

Olivier POINSOT, *Juriste d'entreprise, Chargé de cours à l'Université des sciences sociales de Toulouse*

LE CONTRAT DE SOUTIEN ET D'AIDE PAR LE TRAVAIL

Alors que le législateur de 2002 s'était engagé dans une entreprise de rénovation de l'action sociale et médico-sociale¹ caractérisée par une démarche d'universalité² et d'égalité des droits des personnes accueillies quels que soient les catégories d'établissements³, celui de 2005⁴ est revenu de manière particulière sur le régime juridique des établissements de travail protégé dont les centres d'aide par le travail (CAT), désormais dénommés « établissements et services d'aide par le travail »⁵ ou ESAT. Le changement de sigle comme l'institution de normes spécifiques s'expliquent sans doute – au moins en partie – par l'émoi qui s'était emparé de l'opinion publique à la suite de la publication, à la fin de l'année 2002, d'un ouvrage polémique voulant dénoncer l'exploitation des travailleurs handi-

capés de CAT.⁶ Ce pavé avait été jeté dans la mare quelque mois à peine après que le Président de la République eût annoncé, dans son discours du 14 juillet, l'inscription de la politique en faveur des personnes handicapées comme grande cause nationale. Le livre en question brocardait, non seulement un système dont certains acteurs avaient pu abuser – au détriment des personnes accueillies et aux frais du contribuable – mais également une absence totale de contrôle de la part des corps d'inspection de l'État. Mais ce n'était sans doute pas le seul motif propre à fonder une telle évolution. Depuis longtemps, professionnels et pouvoirs publics s'interrogeaient en effet sur les limites d'un modèle dont la cohérence pouvait être débattue du fait :

-
- 1 L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, codifiée aux art. L. 311-1 et s. du Code de l'action sociale et des familles (CASF).
 - 2 Volonté d'universalité – ou d'exhaustivité – exprimée notamment par l'effort de classification de l'art. L. 312-1, I CASF.
 - 3 Ce dont rend compte l'arrêté du 8 septembre 2003 relatif à la Charte des droits et libertés de la personne accueillie (JO du 9 oct. 2003).
 - 4 L. n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (JO du 12 fév. 2005, p. 2353 et s.).
 - 5 D'un point de vue terminologique, la réglementation utilise indifféremment les conjonctions de coordination « et » et « ou ». Le parti pris dans cet article est de recourir au « et » employé aux art. L. 344-2 et L. 344-2-1 CASF qui définissent les missions et objectifs de ces établissements et services. Du reste, l'emploi du « et » traduit bien l'applicabilité uniforme de ce régime indifféremment aux établissements et aux services (ex. : SACAT).
 - 6 P. Gobry, *L'enquête interdite. Handicapés : le scandale humain et financier*, Coll. Documents, éd. du Cherche-Midi, nov. 2002. L'auteur et son éditeur ont été condamnés pour diffamation à l'égard de l'UNAPEI, mise en cause dans l'ouvrage.

- d'un paradoxe, difficilement soluble a priori, entre l'objectif à terme d'une réinsertion professionnelle et l'impératif immédiat de la rentabilité économique⁷ ;
- de l'ambiguïté d'une situation de travail relativement comparable à celle des salariés mais sans application intégrale du droit du travail, notamment en matière de rémunération et de protection sociale⁸ ;
- de la délicatesse de situations dans lesquelles l'orientation en CAT ne correspond pas⁹ ou plus¹⁰ aux besoins de la personne accueillie ;
- de la rhétorique budgétaire presque sophiste du budget principal d'action sociale (BPAS) et du budget annexe des activités de production et de commercialisation (BAAPC)¹¹ ;
- du peu de logique qu'il y a à faire financer le travail protégé par l'aide sociale de l'État quand, dans le même temps¹², l'accompagnement des travailleurs handicapés relève de la compétence des Conseils généraux au titre de l'aide sociale départementale.¹³

Quel qu'ait été le mobile déterminant de la réforme, toujours est-il qu'au sein du Titre IV de la loi du 11 février 2005 consacré à l'accessibilité, un Chapitre 2 intitulé « *emploi, travail adapté et travail protégé* » a introduit l'article 39 qui, amendement le CASF¹⁴, a relégué au rang de références mythiques le décret n° 77-1546 du 31 décembre 1977¹⁵ et la circulaire n° 60 AS du 8 décembre 1978. C'est dans ce contexte de profonde

⁷ La circ. 60 AS mettait déjà en garde contre le risque de céder à l'un ou l'autre extrême (point 110).

⁸ Cf. points 310 à 323 de la circ. n° 60 AS.

⁹ Parce que la famille, à travers une orientation vers le secteur du travail protégé, peut avoir le sentiment d'une relative minoration de la gravité du handicap – ce qui la soulage – ou, plus prosaïquement, parce qu'elle souhaite éviter une orientation en foyer pour adultes au titre de l'aide sociale départementale avec ce que cela peut induire en termes de droit à récupération sur son patrimoine. Une autre hypothèse doit être évoquée : celle d'une orientation – malheureusement – prononcée par défaut en l'absence de place disponible dans un établissement d'une autre catégorie qui répondrait mieux aux besoins de la personne concernée.

¹⁰ Parce que le travail éprouve les personnes adultes handicapées plus précocement que les personnes valides et qu'elles entrent donc dans la catégories dite des « personnes handicapées vieillissantes » avant l'âge de 60 ans.

¹¹ Le BPAS est l'enveloppe budgétaire financée par l'aide sociale de l'État sous forme de dotation globale de financement ; il sert à financer les interventions proprement médico-sociales, qualifiées d'action de soutien de type I ou II (circ. 60 AS, point 121). Le BAAPC est quant à lui le compte d'exploitation de l'entreprise de production. Une répartition des charges entre les deux budgets d'opère par un tableau de répartition des charges communes (TRCC). Compte tenu de cette structure financière duale, autorités de tarification et organismes gestionnaires ont souvent été tentées d'opérer des transferts de ressources ou de charges de l'un vers l'autre, en fonction des intérêts du moment. La réglementation nouvelle n'a pas su trancher de manière définitive puisque le dernier alinéa de l'art. L. 344-3 CASF permet encore que le BPAS supporte – à titre exceptionnel et pour une durée limitée – les frais directement entraînés par l'activité de production et de commercialisation.

¹² Les Départements financent les foyers d'hébergement qui accueillent chaque soir les travailleurs handicapés à leur sortie de l'atelier.

¹³ D'aucuns attendaient qu'un transfert de compétence de l'État aux Départements s'effectue – fût-ce par voie d'amendement – à l'occasion de la promulgation de la loi relative aux libertés et responsabilités locales ; la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 (JO du 17 août 2004, p. 14545 et s.) n'a hélas pas exaucé leur vœu.

¹⁴ Art. L. 344-2 à L. 344-2-5, bientôt suivis par les dispositions réglementaires d'application prévues aux art. R. 344-6 à R. 344-15 et D. 344-20 à D. 344-28 issues des décrets n° 2006-422 du 07 avril 2006 et n° 2006-703 du 16 juin 2006.

¹⁵ Abrogé par l'art. 4, 25° du décret n° 2004-1136 du 21 oct. 2004 relatif au CASF (partie réglementaire).

mutation du régime juridique des ESAT¹⁶ qu'a été promulgué le décret n° 2006-1752 du 23 décembre 2006 relatif au contrat de soutien et d'aide par le travail et aux ressources des travailleurs des établissements ou services d'aide par le travail¹⁷. Le terrain avait en quelque sorte été préparé puisque l'article L. 311-4 CASF relatif aux documents remis à la personnes accueillie – dont le contrat de séjour – venait d'être opportunément complété par l'article 39, I de la loi du 11 février 2005 : le contrat de séjour en ESAT devait désormais porter le nom de « *contrat de soutien et d'aide par le travail* » et être conforme à un modèle réglementaire. Le nouvel article D. 311-0-1 CASF, introduit par le décret du 23 décembre 2006, s'est donc ajusté au texte légal de référence, apportant avec lui le modèle annoncé¹⁸.

L'institution du contrat de soutien et d'aide par le travail suscite un double intérêt théorique et pratique. D'une part, l'étude du régime de ce nouveau contrat donne des clés pour accéder à la philosophie qui le sous-tend et, au-delà, au sens de la politique publique voulue pour les personnes handicapées engagées dans un processus qui se voudrait être d'insertion professionnelle (I). D'autre part, variété du tout que constitue le régime juridique général du

contrat de séjour inscrit aux articles L. 311-4 et D. 311 CASF, le contrat de soutien et d'aide par le travail, par son économie, contribue à dessiner les contours d'une théorie générale du lien contractuel noué entre les personnes accueillies et les institutions qui les accueillent (II).

I – Le contrat de soutien et d'aide par le travail, symptôme d'une politique publique en pleine mutation

« *Le problème du contrat est de comprendre sur quoi il se fonde* » a pu affirmer le philosophe André Glucksmann, rappelant à cette occasion que la philosophie peut décidément revendiquer un rang primordial dans la hiérarchie des savoirs ... Il est vrai que les juristes se sont toujours accordés sur la nécessité d'approcher le phénomène contractuel par la connaissance de son fondement, élaborant et enrichissant une théorie de la cause qui constitue aujourd'hui encore la pierre angulaire du droit des conventions. Théorie de la cause qui, au-delà même de son utilité technique – pour caractériser la bonne et licite formation des obligations contractuelles – prend sa source dans la philosophie dès lors qu'elle se présente sous son

¹⁶ Qui a pu être vécu comme un oukase de l'autorité réglementaire, ainsi qu'en témoigne notamment la prise de position de l'ANDICAT (Association nationale des directeurs et cadres d'ESAT) sur le décret du 16 juin 2006 : « *les ESAT sont désormais dénaturés, appauvris et mis sous coupe réglée par l'administration* » (pour consulter le texte complet : www.unifaf.fr/actus/communiqu_e_andicat.pdf). Si cette opinion peut paraître radicale, il faut à tout le moins constater que l'Administration a, sur ce thème de la réforme du régime des CAT, pris la latitude qui lui convenait, n'hésitant pas par exemple à tarder près de trois ans avant de répondre à l'interrogation d'un honorable parlementaire : cf. question de M. le député Godfrain n° 28488, JOAN du 17 nov. 2003, p. 8722 et réponse de M. le ministre de la santé et des solidarités, JOAN du 14 mars 2006, p. 2839.

¹⁷ JO du 30 déc. 2006, p. 20104 et s. l'art. 101 de la loi du 11 février 2005 avait prévu sa date de promulgation au plus tard au 13 août 2005.

¹⁸ En annexe 3-9 du code.

