



Sandra Egli  
Andrea Egbuna-Joss, Sabrina Ghielmini, Eva Maria  
Belser, Christine Kaufmann

## Droits fondamentaux des personnes âgées en Suisse – un guide pratique

1. édition 2019  
121 pages, Broschur  
ISBN 978-3-906036-33-5

Cette publication aux éditions interact, maison d'édition de la Haute école de travail social de Lucerne peut être téléchargé gratuitement.  
Creative Commons Licence



■ **interact**


■ Hochschule Luzern

■ Soziale Arbeit



interact Verlag  
Hochschule Luzern – Soziale Arbeit  
Werftstrasse 1  
Postfach 2945  
6002 Luzern  
[www.hslu.ch/interact](http://www.hslu.ch/interact)

**Webshop: [www.interact-verlag.ch](http://www.interact-verlag.ch)**



Sandra Egli

**DROITS FONDAMENTAUX  
DES PERSONNES ÂGÉES EN SUISSE**  
**UN GUIDE PRATIQUE**

interact

Hochschule Luzern

Soziale Arbeit

Droits fondamentaux des personnes âgées en Suisse – un guide pratique

Sandra Egli

# Droits fondamentaux des personnes âgées en Suisse

Un guide pratique

Sandra Egli

Andrea Egbuna-Joss  
Sabrina Ghielmini  
Eva Maria Belser  
Christine Kaufmann

Information bibliographique de la Bibliothèque nationale allemande : Cette publication est enregistrée dans la bibliographie nationale allemande par la Bibliothèque nationale allemande ; des données bibliographiques détaillées sont consultables sur internet sous <https://portal.dnb.de>.

ISBN 978-3-906036-33-5

© 2019 interact Verlag Luzern  
Hochschule Luzern – Soziale Arbeit  
[www.hslu.ch/interact](http://www.hslu.ch/interact)

Images : Fotolia.de

Traduction allemand-français : Jean-François Cuennet et Nadine Cuennet Perbellini

Conception graphique : Martina Pelosi, Cyan GmbH, Luzern

Impression : edubook, Merenschwand

Papier : Mondi DNS

Cet ouvrage a été entièrement produit en Suisse.

Ce guide, publié par le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), peut être téléchargé gratuitement sur le site [www.interact-verlag.ch](http://www.interact-verlag.ch).

[www.csdh.ch](http://www.csdh.ch)

La publication du présent guide n'aurait pas été possible sans l'aide financière de la fondation Hirschmann.

[www.hirschmann-stiftung.ch](http://www.hirschmann-stiftung.ch)



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)  
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)  
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)  
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)



