

L'interdiction de gratifier un salarié à domicile ou une institution d'hébergement est annulée

*Contribution de maître Marie-Hélène Isern Réal
Conseil Scientifique FIAPA*

Le Conseil constitutionnel, par une décision N° 2020-888- QPC du 12 mars 2021, a déclaré totalement contraires à la Constitution, les textes du code de l'action sociale et des familles et du code du travail, issus de la loi d'adaptation de la société au vieillissement du 28 décembre 2015, destinés à protéger les personnes dépendantes du détournement de leur patrimoine par les personnes qui compensent leur dépendance à domicile ou qui les hébergent. Ces textes résultaient du constat effectué par la FIAPA dans ses rapports sur la maltraitance financière.

Les actes concernés sont les libéralités (donations, testaments), la location d'un bien, la cession d'un droit, l'occupation du logement de la personne.

Est concernée par l'interdiction toute personne (salarié, bénévole, volontaire, accueillant familial agréé) ainsi que ses proches : conjoint, partenaire, concubin, ascendant, descendant, et toute personne morale (société, association) soumise à autorisation ou agrément.

Les situations visées sont toutes les situations d'hébergement ou d'aide à domicile, l'assistance aux personnes âgées, aux personnes handicapées ou aux autres personnes qui ont besoin d'une aide personnelle à leur domicile ou d'une aide à la mobilité favorisant leur maintien à domicile ; les services aux personnes à leur domicile relatifs aux tâches ménagères ou familiales, incluant la garde d'enfants.

Cette interdiction se rapprochait de l'impossibilité de recevoir des libéralités visant les professions médicales, pharmaciens, auxiliaires médicaux et ministres des cultes ayant prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt. Les mandataires judiciaires professionnels y étaient aussi soumis quelle que soit la date de la libéralité.

Dans sa décision d'inconstitutionnalité fondée sur l'absence de respect du droit de propriété et son corollaire, le droit de disposer librement de ses biens, le Conseil constitutionnel a reproché à la loi sa trop grande généralité. Il a considéré que l'interdiction était d'un périmètre trop large et trop général et n'a pas prévu d'exceptions suffisantes :



- il ne peut se déduire du seul fait que les personnes auxquelles une assistance est apportée sont âgées, handicapées ou dans une autre situation nécessitant cette assistance pour favoriser leur maintien à domicile que leur capacité à consentir est altérée ;

- les services à la personne définis par la loi recouvrent une multitude de tâches susceptibles d'être mises en œuvre selon des durées ou des fréquences variables. Le seul fait que ces tâches soient accomplies au domicile des intéressées et qu'elles contribuent à leur maintien à domicile ne suffit pas à caractériser, dans tous les cas, une situation de vulnérabilité des personnes assistées à l'égard de ceux qui leur apportent cette assistance ;

- l'interdiction s'applique même dans le cas où pourrait être apportée la preuve de l'absence de vulnérabilité ou de dépendance du donateur à l'égard de la personne qui l'assiste.

Au vu de cette décision du Conseil constitutionnel, tout aussi malencontreuse par sa généralité que la loi qu'elle conteste, que peut-on faire pour protéger les personnes de la maltraitance financière décrite par la FIAPA qui stérilise leur volonté et anéantit leur capacité à consentir ?

- Comment dépister « une situation particulière de vulnérabilité vis-à-vis du risque de captation d'une partie de leurs biens par ceux qui leur apportaient cette assistance » ?

- Est-il nécessaire de privilégier les héritiers, qui souvent ne se présentent que pour préserver leur héritage, ayant délégué la prise en charge de leur parent à du personnel salarié, souvent maltraité lui aussi ?

Celui qui a vécu au quotidien avec la personne pour en prendre soin, ne mérite-t-il pas plus que la maigre rémunération prévue par les conventions collectives, pour avoir consacré son temps et son énergie à une difficile prise en charge sur plusieurs années parfois ?

- Il faut souligner aussi l'incongruité du droit du travail, qui qualifie d'employeur, chargé du pouvoir de direction sur son salarié, subordonné, dirigé, contrôlé, surveillé et rémunéré par la personne dont il est chargé justement de compenser la dépendance.

Certes, une personne handicapée dépend de son assistant, mais pour autant faut-il lui interdire toute volonté de rémunération particulière, expression de la gratitude en raison des liens particuliers qui les relient et sont souvent du domaine de l'affectif ?

Tout professionnel de la protection des majeurs sait combien il est difficile de mesurer la différence entre le réel dévouement, fondé sur l'affection, et l'emprise maltraitante qui anéantit la volonté.

L'expérience fourmille de multiples illustrations des circonstances où le bénéficiaire du si commode chèque emploi service universel peut faire monnayer sa présence par de subtils stratagèmes, bien au-delà des heures travaillées, qu'il s'agisse du jardinier ou de la voisine qui s'installe au domicile et « ôte sa peur de la mort au veuf ».

- Faut-il assimiler les situations en établissements qui sont contrôlés et où les regards sur les situations sont multiples, au travail à domicile, source d'isolement ?

Par définition la personne dépendante, confinée à son domicile par les effets de son état de santé, se trouve **affectivement vulnérable**, comme chacun d'entre nous lorsqu'il se trouve en état de faiblesse en raison d'un deuil, d'une séparation, d'un accident de santé ou d'une difficulté professionnelle. Lorsqu'elle récupère sa lucidité, la personne est honteuse de s'être faite avoir. Le traumatisme est considérable et pour l'éviter, l'interdiction générale de toute gratification n'était-elle pas efficacement dissuasive ?



La personne vulnérable devra-t-elle être contrainte de prouver qu'elle ne l'était pas lorsqu'elle a gratifié un tiers ? Il s'agit, surtout post mortem, d'une preuve quasi impossible, même avec le libre accès au dossier médical pour ses ayant-droit.

D'autant que l'annulation d'un acte relève d'une procédure judiciaire, longue et difficile, par ministère d'avocat obligatoire. Est-ce au Conseil constitutionnel de renvoyer les citoyens vers le tribunal judiciaire, effectivement gardien des libertés publiques, dans un contentieux, générateur de coût et de souffrances qui auraient pu être évités ?

Il est impératif d'envisager une prévention systématique : le mandat de protection future, où la personne décide elle-même, du temps de sa capacité, de qui s'occupera d'elle et de ses affaires si elle devenait incapable de le faire, étant rappelé qu'un contrôleur du mandat, même notarié, est indispensable. Ce mandat devra être rédigé par un professionnel pour que le consentement de la personne soit garanti et vérifiée la capacité du futur mandataire après avoir effectué un bilan pluridisciplinaire, personnel, familial, social, juridique, financier et fiscal.

On peut aussi envisager d'inverser le sens de la preuve : non pas édicter une incapacité générale à recevoir dans une situation indéterminée, mais **une présomption d'impossibilité dans un cas déterminé**.

Cette présomption s'ajoutera aux vices du consentement comme la violence, l'erreur et les manœuvres frauduleuses.

Cette présomption pourra dépendre de la mesure du degré de dépendance, comme il est mesuré par exemple par la grille AGIR pour l'APA qui peut être une référence utile. Mais tout le monde ne dépend pas de l'APA.

Ce sera alors à la personne gratifiée de prouver que son généreux employeur ne dépend pas de leur relation au point d'avoir abandonné tout sens commun et oublié tous les liens familiaux antérieurs.

Le médecin traitant devra être vigilant et montrer son indépendance vis-à-vis de l'entourage, tout en conservant le lien de confiance qui lui permet d'entrer au domicile et d'établir les certificats médicaux décrivant ce qui s'y passe.

Les médecins doivent apprendre à mesurer le degré d'emprise sur des personnes qui parfois ne présentent pas de troubles cognitifs ou psychiques. Car il peut y avoir une emprise positive et la tâche est délicate. C'est pourquoi, une mesure d'ordre général avait été considérée comme nécessaire.

La mesure curative, du vivant de la personne exige un entourage bienveillant et déterminé. Souvent les personnes exclues par l'abuseur, surtout s'il est à demeure, obtempèrent à ses injonctions. La personne est prise dans un conflit de loyauté délétère. Les proches ne doivent pas céder.

Ils ne doivent pas hésiter à saisir le juge de la protection des majeurs pour obtenir une décision proportionnée et individualisée, qui sera la garantie du respect des liens antérieurs et de la stabilité financière dans le respect des droits présents de chacun.

Ce juge doit surtout comprendre qu'il ne s'agit pas d'un conflit entre les proches, mais d'une relation d'emprise dont la personne doit être protégée.

Le législateur de la loi de 2015 avait envisagé de prévenir l'abus de faiblesse. Le Conseil constitutionnel a considéré qu'il est allé trop loin.

Il est ainsi bien difficile de concilier la sécurité affective et financière d'une personne avec la liberté de chacun d'agir comme il l'entend dans une disposition suffisamment dissuasive et plus efficace que la démonstration de l'abus de faiblesse ou les vices du consentement.

La FIAPA s'engage à proposer au législateur des solutions en sorte que la législation envisagée soit **réellement protectrice des droits fondamentaux à la liberté, à la dignité et la sécurité d'une personne** devenue vulnérable en raison de sa dépendance à autrui liée à son état physique et psychique et non pas d'un **droit absolu et abstrait à la libre disposition de ses biens**.