¹⁹ F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 9^{ème} éd., n° 333 et notamment la note 1 citant la thèse de R. Perrot : *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Paris, 1947, éd. 1953, n° 1.

jour subjectif de « *cause finale mais lointaine* »¹⁹. A cet égard, l'annexe du décret du 23 décembre 2006 qui détermine le modèle de contrat de soutien et d'aide par le travail fournit un éclairage particulièrement précis de la cause subjective qui a animé ses rédacteurs. En effet, les contrats conclus entre institutions et personnes handicapées étant par hypothèse des contrats réglementés, c'est néanmoins la première fois que l'Administration impose un contrat type soumis, qui plus est, à des mesures particulières de publicité à l'égard de certains tiers. Après un examen du contenu de ce modèle de contrat (A) s'est posée la question de son caractère obligatoire et exhaustif (B).

A – Le contenu du modèle de contrat

En novembre 2004, l'autorité réglementaire avait opté pour une méthode d'encadrement extrinsèque du contrat de séjour en édictant l'article D. 311 CASF²⁰. Ce texte, à la fois long et complexe²¹, déterminait les cas dans lesquels un contrat de séjour devait être conclu et ceux dans lesquels n'était élaboré qu'un document individuel de prise en charge. Il prévoyait le contenu minimal de chacun de ces deux documents, les modalités de leur actualisation ainsi que le contenu de leurs annexes. Ce dispositif avait en son temps suscité la critique parce qu'il instaurait une discrimination entre les personnes accueillies, que par ailleurs il ne créait pas de rapport contractuel mais se bornait tout au plus à habiller un lien préexistant²², qu'il dissociait dans le

temps l'admission en établissement et la conclusion du contrat et qu'enfin, il ne prévoyait pas la contractualisation d'éléments pratiques importants tels que la reconnaissance de la valeur contractuelle cadre du projet d'établissement et du règlement de fonctionnement, la limitation des obligations du prestataire aux moyens budgétaires qui lui sont alloués, l'assiduité de l'utilisateur comme facteur de viabilité financière de l'activité, le partage des informations confidentielles par les professionnels personnellement impliqués dans la prise en charge²³. Forte de cette première expérience, l'autorité réglementaire a changé de technique sinon de tactique, non pour tirer les enseignements de cette première tentative de recours à la technique contractuelle du droit privé mais pour contourner en quelque sorte la difficulté : désormais, le régime contractuel serait porté par un modèle de contrat et non plus par un article réglementaire, le signifiant et le signifié étant alors confondus.

De prime abord, il serait possible de voir dans ce changement de méthode la poursuite d'un objectif des plus louables, celui de la protection des personnes les plus vulnérables. En réalité, la connaissance des populations concernées conduit à tempérer la pertinence d'une telle hypothèse. Certes, les personnes accueillies en ESAT sont le plus souvent atteintes de déficiences intellectuelles et/ou de pathologies psychiatriques stabilisées par des traitements médicamenteux appropriés mais ce sont des personnes qui jouissent dans leur existence d'une relative autonomie physique et sociale et qui ne sont

²⁰ D. n° 2004-1274 du 26 nov. 2004, *JO* du 27 novembre 2004, p. 20155 et s.

²¹ Pas moins de 29 alinéas organisés en 9 paragraphes signalés en chiffres romains.

²² O. Poinso, note sous Cass. Civ. 2^e, 12 mai 2005, n° 03-17.994, *FGTI c/ Assoc. Clair-Soleil & MAIF* : *JCP A* 2006, n° 1201.

²³ O. Poinso, *De la contractualisation des relations avec les usagers*, *Direction(s)* n° 18, avril 2005, p. 47-48.

pas majoritairement placées sous tutelle, à la différence des adultes accueillis en foyer d'accueil spécialisé (FAS) ou médicalisé (FAM), en maison d'accueil spécialisée (MAS) ou des personnes âgées dépendantes hébergées en EHPAD. Or, il n'est pas anodin de constater que les résidents de foyer ou de MAS ne disposent pas d'un contrat de séjour établi selon un modèle réglementaire. Quant aux personnes âgées dépendantes, dont la vulnérabilité est patente selon leur niveau de perte d'autonomie et leur classement corrélatif dans la grille AGGIR, leur accueil doit être formalisé par un contrat spécifique visé à l'article L. 342-2 CASF ; curieusement, aucun modèle réglementaire ne le régit²⁴. Par conséquent, l'argument tiré d'une particulière préoccupation de protection ne résiste pas à l'analyse.

Si l'examen des clauses du modèle de contrat conduit à relever la présence d'exigences globalement conformes aux termes de l'article D. 311 CASF, il en fait apparaître d'autres qui témoignent plutôt d'un sentiment de défiance des pouvoirs publics à l'égard des ESAT et de leurs organismes gestionnaires. Enfin, rien n'a été prévu pour contractualiser certains sujets qui conditionnent pourtant l'efficacité concrète de la prise en charge.

1. Des clauses globalement conformes à l'esprit de l'article D. 311 CASF

Vient en premier la définition de l'objet du contrat. Il s'agit, conformément aux prévisions des articles L. 344-2 et L. 344-2-1 CASF, d'offrir des possibilités

d'activités diverses à caractère professionnel ainsi qu'un soutien médico-social et éducatif, en vue de favoriser l'épanouissement personnel et social de la personne accueillie. La réalisation de cet objet passe par la proposition d'actions d'entretien des connaissances, de maintien des acquis scolaires et de formation professionnelle, d'initiatives éducatives d'accès à l'autonomie et d'implication dans la vie sociale. Les articles 1^{er}, 2 et 3 du modèle de contrat de soutien et d'aide par le travail reprennent de manière fragmentaire ces éléments de définition qui constituent, pour la personne accueillie, la cause de l'engagement. Il convient toutefois de relever qu'au regard de l'énoncé du V de l'article D. 311 CASF, le modèle de contrat de soutien et d'aide par le travail est lacunaire. En effet, nulle part il n'est question de mentionner les prestations qui peuvent être immédiatement mises en œuvre entre le moment de la signature du contrat et celui de la conclusion de l'avenant de personnalisation ; on ne trouve pas davantage trace d'une description des conditions d'accueil²⁵. En revanche, le modèle de contrat précise que l'établissement s'engage, dans le cadre de la mise en œuvre de son projet institutionnel et de son règlement de fonctionnement, à mettre en place une organisation propre à permettre à la personne accueillie d'exercer des activités à caractère professionnel adaptées à ses capacités et à ses aspirations (article 2 du contrat). On retrouve une formulation analogue s'agissant des activités médico-sociales et éducatives, l'établissement s'engageant à proposer des activités correspondant aux besoins et aspirations personnelles de l'utilisateur (article 3). Ces

²⁴ En dépit de plusieurs propositions de contrat type faites par le Conseil national de la concurrence, dont la plus récente date d'octobre 2000 (avis du C.N.C. sur les maisons de retraite publié au BOCCRF n° 2000-11 du 18 oct. 2000 : www.finances.gouv.fr/DGCCRF/boccrf/00_11/a0110017.html).

²⁵ La description des conditions de séjour n'étant pas applicable aux ESAT où, par définition, on ne séjourne pas.

formulations appellent une précision importante dans la mesure où, si les notions de besoin et de capacité peuvent être objectivées par les professionnels *via* une démarche de bilan – au cours de la procédure d'admission par exemple – en revanche celle d'aspirations personnelles présente un caractère bien plus subjectif qui pourrait étendre inconsidérément le champ des engagements institutionnels. Il est donc nécessaire d'indiquer que les engagements pris par l'établissement comportent deux limites :

- la première limite tient à la nature même du contrat. En effet, compte tenu de la diversité et de la complémentarité des diverses prestations de service qui constituent la prise en charge – prestations essentiellement intellectuelles d'aide à la personne²⁶ – le contrat de soutien et d'aide par le travail doit, comme de manière plus générale tout contrat de séjour en établissement ou service social ou médico-social, être qualifié de contrat d'entreprise au sens de l'article 1710 du Code civil²⁷. Cette qualification a pour conséquence, compte tenu de la prépondérance des prestations immatérielles, de retenir le principe d'une responsabilité contractuelle

majoritairement placée sous le signe de l'obligation de moyens²⁸, ce que confirme d'ailleurs régulièrement la jurisprudence²⁹ ;

- la seconde limite tient à la rédaction du modèle de contrat. En effet, l'article 1161 du Code civil dispose que « *toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier* ». Les articles 2 et 4 du modèle de contrat de soutien et d'aide par le travail font explicitement référence à la mise en œuvre du projet institutionnel et du règlement de fonctionnement. Or, cette mise en œuvre fait l'objet d'une allocation tarifaire administrative finie en vertu des articles L. 314-1, I et R. 314-1 et suivants CASF. Par conséquent, l'engagement pris par l'institution de tout mettre en œuvre pour satisfaire les aspirations personnelles des travailleurs handicapés est nécessairement circonscrit par les ressources financières qui lui ont été allouées par le préfet au terme de la procédure budgétaire.

Les clauses relatives à la participation de la personne accueillie, aux modalités et délais de signature sont conformes

²⁶ Il s'agit d'interventions éducatives, d'enseignement et de formation, psychologiques et psychothérapeutiques, de soins et de rééducation, d'aide à la vie personnelle, domestique, familiale, professionnelle et sociale, de compensation du handicap par des aides techniques et humaines. Pour une vision à la fois plus juridique et peut-être plus exhaustive encore de ce qui constitue une prise en charge sociale ou médico-sociale, cf. art. L. 311-1 CASF.

²⁷ Comme en convient par ex. J.-M. Lhuillier, *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, éd. ENSP, 2^{ème} éd., p. 96. Pour une définition du contrat d'entreprise : Ph. Malaurie, L. Aynes, P.-Y. Gautier, *Contrats spéciaux*, éd. Cujas, coll. *Droit civil*, 14^{ème} éd., n° 708.

²⁸ Sauf en matière de sécurité et dans certains cas seulement : cf. note 22 *supra* pour le cas de commission d'agressions sexuelles répétées par d'autres usagers ; Cass., Civ. 2, 16 sept. 2003, X... *c/ CAT de la Bièvre*, n° 02-30.118 en cas d'accident du travail survenu à un travailleur handicapé de CAT (faute inexcusable de l'employeur du fait de l'absence de barreaux à une fenêtre d'étage).

²⁹ P. Calloch, *La responsabilité des établissements sanitaires et sociaux*, éd. Législatives, Coll. *Dominantes*, p. 110 ; J.-M. Lhuillier, *La responsabilité civile, administrative et pénale dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, éd. ENSP, 3^{ème} éd., n° 403, 416 et 417 ; Pour une illustration récente : Cass., Civ. 1, 05 juil. 2006, *Catherine X... c/ Assoc. Les Papillons Blancs*, n° 03-12.344.

aux règles posées par l'article D. 311 CASF (articles 1^{er} et 9 du modèle de contrat). Seules diffèrent les règles relatives à la conclusion de l'avenant de personnalisation : si les ESAT ont l'obligation de proposer la conclusion de cet avenant au plus tard à l'échéance de la période d'essai³⁰ éventuellement prévue dans la décision d'orientation, en revanche l'actualisation ultérieure de cet avenant d'année en année n'est qu'optionnelle, ce qui constitue un assouplissement au regard du droit commun (articles 5 et 6 du modèle de contrat). Cette mesure pourrait prêter à discussion pour trois raisons. D'une part, compte tenu de leur orientation en ESAT, les personnes accueillies sont censées disposer d'aptitudes plus favorables à une évolution positive que d'autres publics adultes, en FAS, FAM ou MAS, et pour lesquels l'article D. 311 CASF prévoit pourtant une actualisation annuelle obligatoire de l'avenant de personnalisation ; ces aptitudes potentiellement plus importantes justifieraient donc une évaluation et une actualisation au moins aussi régulières. D'autre part, les personnes accueillies en ESAT bénéficient souvent d'une prise en charge en foyer d'hébergement et, dans cet autre contexte institutionnel, bénéficient d'une actualisation annuelle de leur avenant de personnalisation au foyer. Enfin, la possibilité offerte dans beaucoup d'ESAT de varier les activités d'atelier en fonction des aspirations et possibilités de chacun, notamment pour éviter l'apparition d'un sentiment de lassitude et pour prévenir tout phéno-

mène de dépendance à l'égard de tel ou tel membre du personnel éducatif, pourrait légitimer le fait qu'une actualisation annuelle de l'avenant de personnalisation soit proposée.

Le recours éventuel à un prestataire extérieur est contractualisé (article 7 du modèle de contrat). Cette clause n'a que peu d'incidence dans la mesure la mise en œuvre de dispositifs contractuels avec des tiers correspond d'ores et déjà à la pratique, cette possibilité étant du reste explicitement prévue à l'article L. 312-7 CASF au titre de la coordination des interventions.

L'article 8 du modèle de contrat prévoit un dispositif de prévention des difficultés par lequel le travailleur handicapé a un droit acquis à échanger avec le directeur de l'ESAT lui-même sur ces difficultés. Il peut bénéficier de la présence d'un tiers dans des conditions distinctes de celles prévues par l'article D. 311 CASF pour la signature du contrat de séjour³¹. En particulier, la présence d'un tiers à l'établissement n'est pas prévue.

2. Des indices de défiance ?

Le modèle de contrat de soutien et d'aide par le travail continué, après le contrat de séjour défini à l'article D. 311 CASF, d'ignorer toute concordance chronologique entre le processus d'admission/sortie et celui de conclusion/résiliation du contrat, avec les effets négatifs qui ont déjà pu être soulignés

³⁰ L'instauration d'une période d'essai pour éprouver l'adéquation des propositions de l'établissement aux besoins de la personne accueillie constitue une pratique habituelle et ancienne (cf. point 220 de la circ. n° 60 AS).

³¹ Il peut s'agir d'un membre du personnel, d'un autre travailleur handicapé, de son représentant légal, d'un membre de sa famille ou de la personne qualifiée au sens de l'art. L. 311-5 CASF. Les professionnels considèrent que le recours à un membre du personnel n'apportera pas forcément la garantie d'objectivité nécessaire et constatent par ailleurs que, dans beaucoup de départements, les personnes qualifiées n'ont toujours pas été désignées plus de quatre ans après la promulgation des dispositions qui les ont instituées.

du fait de cette distorsion³². Il faut d'ailleurs signaler que les règles d'admission et de sortie ont été profondément modifiées par les articles R. 243-1 à R. 243-4 CASF issus du décret du 16 juin 2006. En particulier, le directeur de l'ESAT a perdu son pouvoir de prononcer la sortie et ne peut plus que prendre – aux frais de l'établissement, dans la mesure où la rétribution du travailleur handicapé est en toute hypothèse maintenue – une mesure de suspension en cas de comportement menaçant ou dangereux de la personne accueillie, mesure dont l'échéance dépendra de la décision de réorientation qui sera prise par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH). Le modèle de contrat comprend, en son article 10, une description de ce dispositif de suspension en reprenant – incomplètement d'ailleurs³³ – les cas prévus à l'article R. 243-4 CASF. La situation du travailleur handicapé à l'égard du foyer d'hébergement qui peut l'accueillir en sus est nettement distinguée de celle qu'il peut rencontrer en ESAT en cas de suspension disciplinaire : son droit à hébergement ne sera pas affecté.

Il est également surprenant de constater que ni le décret du 23 décembre 2006, ni le modèle de contrat qui lui est annexé n'envisagent à aucun moment l'hypothèse d'un refus de signature du contrat de soutien et d'aide par le travail par la personne accueillie. Rien n'est dit dans ce cas de ce que devrait être le document individuel de prise en charge (DIPC), ce qui laisse supposer qu'un tel

document devrait tout simplement être établi conformément à l'article D. 311 CASF. *Quid* alors de la reconnaissance de la spécificité de l'activité des ESAT qui avait pourtant justifié l'édition d'un type de contrat particulier ? Devant cette lacune, il pourrait être légitime de se demander si, dans l'esprit des rédacteurs du décret, l'hypothèse d'une prise en charge en ESAT sous la forme d'un DIPC était même envisageable.

Mais l'intention qui a le plus surpris les professionnels concerne les mesures de publicité exceptionnelles imposées par les articles 1^{er} et 12 du modèle de contrat. Il s'agit de l'envoi d'un exemplaire original du contrat signé à la direction départementale des affaires sanitaires et sociales (DDASS) ainsi qu'à la maison départementale des personnes handicapées (MDPH) dont relève la CDAPH qui a rendu la décision d'orientation. Ici encore, l'argument d'une protection particulière accordée à des personnes vulnérables n'est pas recevable, dans la mesure où aucune disposition ne prévoit de communication comparable s'agissant des contrats de séjour conclus avec des personnes relevant de publics plus fragiles. Il ne peut s'agir non plus d'une précaution prise à l'égard d'engagements voisins de ceux que pourrait comprendre un contrat de travail, le contrat de soutien et d'aide par le travail ne comportant – à l'exception des deux derniers alinéas de l'article 2 – aucune mention relative aux conditions d'exercice de l'activité à vocation professionnelle, rétribution ou statut social³⁴. Se pose dès lors la question de

³² Si l'on voulait véritablement promouvoir la citoyenneté des personnes handicapées à travers l'outil contractuel, alors il serait pertinent de faire de la phase de pré admission une véritable phase de pourparlers qui se conclurait simultanément par le prononcé de l'admission et la signature du contrat. De même, un lien indissoluble devrait exister entre résiliation du contrat et prononcé de la sortie de l'établissement. Pour plus de détails sur cette analyse critique : cf. notes 22 et 23 *supra*.

³³ Manque en effet le cas d'atteinte à la santé ou la sécurité du personnel mais il s'agit sans doute là d'une erreur matérielle de rédaction.

³⁴ Ce régime résulte des dispositions légales et réglementaires déjà citées en note 14.

l'utilité de la communication du contrat de soutien et d'aide par le travail, contrat de droit privé, à des autorités administratives.

S'agissant d'abord de la transmission du contrat de soutien et d'aide par le travail à la MDPH, force est de constater que son utilité concrète demeure à démontrer. En effet, l'article L. 146-3 CASF qui définit les attributions des MDPH ne leur reconnaît aucune compétence afférente ni au contrat de soutien et d'aide par le travail, ni de manière plus générale au contrat de séjour conclu avec un établissement ou un service social ou médico-social. La même observation vaut pour les CDAPH dont les compétences sont énumérées aux articles L. 146-9 et L. 241-6 CASF. En définitive, le seul intérêt d'un envoi du contrat de soutien et d'aide par le travail serait d'informer la MDPH et la CDAPH des suites réservées aux décisions d'orientation. Mais cela n'est pas utile : l'article 1^{er} du décret n° 2007-159 du 6 février 2007³⁵ a inséré un nouvel article R. 146-36 dans le CASF en vertu duquel les établissements ont l'obligation, dans les quinze jours suivant leur réponse à une demande d'admission, d'informer la MDPH des suites qu'ils ont réservées à cette demande et de préciser par la même occasion le nombre de places actuellement disponibles ainsi que le nombre de personnes en attente d'admission. Par conséquent, l'envoi d'un exemplaire du

contrat de soutien et d'aide par le travail à la MDPH ne présente aucune utilité pratique.

S'agissant ensuite de l'envoi du contrat de soutien et d'aide par le travail à la DDASS, la question peut se poser de l'usage qui pourrait en être fait. En effet, s'il est avéré que les ESAT participent au service public de l'action sociale et médico-sociale institutionnelle³⁶, ils s'y inscrivent dans le cadre du service public industriel et commercial³⁷. De ce fait, les possibilités d'intervention de l'Administration dans un lien contractuel de droit privé demeurent très limitées puisque ledit lien relève de la compétence exclusive du juge judiciaire³⁸.

L'application du régime juridique du droit privé aux engagements pris par les institutions sociales et médico-sociales privées à l'égard des autres personnes privées englobe bien sûr la matière contractuelle dont les contours les plus généraux sont dessinés par les articles 1101 et suivants du Code civil. Deux conséquences sont à tirer de l'application du droit privé au contrat de soutien et d'aide par le travail comme, plus généralement, au contrat de séjour :

- la première conséquence est que le contrat a, conformément à l'article 1134 du Code civil, force de loi par le seul effet de l'accord de volonté des parties. En cas de difficulté sur l'interprétation des clauses du contrat –

³⁵ Relatif au recueil par la maison départementale des personnes handicapées de données sur les suites réservées par les établissements et services aux orientations prononcées par la commission des droits et de l'autonomie modifiant le Code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire) et modifiant le décret n° 2006-130 du 8 fév. 2006 relatif à la convention de base constitutive de la maison départementale des personnes handicapées (*JO* du 7 fév. 2007, p. 2334).

³⁶ O. Poinot, *Les institutions privées et le service public de l'action sociale et médico-sociale* : *RGCT* n° 37, nov.-déc. 2005, p. 415-431.

³⁷ O. Poinot, *L'action sociale et médico-sociale, un service public industriel et commercial ?* : *JCP A* 2005, 1358.