**HIRSCHMANN STIFTUNG**

page

## Table des matières

8 **Remerciements**

10 **Préface**

12 **Introduction**

15 **Première partie**

### Bases légales

16 **1 Droits fondamentaux et droits humains**

16 **1.1** Notions fondamentales

17 **1.2** Classification des droits fondamentaux et des droits humains

19 **1.3** Sources du droit

21 **1.4** Catégories de droits subjectifs

22 **1.5** Réalisation des droits fondamentaux et des droits humains

23 **1.6** Restriction des droits fondamentaux et des droits humains

26 **2 La législation et les personnes âgées**

26 **2.1** Notion de vieillesse

27 **2.2** Conventions internationales

28 **2.3** Droit constitutionnel

29 **2.4** Droit des assurances sociales

33 **2.5** Droit de la protection de l'adulte

38 **2.6** Protection de la personnalité en droit privé

38 **2.7** Directives et recommandations d'organisations privées

40 **3 Droits fondamentaux et droits humains des personnes âgées**

40 **3.1** Droit à la dignité

41 **3.2** Interdiction de discriminer

43 **3.3** Droit à la vie

44 **3.4** Droit à l'intégrité physique et psychique

45 **3.5** Interdiction de la torture

47 **3.6** Droit à la santé

48 **3.7** Liberté de mouvement

49 **3.8** Droit à la liberté personnelle

50 **3.9** Liberté de conscience et de croyance

51 **3.10** Protection de la vie privée

52 **3.11** Droit à la vie de famille

53 **3.12** Droit au travail

55 **3.13** Droit au logement

## Deuxième partie

### Présentation de cas concrets

59

<b>Travail</b>	<b>1</b>	<b>61</b>
Mention de l'âge dans les offres d'emploi	<b>1.1</b>	61
Refus de participer aux coûts de formation continue en raison de l'âge	<b>1.2</b>	64
Atteintes à la santé chez des employé-e-s âgé-e-s	<b>1.3</b>	67
Quand y a-t-il licenciement abusif ?	<b>1.4</b>	68
Recherche d'un emploi au milieu de la quarantaine	<b>1.5</b>	71
Double charge de travail	<b>1.6</b>	73
<b>Famille et vie privée</b>	<b>2</b>	<b>76</b>
Personnes âgées et déplacements	<b>2.1</b>	76
Quand la famille veut imposer ses vues	<b>2.2</b>	79
L'amour n'a pas d'âge	<b>2.3</b>	81
<b>Logement et vie quotidienne dans les homes</b>	<b>3</b>	<b>83</b>
Prestations complémentaires et libre choix	<b>3.1</b>	83
Conflits de compétences pour le financement des soins	<b>3.2</b>	86
Sur la liste d'attente d'un EMS contre son gré	<b>3.3</b>	88
Manger : où, quand, quoi ? La question des repas dans les homes	<b>3.4</b>	91
Mesures limitant la liberté de mouvement	<b>3.5</b>	94
Droit à l'autodétermination ou dignité humaine ?	<b>3.6</b>	96
<b>Santé</b>	<b>4</b>	<b>99</b>
Chasse aux « bons » risques	<b>4.1</b>	99
Quand la caisse-maladie refuse de prendre le traitement en charge	<b>4.2</b>	101
Médication forcée ?	<b>4.3</b>	104
Décider de sa mort ?	<b>4.4</b>	106
Liberté de refuser un traitement médical	<b>4.5</b>	108
<b>Liste des abréviations</b>		112
<b>Bibliographie</b>		113
<b>Documentation</b>		116
<b>Arrêts</b>		120
<b>Auteurs</b>		121



## Remerciements

Le présent guide a bénéficié du généreux soutien et des précieux conseils de diverses personnes et institutions. Qu'elles en soient ici toutes remerciées !

En particulier, nous tenons à exprimer notre sincère gratitude à Yvo Biderbost, chef du service juridique de l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte de la ville de Zurich, à Ulrich Gut, président d'Alzheimer Suisse, à Kathrin Kummer, médiatrice de l'Office bernois de médiation pour les questions du troisième âge et de l'encadrement et des homes, à Erwin Murer, professeur émérite de droit du travail et des assurances sociales de l'Université de Fribourg, à Adriano Previtali, professeur de droit du travail et des assurances sociales de l'Université de Fribourg, à Marianne Wolfensberger, juriste chez Alzheimer Suisse, et à Christina Zweifel, directrice du Service des personnes âgées et de la famille du canton d'Argovie. Leurs connaissances théoriques et leur expérience pratique ont été d'un inestimable secours pour la rédaction du guide.

Le présent guide s'inscrit dans l'un des axes de recherche principaux du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), qui est consacré aux « Droits des groupes de personnes particulièrement vulnérables ». Il se fonde sur l'état des lieux réalisé par le CSDH sur les droits humains des personnes âgées en Suisse (l'étude complète « Menschenrechte im Alter – Ein Überblick über die menschenrechtliche Situation älterer Personen in der Schweiz » n'est disponible qu'en allemand) et complète le « Catalogue des droits fondamentaux des personnes âgées en Suisse » du CSDH<sup>1</sup>. Aussi tenons-nous à remercier ici une nouvelle fois toutes les personnes et institutions qui ont rendu possible la réalisation de ces deux

<sup>1</sup> Belser, Kaufmann, Egbuna-Joss, Ghielmini et Medici et Belser, Kaufmann, Egbuna et Ghielmini.

premières publications, et en particulier les expert-e-s de la Confédération, des cantons, du secteur privé et de la société civile avec lesquels nous nous sommes entretenues en 2016.

Ce guide n'aurait pas pu voir le jour sans l'aide financière de la fondation Hirschmann, à qui nous exprimons ici notre sincère gratitude pour son généreux soutien et sa confiance dans notre travail.

*Pour le CSDH,*

*Eva Maria Belser, Christine Kaufmann*

## Préface

Je tiens à féliciter sincèrement le Centre suisse de compétence pour les droits humains pour cet ouvrage qui apporte une réponse avisée à toutes les questions d'importance au sujet des droits fondamentaux des personnes âgées. Cette publication qui, comme l'indique son titre, est éminemment pratique, deviendra un guide indispensable pour le travail au quotidien. S'il s'apercevra immédiatement, grâce aux nombreux exemples, que ce guide s'inspire du vécu des aîné-e-s, la lectrice ou le lecteur ne sera pas moins impressionné par la clarté avec laquelle il présente la situation légale de ces derniers, en faisant notamment référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Autre atout de ce livre : il retrace la profonde mutation qu'a connue au fil des ans la protection juridique des personnes âgées en Suisse, avec, comme dernier progrès en date, les nouvelles dispositions du code civil datant de 2008, qui confèrent une protection complète aux adultes.

Ce vaste édifice des droits des personnes âgées a pour pierres d'angle deux exigences fondamentales des droits humains : protéger ces personnes dans leur *vulnérabilité* et leur permettre de préserver leur *dignité*. La *vulnérabilité* se manifeste notamment dans le déclin de la santé physique et mentale, dans l'aggravation des handicaps et des limitations, notamment pour se déplacer, et dans l'exclusion de la société moderne (l'accès à internet, par ex.). La perte d'autonomie inhérente au vieillissement a souvent pour corollaire la dépendance envers autrui, le danger étant alors que les besoins des personnes âgées ne soient plus entièrement pris en considération ou, pire, qu'ils soient perçus de façon erronée.

La *dignité*, deuxième notion fondamentale du domaine qui nous intéresse, peut être assimilée au respect de soi et d'autrui. D'une part, la dignité nous enjoint de veiller à ce que les personnes âgées puissent continuer à éprouver du respect pour *elles-mêmes*, en dépit de leurs faiblesses, pour ce qui est par exemple de leurs

accomplissements et de leur vécu ainsi que de la place qu'ils occupent dans la société. D'autre part, cette même dignité exige des *autres*, c'est-à-dire de l'ensemble de la société, qu'ils vouent du respect aux aîné-e-s, avec leurs infirmités et leurs limitations, et qu'ils tiennent compte de leurs souhaits et de leurs besoins.

La Cour européenne des droits de l'homme, instance de dernier recours, a toujours donné corps à ces principes dans ses arrêts, y compris dans des affaires mettant en cause la Suisse. Sa vaste jurisprudence porte notamment sur les limitations de la liberté de mouvement dans les établissements médico-sociaux, sur les conditions à réunir pour ordonner un placement à des fins d'assistance tout en respectant la dignité de l'intéressé-e et sur les questions liées aux personnes en fin de vie (directives anticipées, suicide assisté, etc.). Je souhaite à cet ouvrage tout le succès qu'il mérite !

*Strasbourg, juin 2018*

*P<sup>r</sup> Mark E. Villiger*

*Ancien juge et président de section de la Cour européenne  
des droits de l'homme*

## Introduction

Si tout individu, quel que soit son âge, peut certes se prévaloir des droits fondamentaux et des droits humains garantis par la Constitution fédérale et par les instruments internationaux, les personnes âgées se heurtent cependant souvent à des obstacles qui les empêchent d'en bénéficier pleinement. En outre, il n'est pas rare que ni elles ni leur entourage n'aient conscience que ces droits existent et qu'il n'y a aucune raison de s'accommoder systématiquement de limitations de l'autonomie ou de traitements qui défavorisent les aîné-e-s.

Le propos du présent guide est de contribuer à pallier ce manque de connaissances et à sensibiliser spécialistes et profanes à la portée des droits fondamentaux et des droits humains des personnes âgées. Expliquant dans un langage clair les principales notions indispensables à la compréhension du cadre légal, il illustre par des exemples les atteintes possibles à ces droits et les mécanismes qui permettent, sinon de les prévenir, du moins d'en limiter l'impact.

Cette nouvelle publication s'adresse tant à des personnes (médecins, infirmières et infirmiers, responsables politiques, bénévoles, etc.), qui, à titre professionnel ou dans le cadre d'un engagement bénévole, sont en contact avec des personnes âgées, qu'aux institutions (foyers, associations, etc.) qui prennent ces dernières en charge. Le but de ce guide est de leur permettre d'identifier, dans leur travail, les questions qui touchent aux droits des personnes âgées et d'éviter toute atteinte à ces derniers. Les aîné-e-s et leurs proches ne sont pas en reste : ils y trouveront des conseils utiles au quotidien.

Le présent guide se divise en deux parties : dans la première, les auteures exposent les fondements juridiques nécessaires à la classification des exemples concrets présentés dans la seconde partie. Ces cas d'étude illustrent des questions relevant des quatre domaines suivants : travail ; vie privée et famille ; logement et vie quotidienne dans les homes ; et enfin, santé. Nous avons pleinement conscience

que ces exemples peuvent être réducteurs et ne représentent qu'imparfaitement la réalité des personnes âgées : autant dire que la vocation de cet ouvrage est éminemment pratique, plutôt que juridique.

Ce guide aura atteint son but s'il sert de référence dans la pratique quotidienne et stimule le débat sur les éléments indispensables à une existence digne et autonome durant la dernière étape de la vie.

Pour la structure de ce manuel, nous nous sommes largement inspirées de deux ouvrages publiés en collaboration par la Haute école spécialisée de Lucerne et par le CSDH : « Grund- und Menschenrechte in der Sozialhilfe – Ein Leitfaden für die Praxis » et « Grund- und Menschenrechte von Menschen mit Behinderungen – Ein Leitfaden für die Praxis der sozialen Arbeit ». Aussi tenons-nous à exprimer notre reconnaissance aux auteures de ces deux guides, Gülcan Akkaya, Eva Maria Belser, Andrea Egbuna-Joss et Jasmin Jung-Blattman, dont les recherches ont servi de base à nos travaux. Contrairement à ces ouvrages, la présente publication a été élaborée et publiée sous la seule responsabilité du CSDH.



## Première partie

### