels actes auprès des autorités compétentes pour que ces dernières diligentent les contrôles nécessaires, la personne qualifiée n'étant pas dotée de telles prérogatives.

Néanmoins, malgré la volonté du législateur de faire de la personne qualifiée un véritable « défenseur des usagers » ce dispositif connaît de nombreuses limites dues notamment à un manque de rayonnement. En effet, en supposant que la liste des personnes qualifiées est mentionnée dans le livret d'accueil des établissements et services et affichée au sein de ces structures, ce qui n'est pas toujours le cas, celle-ci le plus souvent ne fait l'objet d'aucune explication sur son rôle et les moyens de s'en saisir. Une enquête réalisée en 2015 par des étudiantes de l'IUT d'Alençon<sup>104</sup> a mis en lumière les difficultés que peuvent rencontrer les usagers pour accéder à la liste des personnes qualifiées. Lors de cette enquête ces étudiantes se sont fait passer pour un usager cherchant à prendre contact avec une personne qualifiée, pour se faire elles ont joint trois autorités censées disposer de cette liste : l'ARS, le Conseil départemental et la Direccte. Cette enquête a révélé que dans beaucoup de départements la liste des personnes qualifiées, lorsque celle-ci existe, est peu connue des différents interlocuteurs

---

<sup>104</sup> Étude sur l'obtention des listes des personnes qualifiées en France, étude réalisée par les étudiantes de la licence professionnelle directeur de structure de services à la personne, 2014 - 2015

contactés, beaucoup demandant ce qu'est cette liste et en quoi elle consiste. Cette situation peut interroger puisque si même les personnes qui travaillent pour les différentes instances au service des usagers ne connaissent pas cette liste, comment un « usager lambda » peut y avoir accès et se saisir pleinement de ce droit qui lui est garanti par la loi. Toutefois depuis 2015 la situation a quelque peu évolué, ce dispositif ayant été progressivement mis en œuvre au sein de chaque département, avec une attention particulière portée par l'ARS quant à l'affichage de cette liste par les établissements et services.

Face à certaines situations préoccupantes, les usagers peuvent également mobiliser le Conseil de la vie sociale qui est une instance légale de concertation collective mise en place par la loi du 2 janvier 2002.

### **B) Le renforcement des attributions du CVS dans l'accompagnement des résidents**

Lieu privilégié d'échanges et de consultations entre les usagers et les établissements et services, le CVS constitue aujourd'hui le symbole de la démocratie sociale et médico-sociale. Par cette instance le législateur a souhaité redonner la parole aux bénéficiaires des prestations proposées par les établissements et services, ceci afin de permettre un meilleur fonctionnement de ces structures tout en répondant au mieux aux besoins émis. Cependant depuis leur mise en place par la loi du 2 janvier 2002 l'intervention des CVS dans la défense des intérêts et des droits des résidents-usagers reste relativement limitée. Cette limitation peut être illustrée par l'absence de force obligatoire des recommandations émises par ce conseil, les directeurs étant totalement libres de ne pas les prendre en compte sans risque d'encourir une quelconque sanction. Or, pour palier à certains dysfonctionnements il apparaît important que la parole des usagers et des familles soit entendue et prise en compte sans quoi le CVS n'a pas grand intérêt. Le décret du 21 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales aurait pu permettre de remédier à cette situation en habilitant les CVS à signaler les dysfonctionnements aux autorités administratives au lieu de faire reposer cette prérogative sur les directions, ce qui aurait pu permettre de mieux protéger les lanceurs d'alerte qu'ils soient salariés ou résidents-usagers, mais ce ne fut pas le cas, comme le déplore D. BOULMIER<sup>105</sup>.

Il aurait également été intéressant que le CVS évolue dans le même sens que son homonyme du secteur sanitaire qui est la Commission des usagers, notamment au regard de la formation

---

<sup>105</sup> I. Briand, Quel sort pour les lanceurs d'alerte du médico-social ? TSA n°79, p. 10-12, 2017

dispensée aux représentants, celle-ci étant inexistante au sein des CVS. Sans formation, il peut être difficile pour les représentants des résidents-usagers et des familles d’oser prendre la parole et de véritablement saisir tous les enjeux du rôle qui les incombent en tant que représentant. Outre la formation des représentants même du CVS, une solution pour renforcer la démocratie au sein des structures sociales et médico-sociales serait de faire participer à ces CVS des représentants d’associations d’usagers agréées qui seraient comme pour les CDU totalement indépendants de la structure, ce qui leur permet de pouvoir s’exprimer plus librement sans crainte de subir des représailles du fait d’avoir osé dénoncer des dysfonctionnements pouvant conduire à des atteintes graves aux droits des personnes accompagnées. Cette participation ne doit pas pour autant conduire à la mise en retrait des représentants des personnes accompagnées et des familles. Il s’agirait d’une complémentarité afin de renforcer la parole des résidents-usagers<sup>106</sup>.

Malgré quelques améliorations à apporter les outils de représentation des usagers mis en place demeurent indispensables à la défense des droits des usagers, ces outils pouvant servir d’appui aux résidents, aux usagers et aux familles qui souhaitent alerter d’atteintes aux droits qu’ils auraient pu constater. Il n’est pas non plus inimaginable que le CVS puisse un jour également servir de relai aux salariés qui souhaitent dénoncer des privations ou mauvais traitements, ceux-ci étant particulièrement engagés du fait de leur fonction dans la lutte contre de tels actes.

## **§2 : Le salarié en ESSMS : un acteur engagé dans la lutte contre la maltraitance**

Si la maltraitance est aujourd’hui mieux identifiée, il n’est pas toujours facile pour les salariés de l’appréhender. C’est pourquoi il est important de former les professionnels à repérer et signaler les abus dont ils peuvent être témoins (A), tout en facilitant leur démarche lorsque ceux-ci souhaitent lancer une alerte (B).

### **A) L’importance de former les professionnels des ESSMS à repérer et signaler**

L’appréhension de la maltraitance par les professionnels sociaux et médico-sociaux, souvent perçus comme étant en première ligne face à ce sujet, n’est pas aisée. Cette difficulté

---

<sup>106</sup> L’ARS Hauts-De-France, pour renforcer la parole des usagers, à mis en œuvre cette expérimentation visant à faire participer au sein de CVS d’EHPAD des représentants d’associations d’usagers agréés : voir procès-verbal du mardi 14 février 2017 de la commission spécialisée dans le domaine des droits des usagers – CRSA HAUTS-DE-FRANCE, disponible sur : <https://www.hauts-de-france.ars.sante.fr/sites/default/files/2017-04/PV%20CSDU%2020170214.pdf> » consulté le 29 juin 2019

peut s'expliquer par le caractère pluriel et subjectif de cette notion. En effet, au-delà même des différents types et degrés de maltraitance existante, toutes les personnes ne partagent pas la même conception de ce qui est maltraitant. C'est pourquoi, afin de prévenir tout risque de maltraitance il est primordial de former chaque professionnel amené à intervenir auprès de personnes vulnérables. L'ANESM a à plusieurs reprises recommandé de faire de la thématique maltraitance l'objet d'une formation spécifique<sup>107</sup> qui associerait l'ensemble des catégories professionnelles pour que tous puissent bénéficier du recul propre à chaque spécialité. Cette démarche formative peut être organisée de façon interne à l'établissement ou au service ou de manière externalisée en associant des professionnels venant d'institutions différentes pour permettre une multiplicité des regards et donner à cette démarche toute son efficacité. Pour encourager les établissements et services à former leurs salariés plusieurs organismes proposent différents types de formations sur la thématique de la maltraitance, le plus souvent complémentaires, en fonction des besoins émis, tel est le cas de la fédération Alma.

L'une des premières difficultés pour les professionnels est d'être capable de repérer les facteurs à risque, ces facteurs étant différents selon la fonction occupée. En effet, lorsque la formation s'adresse à des managers, ceux-ci seront davantage sensibilisés à dépister auprès de leurs équipes les caractéristiques typiques de professionnels maltraitants : éprouver peu de satisfaction au travail, ne pas supporter la surcharge de travail, consommer des stupéfiants ou de l'alcool, la façon dont le professionnel s'adresse aux résidents... Alors que les professionnels soignants ou accompagnants (infirmiers, aides-soignants, auxiliaires de vie, animateurs, psychologues...) seront quant à eux sensibilisés sur leurs pratiques professionnelles. Cette sensibilisation peut prendre la forme de jeux de rôles, d'analyses des pratiques, d'études de cas... le plus important étant que chaque professionnel puisse exprimer ses interrogations et soumettre, le cas échéant ses idées afin de prévenir les risques de maltraitance. Une fois averti des facteurs pouvant présenter un risque de maltraitance, il conviendra d'aborder avec les professionnels la démarche de signalement à suivre tout en évoquant les aspects juridiques liés à la maltraitance.

Néanmoins cette démarche formative ne suffit pas en elle-même pour lutter contre la maltraitance, il faut également que la démarche de signalement des personnels soit facilitée.

---

<sup>107</sup> Voir par exemple ANESM, recommandation de bonnes pratiques professionnelles, Mission du responsable d'établissement et rôle de l'encadrement dans la prévention et le traitement de la maltraitance publiée en 2008

## **B) Faciliter le lancement d'alerte des salariés par l'intervention du Comité social et économique**

Il peut être difficile pour un salarié de porter seul sur ses épaules le poids d'une alerte, celle-ci pouvant avoir des conséquences lourdes aussi bien personnelles que professionnelles. Ainsi, au-delà de la mise en place d'une démarche de signalement appropriée permettant de faciliter le signalement du personnel, il serait intéressant de permettre aux professionnels qui souhaitent lancer une alerte de pouvoir le faire par l'intermédiaire du comité social et économique qui en vertu de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 et son décret d'application du 19 avril 2017 pourrait être désigné au sein des ESSMS comme référent alerte. En effet, en raison des fonctions dont sont investis les élus du CSE ceux-ci bénéficient d'un régime de protection exceptionnelle prévue par la loi, notamment en matière de licenciement comme rappelé par la CAA de Nancy dans son arrêt du 19 avril 2016 : « les salariés légalement investis de fonctions représentatives bénéficient, dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, d'une protection exceptionnelle ; que lorsque le licenciement de l'un de ces salariés est envisagé, ce licenciement ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou avec l'appartenance syndicale de l'intéressé ; que, dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un comportement fautif, il appartient à l'inspecteur du travail saisi et, le cas échéant, au ministre compétent de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement »<sup>108</sup>. De sorte que pour pouvoir licencier un élu du CSE l'employeur devra, en plus de la procédure de licenciement habituelle, obligatoirement obtenir l'autorisation de l'inspecteur du travail ce qui rend plus difficile le licenciement. Ainsi, en passant par les élus du CSE les salariés bénéficieraient d'une meilleure protection contre le risque de mesures de représailles. L'alerte passerait de ce fait d'une dimension individuelle à une dimension collective avec un appui du CSE dans la démarche de signalement entreprise par les salariés.

Par ailleurs, au titre de l'article L2313-2 du code du travail les élus du CSE disposent au profit des salariés d'une compétence en matière « d'atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles ». Il serait judicieux selon D. BOULMIER d'étendre cette compétence au profit des personnes accueillies au sein des ESSMS, ainsi lorsque les représentants CSE constateraient ou seraient saisis par un salarié de faits laissant présumer de telles atteintes, ceux-ci déclencheraient la procédure prévue à ce

---

<sup>108</sup> Cour administrative d'appel, NANCY, Chambre 4, 19 Avril 2016 - n° 15NC00346

même article en faveur des salariés pour remédier à ces atteintes, à savoir saisir immédiatement l'employeur, diligenter une enquête et prendre les dispositions nécessaires pour remédier à la situation, avec toutefois une particularité en raison des personnes concernées par l'atteinte, que sont les personnes accueillies, qui supposerait en cas de carence de l'employeur une saisine de l'autorité de contrôle compétente (ARS, conseil départemental...) <sup>109</sup>.

Faire du CSE l'intermédiaire privilégié des salariés lanceurs d'alerte permettrait de conforter ces derniers dans leur démarche de signalement en leur offrant une plus grande protection et légitimité face à l'employeur, cette protection étant nécessaire pour assurer la dignité des personnes accompagnées.

---

<sup>109</sup> D. BOULMIER, les lanceurs d'alerte dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux : à propos de l'article L313-24 CASF, RDSS n°3, 2015

## Conclusion

Présents au fil des siècles ce n'est que récemment que le législateur français s'est intéressé à cette nouvelle figure juridique que sont les lanceurs d'alerte. L'insertion d'un chapitre intitulé « De la protection des lanceurs d'alerte » dans la loi n°2016-1961 témoigne de l'importance prise par ces personnes ces dernières années et de la nécessité d'en assurer la protection pour une société plus juste et transparente.

En passant d'un régime séquentiel de protection des lanceurs d'alerte à un régime général, la loi n°2016-1961 constitue une importante avancée dans la protection conférée aux lanceurs d'alerte, tous secteurs confondus. Cette évolution législative s'explique par la survenance de nombreux scandales, notamment financiers, qui ont conduit le législateur français, sous l'impulsion de l'Union Européenne, à opéré un virage en la matière. Malgré une évolution notable de la protection des lanceurs d'alerte, de nombreuses interrogations restent en suspens en raison notamment des disparités pouvant exister entre le régime général mis en place et la survivance des régimes spéciaux de protection des lanceurs d'alerte prévus dans différents domaines tel est le cas pour le secteur social et médico-social.

Symbole de la lutte contre les maltraitances pouvant survenir dans certains établissements et services sociaux et médico-sociaux, les lanceurs d'alerte intervenant dans le champ social et médico-social ont, au début des années 2000, suscité l'intérêt du législateur qui à travers l'article L.313-24 du code de l'action sociale et des familles a consacré une protection des salariés et agents osant procéder à la dénonciation de mauvais traitements ou privations. Cette protection ainsi conférée paraissant imparfaite au regard de l'enjeu poursuivi l'adoption de la loi n°2016-1961 fut la bienvenue, celle-ci permettant une renaissance de la question de la protection qu'il faut accorder aux lanceurs d'alerte impactant ainsi le secteur social et médico-social.

A l'heure où les établissements sociaux et médico-sociaux sont l'objet de tous les tourments en raison de la médiatisation d'affaires peu élogieuses comme en témoigne l'utilisation de l'expression « EHPAD bashing », la question de la protection des lanceurs d'alerte de ce secteur s'avère particulièrement délicate pour le législateur. Ce dernier étant partagé entre la nécessité d'une part de préserver l'image des établissements et services investis d'une mission d'accompagnement des personnes vulnérables et d'autre part de ne pas taire ce qui se passe entre les murs de certaines structures. Ce dilemme auquel est confronté le



législateur se ressent dans la protection accordée aux lanceurs d'alerte sociaux et médico-sociaux, celle-ci paraissant encore fragile au regard de l'objectif de lutte contre la maltraitance poursuivi.

Si la lutte contre la maltraitance appelle une démarche collaborative et responsable, l'alerte qui joue un rôle fondamental dans cette lutte doit également s'inscrire dans cette démarche, ce dès son lancement et jusqu'à son traitement. Ce n'est qu'à cette condition que la protection des lanceurs d'alerte pourra être efficace tout en garantissant de la même façon l'image des ESSMS visés par l'alerte. Or, à l'heure actuelle les lanceurs d'alerte sociaux et médico-sociaux restent particulièrement isolés lorsqu'ils procèdent à leur alerte, ceux-ci ne bénéficiant d'aucun soutien interne aux structures, les prérogatives du CVS et du CSE restant bien trop limitées.

La particularité des ESSMS du fait de la population accompagnée et des liens entretenus avec les politiques publiques aurait dû conduire le législateur à adapter la protection conférée aux lanceurs d'alerte au particularisme de ces établissements et services, en procédant à une réécriture de l'article L.313-24 du code de l'action sociale et des familles jugé trop restrictif au regard de l'importance de l'enjeu de préservation de la dignité des personnes accompagnées face à la maltraitance. Cette réécriture aurait pu avoir lieu au moment de l'adoption de la loi n°2016-1961 mais ce ne fut malheureusement pas le cas, le législateur ayant fait le choix de se concentrer sur la mise en œuvre d'un régime général sans distinction aucune. L'espoir d'une réécriture de l'article L.313-24 paraît donc pour le moment peu probable.

Les lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social ne peuvent donc plus que compter sur le régime général de protection des lanceurs d'alerte posé par la loi n°2016-1961 qui ne leur permettra toutefois pas d'éviter l'ensemble des désagréments causés par le lancement d'alerte, celui-ci s'avérant toujours aussi périlleux. Cette loi a toutefois le mérite de fournir aux juges un fondement législatif à la protection des lanceurs d'alerte plus structuré de ce qu'il existait par le passé.

Le débat sur la protection à accorder aux lanceurs d'alerte est encore loin d'être clos, la récente adoption par le parlement européen le 16 avril 2019 d'une directive<sup>110</sup> qui vise à offrir aux lanceurs d'alerte un cadre protecteur dans tous les pays membres de l'Union devrait conduire le législateur français lors de la transposition de cette directive à faire évoluer sa

---

<sup>110</sup> Résolution législative du Parlement européen du 16 avril 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union.

législation en la matière, avec l'espoir d'une protection toujours plus importante, ceci au nom de la démocratie.

# Annexe

1 - Enquête sur le signalement des événements indésirables en établissement social et médico-social

## 1. Enquête sur le signalement des événements indésirables en établissement et service social et médico-social

Depuis l'adoption de la loi ASV de 2015 le code de l'action sociale et des familles (article L331-8-1) prévoit l'obligation pour les établissements et services sociaux et médico-sociaux de procéder à une déclaration de signalement de « tout dysfonctionnement grave dans leur gestion ou leur organisation susceptible d'affecter la prise en charge des usagers, leur accompagnement ou le respect de leurs droits et de tout évènement ayant pour effet de menacer ou de compromettre la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes prises en charge ou accompagnées ».

Ces événements doivent être déclarés par le responsable de la structure aux autorités de tarification et de contrôle compétentes au moyen d'un formulaire dédié.

### Questionnaire :

Type d'établissement :  EHPAD  EHPA  IME  Autre (préciser) :

Département :  22  35  56  29

1. Avez-vous déjà été amené à signaler un dysfonctionnement ou un événement indésirable auprès de votre autorité de contrôle et de tarification compétente ?

OUI, combien de fois ?  NON

Si oui, l'autorité en question vous a-t-elle apporté le soutien attendu ?

OUI  NON

Précisez si vous le souhaitez quel soutien vous a-t-elle apporté ou au contraire quel soutien auriez-vous aimé qu'elle vous apporte ?

2. Jugez-vous la procédure mise en place appropriée au regard des dysfonctionnements et événements que vous pouvez être amené à rencontrer au sein de votre structure ?

OUI  NON

Si non, pourquoi ?

3. Existe-t-il au sein de votre établissement une procédure de gestion interne des événements indésirables ?

OUI

NON

Si oui, comment se décline-t-elle ?

# Bibliographie

## Ouvrages généraux :

Mathieu DISANT, Delphine POLLET-PANOUSSIS, *Les Lanceurs d'alerte : quelle protection juridique ? Quelles limites?*, LGDJ, 2017

Jean-Louis DESHAIES, Lætitia DEHLON, *L'humain d'abord pour des professionnels bien traités et bien traitants*, Presses de l'EHESP- 12 octobre 2017

Jean-Louis DESHAIES, *Stratégie et management : briser l'omerta ! Un enjeu éthique pour les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux*, presse de l'EHESP, 2014

Roland JANVIER, et Yves MATHO, *Comprendre la participation des usagers dans les organisations sociales et médico-sociales*, Dunod, 2011

## Ouvrage spécialisé :

Céline BOUSSIE, *Les enfants du silence*, Harper Collins, 13 février 2019

## Articles et notes :

N-M MEYER, *Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débat dans le monde*, AJDA n°39, 24 novembre 2014, p. 2243

J. SCHWARTZ MIRALLES, *Les récompenses financières des lanceurs d'alerte portent-elles atteinte aux droits fondamentaux ? Le cas du droit américain*, La Revue des droits de l'homme, 2016

A. GUILLER, *Lanceurs d'alerte : Oser parler de ce qui fâche*, TSA n°89, p. 15-22, 2018

I. Briand, *Quel sort pour les lanceurs d'alerte du médico-social ?* TSA n°79, p. 10-12, 2017

D. BOULMIER, *les lanceurs d'alerte dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux : à propos de l'article L313-24 CASF*, RDSS n°3, 2015

J-L RONGÉ, *les lanceurs d'alerte dans le secteur médico-social*, ASH n° 3099, p. 40-46, 22 février 2019

J-P ROSENCZVEIG, *Les lanceurs d'alerte du social ont déjà le statut de salarié protégé*, ASH n°3086, p. 31-32, 30 novembre 2018

### **Rapports, recommandations, études, notes :**

Assemblée générale plénière du Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, étude adoptée le 25 février 2016

ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles : Le questionnement éthique dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux* publiée le 9 décembre 2010

Commission pour la lutte contre la maltraitance et la promotion de la bientraitance, *note d'orientation pour une action globale d'appui à la bientraitance dans l'aide à l'autonomie*, 2019

Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale, *rapport d'information sur l'évolution de la démarche qualité au sein des EHPAD et de son dispositif d'évaluation*, 26 juillet 2018

Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *rapport d'activité 2012*, Edition Dalloz  
Défenseur des droits, juillet 2017 *Guide « Orientation et protection des lanceurs d'alerte »*

*Étude sur l'obtention des listes des personnes qualifiées en France*, étude réalisée par les étudiantes de la licence professionnelle directeur de structure de services à la personne, 2014 - 2015

### **Textes parlementaires :**

- Textes législatifs :

Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte

Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale

Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et la modernisation de vie économique

Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement

LOI organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte

LOI n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes

- Textes réglementaires :

Décret n° 2016-1813 du 21 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales

Arrêté du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales

Circulaire DGA 5/SD 2 n° 2002-265 du 30 avril 2002 relative au renforcement des procédures de traitement des signalements de maltraitance et d'abus sexuels envers les enfants et les adultes vulnérables accueillis dans les structures sociales et médico-sociales

Circulaire DGAS/SD2 n° 2002-280 du 3 mai 2002 relative à la prévention et à la lutte contre la maltraitance envers les adultes vulnérables, et notamment les personnes âgées

### **Jurisprudences :**

#### **- Jurisprudences de la Cour Européenne des droits de l'homme**

##### Sur la liberté d'expression :

CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c/ Royaume-Uni, req. n°5493/72

CEDH, Gr. Ch., 2 février 2008, Guja c. Moldova, n° 14277/04

CEDH, 21 octobre 2011, Heinisch c. Allemagne, n° 28274/08

##### Sur le droit à la protection des sources des journalistes :

CEDH, Affaire Telegraaf media nederland landelike media B.V. et autres c. Pays-Bas, 22 novembre 2012, 39315/06

#### **- Décision du Conseil Constitutionnel**

##### Sur la dignité humaine :

Conseil Constitutionnel Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994

#### **- Jurisprudences judiciaires**

##### Sur l'application de l'article L313-24 du CASF

Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 26 septembre 2007, 06-40.039

Cour de cassation, Chambre sociale 4 mai 2017, n°15-16221



Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 6 octobre 2017, 15-29.391

Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 9 décembre 2009, 08-42.666

Cassation, Chambre sociale du 21 juin 2018 pourvoi n° 16-27.649

Cour d'appel de Nancy, ch. soc. 3 juin 2009, N°07/01470, Richier/ Association départementale des amis et parents d'enfants inadaptés de la Meuse (ADAPEIM)

Cour d'appel d'Orléans – 4 mai 2010 – n° 282/10

Cour d'appel, Toulouse, 4e chambre sociale, 1re section, 10 Février 2017 – n° 14/04697our de

#### Sur le motif du licenciement :

Cour de Cassation, Chambre sociale, du 10 avril 1996, 93-41.755

#### Sur la caractérisation de la mauvaise foi :

Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 9 décembre 2009, 08-42.666

Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 7 février 2012, 10-18.035

Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 septembre 2010, 09-42.057

Cour de Cassation, Chambre sociale du 21 juin 2018 pourvoi n° 16-27.649

Cour d'appel, Toulouse, 4e chambre sociale, 1re section, 10 Février 2017 – n° 14/04697

#### Sur la dénonciation calomnieuse :

Cour de cassation, Chambre criminelle, 16 octobre 2018, n° 17-86.387

#### Sur la diffamation publique :

Cour de Cassation, Chambre criminelle, 12 novembre 2003, 02-88.466

TGI Toulouse, 21 novembre 2017, n°4363/17

### **Jurisprudences administratives :**

#### Sur le licenciement d'un représentant du personnel :

Cour administrative d'appel, NANCY, Chambre 4, 19 Avril 2016 - n° 15NC00346

#### **Codes :**

Code de l'action sociale et des familles

Code pénal

Code de la santé publique

Code du travail

# Table des matières

Introduction.....	1
Partie 1 : L'importance du rôle des lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social dans la lutte contre la maltraitance .....	9
Chapitre 1 : L'alerte : instrument moderne de lutte contre la maltraitance .....	9
Section 1 : La lutte contre la maltraitance : origine de la naissance des lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social .....	10
§1 : La lutte contre la maltraitance, un enjeu primordial pour l'ensemble des ESSMS.....	10
A) Le respect de la dignité humaine, fondement de la lutte contre la maltraitance .....	10
B) Les lanceurs d'alerte : les « mauvaises consciences » des ESSMS .....	12
§2 : La consécration du rôle des lanceurs d'alerte dans la lutte contre la maltraitance .....	13
A) La mise en lumière d'un statut de lanceur d'alerte dans le secteur social et médico-social.....	13
B) Une reconnaissance justifiée par l'intérêt défendu .....	15
Section 2 : La nécessité d'organiser un traitement des faits de maltraitance signalés.....	17
§1 : Le traitement de l'alerte : attente légitime de tout lanceur d'alerte.....	17
A) La nécessité de mettre en place des mécanismes de réception des alertes efficaces .	17
B) L'alerte : un instrument à vocation éphémère.....	19
§2 : Une responsabilisation des structures dans le traitement des alertes .....	21
A) L'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales un premier pas dans la lutte contre la maltraitance .....	21
B) L'intervention d'organismes extérieurs à la structure : garantie d'un meilleur traitement des alertes .....	22
Chapitre 2 : La prévention de la maltraitance par un travail collaboratif.....	25
Section 1 : L'amélioration des rapports humains pour un meilleur accompagnement des personnes.....	26
§1 : D'un management par la verticalité à un système plus collaboratif : garantie d'un meilleur accompagnement.....	26
A) Le passage d'un management vertical à un management horizontal .....	26
B) La collaboration : assurance d'un meilleur accompagnement.....	27
§2 : Le développement d'un management plus éthique au sein des ESSMS.....	28
A) L'accompagnement des professionnels dans leurs démarches de bientraitance .....	29
B) La création d'une culture de la remise en question.....	30
Section 2 : Le développement d'une vigilance partagée pour prévenir les risques de maltraitance .....	31
§1 : La démarche évaluative, un outil d'accompagnement au changement .....	32

A) L'évaluation des ESSMS : un moyen au service des pouvoirs publics pour lutter contre la maltraitance.....	32
B) L'association de l'ensemble des acteurs au processus d'évaluation, un impératif .....	34
§2 : Le besoin de transparence au sein des structures sociales et médico-sociales.....	35
A) L'importance de recourir aux contrôles inopinés pour répondre à un besoin de transparence .....	35
B) L'idée d'un élargissement des compétences du CGLPL aux ESSMS .....	37
Partie 2 : La protection nécessaire des lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social au regard de l'objectif de lutte contre la maltraitance .....	39
Chapitre 1 : L'émergence progressive d'une protection des lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social.....	39
Section 1 : L'existence d'une protection spécifique des salariés et agents des ESSMS .....	39
§1 : Le champ d'application de la protection issue de l'article L313-24 CASF .....	40
A) Une protection offerte aux salariés osant témoigner de « mauvais traitements ou privations » .....	40
B) Une protection contre toutes « mesures défavorables » .....	41
§2 : L'intégrité condition <i>sine qua non</i> pour bénéficier de la protection issue de l'article L313-24 du CASF.....	43
A) L'exigence de bonne foi.....	43
B) La sanction de la mauvaise foi.....	45
Section 2 : Un renforcement progressif de la protection accordée aux lanceurs d'alerte des ESSMS .....	46
§1 : La consécration d'une législation nationale plus protectrice des lanceurs d'alerte impactant le secteur social et médico-social .....	47
A) Une protection des lanceurs d'alerte en apparence renforcée par l'adoption d'un cadre général.....	47
B) La révision de l'article L313-24 du CASF au regard du nouveau cadre adopté : une nécessité.....	49
§2 : Le besoin d'appui des lanceurs d'alerte dans la conduite de leur combat .....	50
A) L'importance du rôle joué par le défenseur des droits auprès des lanceurs d'alerte dans leur lutte contre la maltraitance.....	50
B) L'existence d'organismes de soutien des lanceurs d'alerte : garantie d'une meilleure protection.....	51
Chapitre 2 : Une protection des lanceurs d'alerte du secteur social et médico-social à perfectionner .....	52
Section 1 : Lancer une alerte, un acte périlleux .....	53
§1 : Une prise de parole difficile.....	53
A) La liberté d'expression des salariés lanceurs d'alerte encadrée par une obligation de loyauté.....	53

B) Une révélation par voie de presse risquée.....	55
§2 : La pénalisation en remerciement à un acte de bienveillance .....	56
A) Un risque de poursuites pénales difficile à supporter .....	56
B) La difficulté d’articulation du signalement avec l’obligation de secret professionnel..	57
Section 2 : Faciliter le déploiement des alertes par un meilleur accompagnement.....	59
§1 : Le développement d'outils de représentation des usagers, une priorité pour délier les paroles.....	59
A) La personne qualifiée, un outil en manque de rayonnement.....	60
B) Le renforcement des attributions du CVS dans l'accompagnement des résidents .....	61
§2 : Le salarié en ESSMS : un acteur engagé dans la lutte contre la maltraitance.....	62
A) L'importance de former les professionnels des ESSMS à repérer et signaler .....	62
B) Faciliter le lancement d'alerte des salariés par l’intervention du Comité social et économique.....	64
Conclusion .....	66
Annexe.....	69
Bibliographie.....	72