³⁸ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 15^{ème} éd., coll. *Domat*, éd. Monchrestien, n° 765 ; A. de Laubadere et alii., *Traité de droit administratif*, tome I, 14^{ème} éd., LGDJ, n° 1172.

notamment pour déterminer l'étendue et les limites des obligations contractées – seul le juge judiciaire est compétent³⁹. Cette œuvre d'interprétation n'est d'ailleurs pas libre puisqu'il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme⁴⁰. S'agissant des litiges contractuels entre personnes privées, le Tribunal des conflits considère que la compétence exclusive du juge judiciaire est une « règle de valeur législative »⁴¹. De manière plus précise encore, dès lors qu'un organisme gestionnaire n'a pas l'obligation d'admettre absolument telle personne nommément désignée mais qu'il dispose d'une certaine liberté de

choix qu'il exerce dans le respect de la réglementation en vigueur au vu des caractéristiques de l'agrément⁴², du projet d'établissement, du règlement de fonctionnement, des options techniques retenues pour l'animation de la prise en charge, du nombre de places disponibles, etc., il n'y a pas lieu de considérer que le contrat a été conclu pour le compte de l'Administration et seul le juge judiciaire est compétent⁴³. Encore plus précisément et comme cela a déjà été indiqué *supra*, dans la mesure où l'action sociale et médico-sociale institutionnelle exercée par les institutions privées est soumise au régime du service public industriel et commercial, la compétence des juridictions de droit privé s'impose⁴⁴ ; c'est pourquoi le Conseil d'État a eu l'occasion

³⁹ L'interprétation des contrats relève de l'appréciation souveraine des juges du fond de l'autorité judiciaire : jurisprudence constante rendue sur le fondement de l'article 1156 du Code civil depuis Cass. Civ., 2 fév. 1808 : *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^{ème} éd., n° 159.

⁴⁰ Cass. Civ., 15 avr. 1872 : *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^{ème} éd., n° 160.

⁴¹ T.C., 26 juin 1989, *SA Compagnie générale d'entreprise de chauffage* : D. 1990, somm., p. 191, obs. X. Pretot. Cf. R. Chapus, *op. cit.*, n° 739.

⁴² Les termes de la décision d'orientation prise par la CDAPH ne s'imposent pas absolument et définitivement à l'établissement. Le régime juridique applicable résulte, après la L. du 11 février 2005, des dispositions des art. L. 241-5 à L. 241-11 et R. 241-24 à R. 241-34 CASF. Les décisions d'orientation, aux termes de l'art. L. 241-6, III CASF, ne s'imposent que dans la limite de la spécialité au titre de laquelle l'établissement ou le service a été autorisé ou agréé (Voir par exemple : Cass. Soc., 19 jan. 1995, *Philippe L...* c/ *C.D.E.S. du Maine et Loire*, pourvoi n° 92-16.402. La jurisprudence a apporté un inflexionnement à l'obligation textuelle au cas d'absence de places actuellement disponibles : Cass. Soc., 14 déc. 2000, *Pruvost c/ Association Champ de la Croix*, pourvoi n° 99-13.492). La définition de ce critère de spécialité au regard de l'autorisation résulte non seulement des termes de l'autorisation administrative d'ouverture mais également des autres éléments définissant les spécificités de l'activité, tels qu'ils ont été soumis à l'appréciation de l'Administration au moment de la procédure d'autorisation, c'est-à-dire aussi bien lors de l'instruction du dossier d'agrément (qui comprend les pièces prévues par l'art. R. 313-3 CASF) que lors de la réalisation de la visite de conformité (dont le dossier comprend les pièces prévues à l'art. D. 312-12 CASF). Ainsi les spécificités de l'activité résultent-elles du projet d'établissement, du règlement de fonctionnement, du livret d'accueil et des modèles de contrat de séjour et de DIPC. Le directeur peut donc refuser une admission ou prononcer une sortie (hors le cas des ESAT, cf. *supra*), sans porter atteinte à l'autorité de la décision d'orientation dès lors que sa décision résulte du constat d'une incompatibilité objective entre les besoins du candidat-usager – ou le comportement de l'usager déjà admis – et les éléments ci-dessus caractérisant la spécialité de l'activité autorisée.

⁴³ T.C., 10 jan. 1983, *Centre d'action pharmaceutique*, Rec. CE p. 535 : *AJDA* 1983, p. 359, note J. Moreau ; *D.* 1983, IR p. 114 ; *Dr. soc.* 1983, p. 645, note X. Pretot ; *JCP G* 1983, II, 19938, concl. GULPHE.

⁴⁴ R. Chapus, *op. cit.*, n° 1053.

de juger que l'avis de l'Administration sur le contenu d'un contrat conclu entre personnes privées, pour éclairant qu'il puisse être, n'a aucune valeur juridique en l'absence d'appréciation par le juge judiciaire : aucun acte d'appréciation ou d'approbation par l'Administration n'est de nature à en modifier le caractère⁴⁵ ;

- la deuxième conséquence est qu'en l'absence de compétence de l'autorité administrative pour apprécier valablement le contenu des clauses et la qualification d'un contrat entre personnes privées, l'exercice de mesures de police administrative sur le fondement d'une telle appréciation et au visa de l'article L. 313-14 CASF constituerait un cas d'illégalité viciant toute décision ultérieure fondée sur cette appréciation. Cela vaudrait aussi bien pour la réalisation d'une inspection que pour le prononcé d'une injonction, la désignation d'un administrateur provisoire et, *a fortiori*, la prise d'un arrêté de fermeture.

S'agissant ensuite de l'exercice d'un pouvoir de police judiciaire, il convient d'observer une évolution récente de son régime juridique, liée à la promulgation de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

Antérieurement, les fonctionnaires du corps d'inspection n'avaient pas compétence pour dresser un procès-verbal d'infraction en matière de relations contractuelles. Le contrat de soutien et d'aide par le travail – tout comme le contrat de séjour et le document individuel de prise en charge – a

été institué par l'article L. 311-4 CASF. Or, aux termes de l'article L. 313-21, « *les infractions aux dispositions des articles L. 311-4 à L. 311-9 et du troisième alinéa de l'article L. 313-1-1 du présent code sont constatées et poursuivies dans les conditions fixées par les premier et troisième alinéas de l'article L. 450-1 et les articles L. 450-2, L. 450-3, L. 450-7, L. 450-8 et L. 470-5 du Code de commerce* ». Ces articles du Code de commerce déterminent les pouvoirs d'enquête de certains fonctionnaires du ministère de l'économie (autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation). Ils confèrent aux sanctions prévues un caractère pénal qui donne aux investigations la nature d'actes de police judiciaire⁴⁶. En application de l'article 15 du Code de procédure pénale (C. Proc. Pén.), « *le personnel de la police judiciaire comprend : (...) 3° les fonctionnaires et agents auxquels sont attribuées par la loi certaines fonctions de police judiciaire* ». L'article 28 du même code précise que « *les fonctionnaires et agents des administrations et services publics auxquels des lois spéciales attribuent certains pouvoirs de police judiciaire exercent ces pouvoirs dans les conditions et dans les limites fixées par ces lois* ». Or, au visa de l'article 28 C. Proc. Pén., il a été jugé que les pouvoirs d'investigation conférés aux officiers et agents de police judiciaire ou à certains fonctionnaires par des lois spéciales ne peuvent être exercés que dans les conditions et limites fixées par les textes qui les prévoient, sans qu'il leur soit permis de mettre en œuvre, par un détournement de procédure, des pouvoirs que la loi ne leur a pas reconnus⁴⁷. Aussi, dans la

⁴⁵ Voir par ex. C.E., Sect., 4 mai 1984, *Maternité rég. A Pinard*, Rec. CE p. 165, concl. O. Dutheillet de Lamothe ; *AJDA* 1984, p. 430, chron. B. Lasserre et S. Hubac ; *D.* 1985, p. 89 ; *RFDA* 1985, p. 502, note J. Virole.

⁴⁶ Art. 14 C. proc. pén.

⁴⁷ Cass. Crim., 18 déc. 1989, *Bull. Crim.* 1989, n° 485 ; *JCP G* 1990, II, 21531, note Chambon ; *D.* 1991, somm. 174, obs. Pannier.

mesure où une attribution de compétence spéciale en matière de police judiciaire a été explicitement opérée par la loi au profit des agents de la DGCCRF, alors même que les dispositions de l'article L. 313-13 CASF étaient trop générales pour comprendre des prévisions spéciales au sens de l'article 28 C. Proc. Pén., la compétence de police judiciaire des agents de la DGCCRF en matière de contrôle du contrat de séjour devait être exclusive et interdire à tout inspecteur de l'action sanitaire et sociale – fût-il assermenté – d'exercer des fonctions de police judiciaire dans ce domaine, sauf à commettre un détournement de pouvoir.

Cette analyse était corroborée par la lecture *a contrario* des termes de la note d'information n° DGAS/SD 5D n° 2006-498 du 27 novembre 2006 relative aux nouvelles compétences des inspecteurs de l'action sanitaire et sociale en charge du contrôle des établissements et services sociaux et médico-sociaux locaux⁴⁸. Par cette note, élaborée avec le concours des services du ministère de la justice, la Direction générale de l'action sociale (DGAS) donnait des directives aux services déconcentrés sur l'exercice des nouvelles missions de police judiciaire confiées aux inspecteurs assermentés. Ces directives visaient exclusivement la constatation d'infractions prévue à l'article L. 313-13, alinéa 3 CASF, l'autorité administrative à

leur origine reconnaissant d'ailleurs spontanément que ce texte « *ne précise pas les infractions qui peuvent être constatées par les inspecteurs de l'action sanitaire et sociale* »⁴⁹. Par conséquent, devait être exclue de la compétence de police judiciaire des inspecteurs de l'action sanitaire et sociale la constatation des infractions prévues par l'article L. 313-21 CASF et ce, même si l'Administration promouvait une interprétation extensive au nom de laquelle les dispositions de l'article L. 313-13 CASF auraient donné compétence aux inspecteurs pour constater toutes les infractions prévues par le Livre III de ce code⁵⁰. Pour le surplus, il suffisait de remarquer qu'annexée à cette note d'information, la liste des infractions susceptibles d'être constatées, classées par codes *Natinf*⁵¹, ne comprenait aucune infraction relative ni au contrat de séjour ni au document individuel de pris en charge ni au contrat de soutien et d'aide par le travail⁵².

Mais l'article 26 de la loi du 5 mars 2007 vient de changer la donne en ajoutant quatre simples mots à l'alinéa 3 à l'article L. 313-13 CASF : les fonctionnaires habilités du ministère de la santé peuvent désormais poursuivre et constater toutes les infractions « *définies au présent code* ». Cette précision devrait satisfaire l'exigence de spécialité posée par la jurisprudence à propos de l'article 28 C. Proc. Pén. et consacrer,

⁴⁸ B.O. Santé n° 2006/12 du 15 jan. 2007.

⁴⁹ Point 1.2 de la note. L'exigence d'une loi spéciale, imposée par l'article 28 C. proc. pén., n'est donc pas satisfaite.

⁵⁰ Point 1.2 de la note.

⁵¹ Les codes *Natinf* définissent les infractions répertoriées dans l'« application micro-pénale » mise en œuvre par la Direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice. A chaque incrimination est attribué un code dans cette base de données recensant toutes les infractions pénales existantes.

⁵² Annexe II à la note. Sont toutefois prévues des contraventions de 5^{ème} classe pour les EHPAD : en cas d'hébergement d'une personne âgée sans contrat écrit préalable (n° *Natinf* 11190) et en cas d'hébergement d'une personne âgée avec passation d'un contrat écrit non conforme (n° *Natinf* 11191), ces deux infractions étant classées dans la rubrique des « *procédures compétences agents code de commerce pour contrat* ».

en matière de contrats conclus avec les usagers, la compétence concurrente de la DGCCRF et des DDASS.

Ainsi la communication du contrat de soutien et d'aide par le travail à la DDASS et à la MDPH constitue-t-elle une originalité dont l'utilité n'est que partiellement démontrée et ce, d'autant que la pratique consistant à communiquer un contrat de droit privé à une autorité administrative demeure un fait rare en droit administratif, justifié par des impératifs spécifiques tels l'exercice délégué d'un pouvoir de police⁵³ ou encore la protection d'intérêts de sécurité nationale⁵⁴, ce qui n'est bien évidemment pas le cas ici. Compte tenu du nombre important des personnes accueillies en ESAT et de la stagnation – voire de la diminution – des moyens humains des services déconcentrés du ministère de la santé, notamment du fait de leur participation aux nouvelles instances créées par la loi du 11 février 2005, la question de l'effectivité même d'un contrôle des contrats de soutien et d'aide par le travail ne manquera pas de se poser.

Enfin, les professionnels auront instantanément relevé qu'à la différence du contrat de séjour dont la mise en œuvre avait été assortie d'un délai de six mois, le régime du contrat de soutien et d'aide par le travail est quant à lui d'application immédiate⁵⁵, le seul délai admis étant celui d'un mois concernant sa signature. Une telle pratique démontre d'abord que les pouvoirs publics n'ont pas pris

en considération la difficulté concrète liée à l'établissement, à l'explication et à la signature des contrats concernant les personnes actuellement prises en charge. Elle autorise ensuite à supposer que l'Administration n'avait pas anticipé de difficulté particulière dans la mesure où, pour elle, les organismes gestionnaires devaient peut-être se borner à recopier *in extenso* le modèle de contrat réglementaire.

3. Des clauses oubliées

Le modèle de contrat de soutien et d'aide par le travail a omis des clauses dont l'utilité pratique pour les professionnels est pourtant avérée. S'il faut saluer les termes de l'article 4 qui énoncent le principe d'une obligation d'assiduité de la personne accueillie aux activités qui lui sont proposées, il faut par ailleurs regretter que d'autres prévisions n'aient pas été incluses dans le document.

Ainsi aurait été bienvenue une stipulation assurant l'information du travailleur handicapé sur la nécessité de ne pas solliciter la réalisation par des tiers, à l'extérieur de l'établissement et à l'insu de l'équipe pluridisciplinaire, d'actes entrant normalement dans la mission de l'ESAT au titre des actions de soutien⁵⁶ et pouvant provoquer un remboursement par la sécurité sociale en « feuille à feuille » au mépris du principe dit du « tout compris » énoncé à l'article R. 314-26 CASF⁵⁷.

⁵³ Voir l'exemple des Ordres professionnels : les médecins soumettent obligatoirement au contrôle de leur Ordre tout projet et contrat d'association ou de société (art. R. 4127-91 CSP) et tout contrat de travail salarié (art. R. 4127-83 CSP). *Idem* pour les avocats : contrat d'association (art. 126 D. n° 91-1197 du 27 novembre 1991), de collaboration (art. 133), de travail salarié (art. 139).

⁵⁴ A. du 18 avril 2005 relatif aux conditions de protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'État dans les contrats (*JO* du 20 avr. 2005, p. 6914 et s.).

⁵⁵ Art. 4 du décret du 23 décembre 2006 publié au *JO* du 30 déc. 2006 : application au 1^{er} janvier 2007.

⁵⁶ Consultations médicales, actes paramédicaux ou de rééducation.

⁵⁷ Cette problématique, bien connue des professionnels et désignée sous l'expression de « double prise en charge », recouvre deux enjeux : d'une part celui de la cohérence de la prise en charge

Manque également une clause par laquelle la personne accueillie autorise les membres de l'équipe pluridisciplinaire à partager entre eux les informations qui la concernent pour les besoins de la direction de la prise en charge. En effet, à la différence des professionnels du secteur sanitaire⁵⁸, ceux du secteur social et médico-social – à l'exception de ceux qui participent à la mise en œuvre de la politique de protection de l'enfance⁵⁹ – sont toujours soumis aux rigueurs de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui nie l'existence de tout secret partagé.

Par ailleurs, des précisions sur la notion de représentant légal auraient été utiles. En effet, cette expression est employée à plusieurs reprises dans le modèle de contrat de soutien et d'aide par le travail, sans autre précision, comme s'il était entendu que l'existence de toute mesure de représentation donnait au représentant la capacité exclusive de contracter. Or, en l'absence de précisions légales, la jurisprudence rendue s'agissant de l'autorisation des actes extrapatrimoniaux tend à préserver la capacité du majeur protégé sauf dans le cas particulier de la tutelle complète, ce régime obligeant le tuteur à obtenir préalablement une ordonnance du juge des tutelles⁶⁰ ; aussi les professionnels

sont-ils fondés à déplorer que le modèle de contrat n'ait pas pris en considération la réalité des situations de handicap – et notamment de handicap mental – lorsque la personne accueillie est assujettie à une mesure de représentation allégée voire d'une mesure de protection. Cette observation valait d'ailleurs déjà pour le contrat de séjour de droit commun.

Mais dans ce domaine également, la loi du 5 mars 2007 a fait évoluer l'état du droit, amendant le Code civil pour l'enrichir d'importantes précisions. A compter du 1^{er} janvier 2009⁶¹, la question de la protection de la personne sera très nettement distinguée de la gestion patrimoniale⁶² et le juge des tutelles pourra scinder les mesures de protection pour en confier les divers aspects, personnels et patrimoniaux, à des mandataires distincts⁶³. La compétence du représentant légal demeurera subsidiaire, celle du protégé étant de principe tant que son état lui permet de prendre lui-même les décisions relatives à sa personne⁶⁴. La proportionnalité et l'individualisation de la mesure de protection se définiront à l'égard du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé⁶⁵. Par ailleurs, certaines dispositions spécifiques pourront s'appliquer en cas d'admission en institution et donc lors de la conclusion du contrat :

dont la direction appartient à l'établissement au titre de sa mission, d'autre part la maîtrise du budget d'exploitation face à un risque de « droit de tirage » illimité des usagers s'agissant des soins et actes de rééducation réalisés par des praticiens libéraux. Le CASF a d'ailleurs réglé le problème dans le cas des établissements pour enfants en leur confiant la responsabilité exclusive des soins (art. D. 312-13, D. 312-59-9, D. 312-62, D. 312-68, D. 312-88, D. 312-102 et D. 312-115).

⁵⁸ Art. L. 1110-4, alinéa 3, CSP.

⁵⁹ Nouvel art. L. 226-2-2 CASF issu de l'art. 15 de la L. n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance (*J.O.* 06 mars 2007, p. 4215 et s.).

⁶⁰ Cass. 1^{ère} Civ., 24 fév. 1993, *D.* 1993, 614, note T. Verheyde.

⁶¹ Art. 45 de la L. du 5 mars 2007.

⁶² C. Civ., art. 415 et 425, al. 2.

⁶³ Art. 447, al. 2.

⁶⁴ Art. 459.

⁶⁵ Art. 428, al. 2.

- l'article 459-2 nouveau du Code civil énonce que le majeur protégé choisira lui-même le lieu de sa résidence et qu'il pourra librement rencontrer des tiers, être visité ou hébergé par eux. Si cette disposition ne concerne pas directement la conclusion du contrat de soutien et d'aide par le travail, elle influencera en revanche très nettement les conditions de signature du contrat de séjour et, dans le cas des travailleurs handicapés d'ESAT, leur séjour concomitant en foyer d'hébergement ;
- l'article 459 *in fine* dispose que le représentant légal ne pourra prendre, sauf urgence, aucune mesure ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée du majeur protégé. Peut-être le juge devra-t-il se prononcer sur le point de savoir si le départ du domicile pour un établissement social ou médico-social – lieu de vie collective par définition – constitue par lui-même une atteinte grave à l'intimité de la vie privée ou s'il faudra procéder à un examen *in concreto* de la situation pour vérifier le respect des droits fondamentaux de la personne, lesquels font obligation à l'établissement de garantir cette intégrité et cette intimité ;
- l'article 426, alinéa 3, subordonnera l'« abandon juridique » du logement – vente ou résiliation d'un contrat de bail – occupé en son nom propre par le majeur protégé, d'abord à l'avis d'un médecin inscrit sur une liste dressée par le Procureur de la République, ensuite à la décision du juge ou du conseil de famille. Les souvenirs, les objets à caractère personnel, les biens indispensables

aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades devront être gardés à leur disposition, le cas échéant par les soins de l'établissement d'accueil.

Il résulte de ces textes que la personne protégée, dans toute la mesure où elle sera en capacité de concevoir et d'exprimer sa volonté d'entrer – ou non – en établissement, sera seule compétente pour signer le contrat de séjour. Ce n'est que dans le cas où elle n'aura pas cette aptitude, et encore à condition qu'une décision judiciaire autorise le tuteur explicitement chargé de la mission de veiller aux droits personnels de prendre des décisions en matière de choix de la résidence, que le représentant légal pourra signer le contrat. Cette solution ne semble pas contredire les termes de l'article 459-1 du Code civil en vertu desquelles les dispositions du CASF relatives aux attributions des représentants légaux seront considérées comme des lois spéciales et, à ce titre, dérogoires du droit commun. Apportant des précisions nécessaires aux professionnels, placés dans certaines situations pour le moins délicates, elle se caractérisera pour autant par une complexité que ces derniers devront assimiler et restituer, sans compromettre la qualité de leur dialogue quotidien avec les tuteurs et les familles.

Dernière observation sur les clauses absentes, même si elle n'est que formelle : il n'aurait pas été choquant de trouver, dans le modèle de contrat de soutien et d'aide par le travail, une référence à la Charte des droits et libertés de la personne accueillie⁶⁶ qui constitue le cadre réglementaire fondamental dans lequel la relation contractuelle doit s'épanouir.

⁶⁶ Art. L. 311-4 CASF renvoyant à l'arrêté du 8 sept. 2003 relatif à la charte des droits et libertés de la personne accueillie (JO du 9 oct. 2003).

B – Le caractère obligatoire et exhaustif du modèle de contrat

Confrontés pour la première fois à l'existence d'un modèle de contrat de séjour réglementaire, les professionnels s'interrogent pour des raisons pratiques – dont certaines viennent d'être exposées – sur son caractère obligatoire et exhaustif. Cette interrogation concrète rejoint une considération plus théorique qui tient à l'articulation des dispositions des articles L. 311-4, D. 311 et D. 311-0-1 CASF et à l'espace de liberté contractuelle résiduelle qui peut en résulter.

Dans la hiérarchie des normes, l'article L. 311-4 occupe par rapport aux autres sources une place prééminente qui invite à examiner en priorité ses dispositions. En l'occurrence, ce sont ses deux derniers alinéas qui retiennent l'attention : « *Le contenu minimal du contrat de séjour ou du document individuel de prise en charge est fixé par voie réglementaire selon les catégories d'établissements et de personnes accueillies. / Lorsqu'il est conclu dans les établissements et services d'aide par le travail (...) le contrat de séjour prévu à l'alinéa précédent est dénommé 'contrat de soutien et d'aide par le travail'. Ce contrat doit être conforme à un modèle de contrat établi par décret* ». L'interprétation de cette disposition conduit à comprendre que le contrat de soutien et d'aide par le travail, s'il doit être conforme à un modèle établi par décret, ne constitue néanmoins que le contenu minimal d'un engagement dont la portée peut être plus vaste, excédant la lettre du modèle réglementaire. De ce point de vue, le débat sémantique qui aurait pu naître à propos du terme

« conforme »⁶⁷ est tranché par la loi elle-même : c'est le deuxième sens du mot⁶⁸ qui doit être pris en compte, à savoir « *qui s'accorde, qui convient à sa destination* ». C'est d'ailleurs ce que confirme le sens du terme « *conformité* » : « *accord, analogie, concordance, convenance, ressemblance, similitude* »⁶⁹. L'exigence de conformité se traduit alors par une absence d'incompatibilité, elle signifie que le contrat de soutien et d'aide par le travail qui sera rédigé par l'organisme gestionnaire ne doit pas comprendre de stipulations contraires à celles incluses dans le modèle de contrat annexé au décret. Cela ne signifie pas pour autant que soit respectée une exigence de stricte identité formelle et, de ce point de vue, le contrôle éventuellement exercé par l'Administration ne saurait aboutir à l'exercice de mesures de police pour exiger le retour au modèle réglementaire mot pour mot.

Une deuxième question d'interprétation se pose quant à la coexistence des articles D. 311 et D. 311-0-1 CASF. Faut-il considérer que le régime juridique du contrat de soutien et d'aide par le travail est autonome de celui, plus général, du contrat de séjour et du document individuel de prise en charge des autres catégories d'établissements et services sociaux et médico-sociaux ? Ou au contraire, doit-on estimer que l'application de ce nouveau régime doit s'effectuer en conformité avec les dispositions de l'article D. 311 ? Un débat pourrait avoir lieu sur les positions respectives des deux articles au sein du code – l'article D. 311 précédant l'article D. 311-0-1 dans une section distincte, ce qui serait un indice de sa suprématie – ou encore à la lumière de l'adage *Specialia generalibus derogant*. Pour s'économiser une querelle byzantine, le

⁶⁷ *Petit Robert de la langue française*, tome I, V° *conforme*.

⁶⁸ Le premier sens étant : « *dont la forme est semblable (à celle d'un modèle)* ».

⁶⁹ *Op. cit.*, V° *conforme*.

lecteur pourra se référer à l'intention du rédacteur qui a l'heur d'être connue. Dans une circulaire de 2005 consacrée aux ESAT, l'Administration centrale a en effet exprimé son opinion de manière précise : « *Le décret n° 2004-1274 du 26 novembre 2004 relatif au contrat de séjour ou document individualisé de prise en charge prévus par l'article L. 311-4 CASF s'applique aux ESAT (...). Néanmoins, afin de tenir compte de la vocation particulière des ESAT – accompagnement médico-social et réalisation d'activités à caractère professionnel – l'article L. 311-4 CASF est complété afin que ce contrat soit nommé 'contrat de soutien et d'aide par le travail' dès lors qu'il est conclu au sein d'un établissement ou d'un service d'aide par le travail. Son contenu doit répondre d'une part aux conditions prévues par le décret du 26 novembre 2004, mais devra d'autre part contenir des dispositions encadrant les conditions de réalisation des activités à caractère professionnel* »⁷⁰. La solution ainsi dégagée a le mérite de la clarté : le contrat de soutien et d'aide par le travail doit à la fois répondre aux exigences de l'article D. 311 et à celles de l'article D. 311-0-1, c'est-à-dire être simplement compatibles avec les clauses du modèle de contrat.

Dans les faits, des difficultés pratiques sont néanmoins à prévoir puisque le modèle de contrat de soutien et d'aide par le travail n'a pas repris à son compte tous les éléments obligatoirement contenus dans le contrat de séjour de droit commun⁷¹. Dans le contexte actuel de prolifération réglementaire, cette situation engendre une grande insécurité juridique pour les organismes gestionnaires :

- à l'égard des services de contrôle déconcentrés de l'État qui, non seulement manquent de consignes univoques de leur Administration centrale mais, dans le même temps et sans toujours avoir une bonne connaissance des règles de droit privé applicables aux contrats, poussent parfois leurs observations au-delà des exigences du droit positif ;
- à l'égard du juge judiciaire, qui sera appelé à connaître du contentieux des contrats de séjour et contrats de soutien et d'aide par le travail et se trouvera, pour les besoins de la cause, aux prises avec un enchevêtrement de textes réglementaires ambigus ;
- à l'égard du juge administratif qui, à l'occasion d'un éventuel contentieux des mesures de police prises au terme d'une inspection mettant en cause la forme et/ou le fond des contrats, se heurterait aux mêmes difficultés d'interprétation.

Quelle liberté contractuelle résiduelle peut-elle alors subsister ? Pour les organismes gestionnaires, la réponse comporte une part de risque d'un point de vue stratégique. Juridiquement, ils ne pourront se voir reprocher d'avoir intégré dans leurs documents contractuels l'esprit sinon la lettre des clauses du modèle réglementaire de contrat de soutien et d'aide par le travail et de les avoir complétées par d'autres clauses non contraires, en y adjoignant l'ensemble des éléments prévus au V de l'article D. 311 CASF. En termes de gestion, ils devront néanmoins accepter l'augure d'une incompréhension des services de contrôle et – peut-être – une tension de leurs relations avec ces derniers, ce qui n'est pas souhaitable dans l'absolu.

⁷⁰ Circ. n° DGAS 3B/2005/196 du 18 avr. 2005 relative à la campagne budgétaire 2005 des établissements et services d'aide par le travail (chapitre 46-35 article 30) au sens de l'art. L. 312-1, I, 5° a CASF, point 3.1.1. (BO Santé n° 2005/5 du 15 juin 2005).

⁷¹ Et notamment certains de ceux de l'art. D. 311, V CASF.

II – Les apports du modèle de contrat de soutien et d'aide par le travail à la connaissance du régime du contrat de séjour

Dès lors que, par l'articulation des articles L. 311-4, D. 311 et D. 311-0-1 CASF, le contrat de soutien et d'aide par le travail relève du régime général du contrat de séjour, il faut en déduire que ses dispositions sont nécessairement conformes à ce dernier. En l'absence de jurisprudence, certaines des clauses du contrat de soutien et d'aide par le travail s'offrent d'ores et déjà comme autant de présomptions d'une qualification plus précise du contrat de séjour⁷². L'hypothèse qui avait pu être formulée *a priori* d'un contrat de consommation se trouve ainsi confirmée du fait de l'existence de normes contractuelles cadres imposées, caractérisant un contrat d'adhésion (A) et conférant à l'utilisateur des droits particuliers (B).

A – Le contrat de séjour, un contrat d'adhésion

Dès la promulgation de l'article D. 311 CASF, il était cohérent de concevoir le projet d'établissement et le règlement de fonctionnement comme des normes contractuelles cadres, même si parfois certains membres des corps de contrôle de l'État avaient pu exprimer une opinion divergente à ce sujet. Mais l'arrivée du modèle de contrat de soutien et

d'aide par le travail opère une confirmation flagrante, dès son article 2, en inscrivant les engagements souscrits « dans le cadre de la mise en œuvre [du] projet d'établissement et [du] projet institutionnel ». Cette confirmation est réitérée à l'article 4 qui associe explicitement, comme sources d'obligations, les termes du contrat à ceux du règlement de fonctionnement. De telles clauses présentent un intérêt considérable dès lors que sont rappelées les dispositions de l'article 1161 du Code civil sur l'interprétation des contrats.

Une telle confirmation, même tardive, à la fois est particulièrement bienvenue – pour lever toute ambiguïté – et à la fois n'a rien de surprenant. En effet, le contrat de séjour lie l'organisme gestionnaire à la personne accueillie dans le contexte d'une activité réglementée, exercée sous le contrôle de l'Administration au titre du pouvoir de police administrative qu'elle tient du Livre III du CASF. Dans cette relation particulière, le poids des obligations légales et réglementaires qui conditionnent la régularité de cette activité pèse sur les épaules de l'organisme gestionnaire, titulaire d'une autorisation administrative⁷³. Au nombre de ces obligations figurent celles de disposer d'un projet d'établissement et d'un règlement de fonctionnement. Le projet d'établissement est institué par l'article L. 311-8 CASF pour définir les objectifs de l'établissement, notamment en matière de coordination, de coopération et d'évaluation des activités et de la qualité des prestations, ainsi que ses modalités

⁷² J.-M. Lhuillier, *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, op. cit. ; D. Everaert-Dumont, *Les droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux : quelle évolution ?*, Dr. soc. 2005, p. 311 et s. ; X. Delsol et B. Rigaud, *La contractualisation des droits et obligations dans les établissements sociaux et médico-sociaux*, *Juris associations* n° 266, 15 oct. 2002, p. 12 et s. ; B. Rigaud, *Secteur médico-social : le contrat de séjour enfin défini*, *Juris associations* n° 313, 5 fév. 2005, p. 36 et s. ; *Dictionnaire permanent d'action sociale*, V° *Etablissements sociaux et médico-sociaux*, éd. Législatives, n° 87 à 94 ; cf. notes 22 et 23.

⁷³ Art. L. 313-11 CASF.

d'organisation et de fonctionnement. Quant au règlement de fonctionnement, l'article L. 311-7 CASF lui assigne l'utilité de définir les droits des personnes accueillies ainsi que les obligations et devoirs nécessaires au respect des règles de vie collective. Il est donc patent que ces deux textes contribuent très étroitement et très concrètement à la détermination des prestations proposées et des modalités de leur délivrance. Ceci explique d'ailleurs que les sources légales et réglementaires de référence soient classées, au sein du CASF, dans une même section, consacrée exclusivement aux droits des usagers, et que l'un et l'autre documents soient soumis avant adoption à l'avis du conseil de la vie sociale (CVS), instance dont la vocation est d'associer les personnes accueillies au fonctionnement de l'établissement⁷⁴.

Cela étant, au nom de quoi la valeur obligatoire du projet d'établissement et du règlement de fonctionnement pourrait-elle s'imposer à la personne accueillie, sinon en vertu d'une force contractuelle fondée soit sur l'article 1134 du Code civil, soit sur l'article 1135 ? L'analogie paraît ici possible avec d'autres situations dans lesquelles une personne séjourne en un lieu privé dans lequel un règlement a été édicté pour la bonne réalisation des prestations et les nécessités de la vie collective⁷⁵ : elle est soumise à ce règlement au nom de la loi du contrat, à condition

toutefois que le document ait été dûment porté à sa connaissance⁷⁶. La seule alternative possible serait celle d'une valeur réglementaire du projet d'établissement et du règlement de fonctionnement vis-à-vis de la personne accueillie. Or, l'organisme gestionnaire, personne de droit privé, ne dispose d'aucune délégation de service public pour exercer un tel pouvoir réglementaire et inscrire sa relation avec l'utilisateur dans une dimension strictement statutaire. Au contraire, s'il a l'obligation de se doter de tels textes, il demeure néanmoins libre d'en définir le contenu sous réserve que les thèmes énumérés par la réglementation y soient traités.

En termes de responsabilité, il faut également relever que l'obligation de doter l'établissement d'un projet institutionnel et d'un règlement de fonctionnement incombe exclusivement à l'organisme gestionnaire sous peine de sanctions pénales et administratives ; une telle carence ne serait donc nullement imputable à l'utilisateur. Mais *a contrario*, une personne accueillie pourrait tout à fait invoquer, à l'appui d'une action en responsabilité contractuelle dirigée contre l'organisme gestionnaire, cette carence pour caractériser une faute contractuelle du professionnel : l'absence ou le défaut de conformité des documents considérés suffirait à démontrer, sur le terrain d'une faute objective et avec les conséquences que l'on peut anticiper en termes d'administration de la preuve, une organisation et

⁷⁴ CASF, art. L. 311-6. Dans certains cas, l'institution d'un CVS n'est pas obligatoire à condition que soient organisées d'autres formes de participation.

⁷⁵ La jurisprudence est avare de décisions reconnaissant explicitement au règlement d'un établissement privé sa valeur contractuelle. Voir néanmoins dans le cas d'un foyer hôtel : Cass. Civ. 3, 4 avr. 1990, *Assoc. des foyers de la région parisienne*, n° 88-18.544 ; et des foyers SONACOTRA : Cass. Civ. 3, 17 fév. 1981, n° 79-14.712 ; Cass. Civ. 3, 18 jan. 1989, n° 87-17.302, 87-17.303 et 87-17.305.

⁷⁶ Cass. Civ. 1, 21 octobre 1997, *Dame Madelaine c/ Sté Hôtellerie du troisième âge*, n° 95-18.462 : « Attendu que le consentement à un contrat d'adhésion n'engage valablement que s'il est établi que l'intéressé a eu connaissance des clauses qui lui sont opposées » ; la Haute juridiction constatant ensuite que le document produit ne comportait pas la signature de la résidente et que le règlement intérieur ne pouvait donc lui être opposé.

un fonctionnement déficients – et donc dommageables – de l'institution.

Pour le surplus, il n'est pas concevable qu'à l'occasion du dialogue pré contractuel, des dérogations au projet d'établissement ou au règlement de fonctionnement puissent être négociées à la demande de la personne accueillie et ce, aussi bien pour des raisons juridiques que pour des motifs d'ordre pratique :

- d'un point de vue strictement juridique d'abord, l'adoption et le contenu minimal du projet d'établissement et du règlement de fonctionnement sont déterminés aux articles L. 311-7 et L. 311-8 CASF ; en vertu de l'adage *Nemo censetur legem ignorare*, ni les usagers ni leur famille ne sont fondés à prétendre qu'ils en ignorent l'existence. Par ailleurs, ces articles sont des textes législatifs d'ordre public – dont on pourrait d'ailleurs s'interroger sur le point de savoir s'ils n'auraient pas valeur de loi de police au sens de l'article 3 du Code civil⁷⁷ – ce qui justifie que le CASF ait prévu d'ériger en infraction pénale tout manquement à leur application. Enfin, en vertu des articles 1131 et 1133 du Code civil, serait nul tout contrat de séjour dont les termes seraient contraires à ceux du projet d'établissement et du règlement de fonctionnement : il s'agirait là d'une convention dont la cause serait illicite, contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Mais au-delà même de cette approche par la négative, il faut aussi constater que le juge judiciaire a d'ores et déjà reconnu de

manière explicite la valeur contractuelle du projet d'établissement : en droit du travail, la remise en cause de ce projet ou le refus de s'y conformer constitue un motif réel et sérieux voire une faute grave justifiant le licenciement sur le fondement d'une violation de l'obligation contractuelle de loyauté imposée aux travailleurs sociaux au visa de l'article 1134 du Code civil⁷⁸ ;

- d'un point de vue pratique ensuite, la volonté exprimée par la personne accueillie de déroger aux prévisions du projet d'établissement et du règlement de fonctionnement traduirait une inadéquation manifeste entre ses attentes et l'offre contractuelle de l'établissement. En toute logique, cette situation devrait justifier le refus de son admission dans la mesure où la personnalisation de la prise en charge par les professionnels trouve précisément sa limite dans le rejet des règles fondamentales d'organisation et de fonctionnement de l'institution.

La forme même du modèle de contrat de soutien et d'aide par le travail annexé à l'article D. 311-0-1 CASF confirme l'existence d'un contrat d'adhésion qui ne laisse qu'une part résiduelle à la personnalisation du lien contractuel. Les conditions générales de ce contrat⁷⁹ – qui doivent être conformes à l'article L. 311-3 CASF ainsi qu'à la Charte des droits et libertés de la personne accueillie instituée par arrêté du 8 septembre 2003 – comprennent nécessairement le projet d'établissement, le règlement de fonctionnement et les clauses du contrat type réglementaire, agrémentées le cas

⁷⁷ A l'instar de certaines dispositions relatives à l'aide sociale à l'enfance (Cass. Civ. 1, 27 oct. 1964, D. 1965, 81 ; 16 jan. 1979, Bull. Civ. 1979, I, 22 ; JDI 1981, 66, note J. Foyer ; Cass. Crim., 4 nov. 1992, Bull. Crim. 1992, 355 ; Dalloz 1994, 11, note F. Boulanger).

⁷⁸ N. Campergue, *Les travailleurs sociaux et la jurisprudence prud'homale*, Dr. soc. 1997, p. 699 et s.

⁷⁹ Les notions de contrat-type et de conditions générales et particulières sont intimement liées : F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 202.

échéant d'autres clauses proposées par l'organisme gestionnaire pour assurer la qualité des prestations. Ces conditions générales ne sont pas susceptibles d'être négociées lors des pourparlers. Quant aux conditions particulières, elles ont pour objet de constater la rencontre des besoins de la personne accueillie avec une offre personnalisée de prestations par l'organisme gestionnaire : il s'agit là de l'avenant de personnalisation dont il importe de rappeler que son élaboration est toujours ultérieure – et parfois de plusieurs mois – à la conclusion du contrat.

En ce sens, il paraît tout à fait justifié de soutenir que le contrat de soutien et d'aide par le travail – et au-delà, tout contrat de séjour – vise explicitement le projet d'établissement et le règlement de fonctionnement. Une clause *ad hoc* pourrait même reconnaître, dans un souci de loyale information du cocontractant, leur valeur contractuelle à l'égard des parties ; elle aurait l'avantage de ne pas occulter la nature réelle du contrat, à savoir celle d'un contrat d'adhésion. En effet – et le modèle réglementaire du contrat de soutien et d'aide par le travail le démontre – les trois critères d'un tel contrat sont réunis : 1° il existe bien, tant du fait de l'infériorité de l'offre de places en institution par rapport à la demande que du fait que les établissements participent à la mise en œuvre d'une politique publique, une inégalité sociale entre les parties ; 2° l'offre contractuelle n'est pas adressée à une personne déterminée mais à tout un public et dans des termes identiques ; 3° le contrat est majoritairement sinon exclusivement l'œuvre de l'organisme gestionnaire puisque la réglementation fait reposer sur lui la

responsabilité de son élaboration⁸⁰. Après les débats doctrinaux qui opposèrent jadis thèses anticontractualistes et contractualistes, la question de la valeur réglementaire des normes cadres ne se pose plus : la jurisprudence s'est depuis longtemps rangée dans le second camp et relève en pareille situation l'emprunte de l'engagement contractuel, ce qui offre l'avantage – au nom du rétablissement de l'équilibre contractuel – de conférer une protection particulière à la partie faible.

B – Les droits de l'usager-consommateur, partie faible au contrat

Confirmant la qualification de contrat d'adhésion du contrat de séjour, le contrat de soutien et d'aide par le travail confirme dans le même temps que la personne accueillie, engagée comme profane dans une relation contractuelle avec des professionnels, bénéficie de la protection du droit de la consommation.

En l'absence de définition légale à la fois unique et précise, la notion de consommateur recouvre diverses réalités à la fois sociologiques, économiques et professionnelles. En la matière, la jurisprudence nationale a fait œuvre prétorienne en s'efforçant de prendre ces diverses réalités en considération et en confrontant parfois les normes du droit communautaire avec celles de la loi, fût-ce pour se démarquer des premières. Ainsi le consommateur est-il généralement considéré comme une personne physique⁸¹, ce qui n'a pas empêché la Cour de cassation de retenir parfois la qualification de consommateur au bénéfice des personnes morales de droit privé agissant hors de leur domaine d'activité habituel⁸². L'objet du contrat

⁸⁰ Sur la pertinence de ces trois critères cumulatifs : F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 196.

⁸¹ CJCE, 22 nov. 2001.

⁸² En matière de clauses abusives : Cass. 1^{ère} Civ., 5 mars 2002, n° 00-18.202 ; 15 mars 2005, n° 02-13.285.

est également pris en considération, la protection du droit de la consommation étant acquise à l'égard des biens ou services acquis pour la satisfaction de besoins personnels ou familiaux. Enfin, le consommateur tire sa qualité du fait qu'il noue un lien avec un professionnel, cette circonstance contribuant à présumer un déséquilibre dans la relation. Confrontée à cette diversité, la commission de refonte du droit de la consommation a adopté la définition globalisante suivante : « *le consommateur est une personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour son usage non professionnel*⁸³ ». D'évidence, la situation de la personne accueillie en établissement social ou médico-social correspond en tous points à ce standard, sans même qu'il soit nécessaire d'en esquisser la démonstration.

Mais la question suivante se pose immédiatement de savoir si, à l'autre extrémité du lien contractuel, l'organisme gestionnaire de l'établissement doit être regardé comme un professionnel. La doctrine consumériste désigne le professionnel comme « *une personne physique ou morale agissant dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de services* »⁸⁴. A cet égard, il faut constater :

- que l'article L. 311-1 CASF désigne comme acteurs de l'action sociale et médico-sociale aussi bien les personnes physiques que les personnes morales ;
 - que l'accueil de personnes handicapées ou vulnérables, dans le contexte de réglementation administrative déjà évoqué, suffit à caractériser l'existence d'une activité habituelle et organisée ;
 - que cet accueil constitue une prestation – ou un ensemble de prestations – de service, ainsi d'ailleurs que l'a explicitement reconnu la loi du 2 janvier 2002⁸⁵.
- Le fait que l'organisme gestionnaire soit – ou non – à but lucratif et qu'il ait – ou pas – la qualité de commerçant n'a aucune incidence sur cette qualification. Qu'il appartienne au service public industriel et commercial ne constitue pas davantage une contre-indication. Le critère essentiel réside dans le caractère habituel et intéressé de l'activité exercée donnant une apparence d'efficacité et de compétence⁸⁶. Or, la gestion d'un établissement ou d'un service social ou médico-social correspond à cette définition :
- soumise à l'obtention d'un agrément d'une durée de quinze ans⁸⁷, l'activité est pour le moins habituelle à partir du moment où elle a débuté, ayant fait l'objet d'un procès-verbal de conformité ;
 - la délivrance de prestations étant effectuée à titre onéreux, l'activité est forcément intéressée et ce, même si les personnes accueillies ne paient pas leur séjour⁸⁸. Sur ce point, le paiement du tarif à l'établissement doit être regardé comme résultant

⁸³ Pour une analyse plus détaillée de la notion de consommateur : Y. Picod, H. Davo, *Droit de la consommation*, Armand-Colin, 2005, n° 31 à 38.

⁸⁴ Y. Picod, H. Davo, *op. cit.*, n° 39.

⁸⁵ Art. L. 314-1 et L. 314-2 CASF.

⁸⁶ Ph. Le Tourneau, *La responsabilité professionnelle, une spécificité réelle ou apparente*, *Petites affiches* 11 jul. 2001, spéc. p. 5.

⁸⁷ CASF, art. L. 313-1 et L. 313-6.

⁸⁸ A l'exception des personnes accueillies en EHPAD qui, ne bénéficiant pas de l'aide sociale départementale, acquittent elles-mêmes le prix de leur hébergement.

d'une créance détenue par l'utilisateur sur le financeur, soit au titre de la sécurité sociale (assurance maladie), soit au titre de l'aide sociale (État ou Département). Il ne s'agit donc nullement d'une subvention publique mais du paiement du prix d'une prestation par un tiers : c'est un cas de subrogation légale au sens de l'article 1251, 3° du Code civil⁸⁹ ;

- quant aux notions d'efficacité et de compétence, l'existence d'une exigence légale d'évaluation interne et externe de la qualité des prestations⁹⁰ ainsi que les nombreuses obligations existant en matière de qualification des acteurs⁹¹ témoignent d'une réelle efficacité et compétence des membres des équipes pluridisciplinaires et de leur encadrement.

Conclu entre un consommateur et un professionnel, le contrat de séjour est donc nécessairement un contrat de consommation, ce que les observateurs les plus attentifs du secteur social et

médico-social avaient d'ailleurs relevé de longue date⁹². En découlent, au bénéfice des usagers-consommateurs, des garanties non négligeables en matière d'information⁹³, de protection contre les clauses abusives⁹⁴, de remise des documents contractuels⁹⁵, d'interprétation des clauses du contrat⁹⁶, de reconduction tacite des engagements souscrits⁹⁷ ou encore de sécurité⁹⁸. La précision suivante doit être apportée pour tirer toutes les conséquences de l'apport du contrat de soutien et d'aide par le travail à la théorie du contrat de séjour : ayant une valeur contractuelle, le projet d'établissement doit être remis à tout candidat-usager qui en fait la demande et ce, en vertu de l'article L. 134-1 du Code de la consommation.

La protection du droit de la consommation est complétée par diverses dispositions propres au CASF qui instituent ou renforcent selon les cas :

- l'obligation d'information précontractuelle qui pèse sur l'établissement⁹⁹.

⁸⁹ Le bénéfice des prestations d'assurance maladie ou de l'aide sociale résulte de dispositions légales mettant à la charge du financeur une dette dont l'assujéti ou le bénéficiaire est le créancier sous réserve d'avoir satisfait aux conditions légales et réglementaires du Code de la sécurité sociale ou du CASF (cf. dans le cas de la sécurité sociale : P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, Litec, 2^{ème} éd., p. 109 et s.).

⁹⁰ CASF, art. L. 312-8.

⁹¹ En matière de plateau technique, cf. les conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement (art. D. 312-11 à D. 312-176-4 CASF). Pour les directeurs : art. D. 312-176-5 à D. 312-176-9 et A. du 1^{er} mars 2007 fixant la liste des titres et diplômes permettant à titre transitoire à leurs titulaires de satisfaire à la condition de niveau de qualification fixée aux art. D. 312-176-6 et D. 312-176-7 du CASF pour diriger un établissement ou service social ou médico-social (*J.O.* 16 mars 2007, p. 4927). Les professionnels des métiers médicaux, paramédicaux, éducatifs et psychologiques exercent quasiment tous des professions réglementées sanctionnées par des diplômes d'État ; les inspections administratives comportent généralement le contrôle de ces titres.

⁹² J.-M. Lhuillier, *op. cit.*, p. 105-106 ; Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. *Dalloz Action*, n° 2986 et s.

⁹³ C. Conso, art. L. 111-1, L. 113-2 et L. 113-3.

⁹⁴ Art. L. 132-1.

⁹⁵ Art. L. 134-1.

⁹⁶ Art. L. 133-2.

⁹⁷ Art. L. 136-1.

⁹⁸ Art. L. 221-1.

⁹⁹ Art. L. 311-4 CASF. Au vu de la solution retenue dans l'arrêt *Dame Madeline* cité *supra* (note 76), il sera judicieux de veiller à faire signer le règlement de fonctionnement à la personne accueillie lors de sa remise. Il sera également prudent de faire signer un exemplaire du projet d'établissement.

Dans le cas des majeurs protégés, les nouveaux articles L. 471-6 à L. 471-9 CASF préciseront les modalités de remise des documents obligatoires à l'utilisateur et/ou au mandataire judiciaire à la protection des majeurs ;

- une obligation d'information à la fois très complète et très précise en cours d'exécution du contrat¹⁰⁰ ;
- le droit de la personne accueillie à être assistée dans ses rapports avec l'établissement¹⁰¹ ;
- le droit de la personne accueillie d'être représentée à l'occasion de consultations sur les grandes décisions de la vie institutionnelle¹⁰² et notamment sur les termes des normes contractuelles cadres¹⁰³ ;
- le droit de l'utilisateur à voir ses droits fondamentaux garantis par l'établissement et notamment ses droits à l'intégrité, à la sécurité, à la confidentialité des informations et à la participation à la définition des prestations¹⁰⁴.

Toutes ces considérations illustrent – s'il en était encore besoin – la profonde mutation qui s'opère aujourd'hui dans le secteur social et médico-social sous

l'influence, non seulement des intentions législatives altruistes de 2002 et 2005, mais aussi d'une Administration déterminée plus que jamais à prendre l'initiative d'une révolution culturelle, considérant que « [le] système atteint ses limites »¹⁰⁵. Le recours à l'institution contractuelle, dans ce contexte, n'était pas anodin, le Parlement ayant abandonné le terrain au profit d'autorités dont la culture emprunte davantage au statutaire qu'au consensualisme. Ces dernières années, d'autres exemples de détournement de l'institution contractuelle avaient déjà frappé le secteur – dans une dimension plus collective que la relation usager-établissement – qu'il s'agisse du conventionnement des EHPAD¹⁰⁶ ou encore de l'apparition récente des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens¹⁰⁷ – à des fins essentiellement financières. Souhaitons pour conclure que cette évolution, au moins aussi importante dans l'histoire des politiques sociales que le fut celle initiée en 1975, ne s'effectue ni au détriment des engagements quantitatifs et qualitatifs pris par la collectivité au nom de la solidarité nationale, ni à celui des organismes gestionnaires qui doivent à présent se mettre en capacité d'assimiler ces évolutions sans perdre leur

¹⁰⁰ Art. L. 311-3.

¹⁰¹ Art. L. 311-3, 7° et L. 311-5.

¹⁰² Art. L. 311-6.

¹⁰³ Art. L. 311-7 et L. 311-8.

¹⁰⁴ Art. L. 311-3 et Charte des droits et libertés de la personne accueillie déjà citée à plusieurs reprises.

¹⁰⁵ Propos tenus par le directeur général de l'action sociale à la DRASS de POITIERS le 1^{er} déc. 2006 lors d'une conférence interrégionale d'information sur les nouveaux dispositifs de pluriannualisation, de globalisation et de contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens. L'explication de ce constat résidait dans la prise en compte des enjeux démographiques, de la diversification et de l'intensification des attentes de la population, de la nécessité de pouvoir assurer l'ingénierie de parcours de prise en charge chronologiques et transversaux de plus en plus élaborés et imaginatifs sans que la technicité de ces montages soit perceptible par les bénéficiaires, de la complexité du régime juridico-financier du secteur et, enfin, du besoin de rendre attractifs les métiers dans une démarche de professionnalisation et de renouvellement des générations.

¹⁰⁶ Le Conseil d'État a eu l'occasion de juger que les conventions pluriannuelles tripartites n'ont pas de valeur obligatoire à l'égard des tarificateurs : CE, 1^{ère} et 2^{ème} sous-sections réunies, 21 fév. 2000, *UNIOPSS, FEHAP, FHF & UNCCAS*, concl. Fombeur.

¹⁰⁷ Dont la faculté de résiliation, prévue dans un premier temps à l'art. R. 314-42, II CASF, a ensuite disparu (art. 30 D. n° 2006-42 du 7 avril 2006).

âme ni, pour les moins importants d'entre eux, disparaître. En termes de politique publique, les enjeux qu'illustre – à sa mesure – la question du contrat avec l'utilisateur sont forts : dans un contexte de rationalisation des ressources et des modes de gestion, sous l'effet d'une judiciarisation croissante des rapports légitimée par le consumérisme, alors que le recours aux agréments qualité¹⁰⁸ et à la tarification différenciée conduisent à un morcellement progressif des prestations en

unités d'œuvre dont la rentabilité économique peut être mesurée, face à un droit communautaire de plus en plus subtil en distinctions entre services d'intérêt général et services d'intérêt économique général, pendant combien de temps les acteurs non lucratifs – qui représentent aujourd'hui encore l'essentiel des institutions sociales et médico-sociales – pourront-ils encore constituer une alternative crédible au secteur marchand ?

¹⁰⁸ Cf. le nouveau régime des prestations d'aide à la personne.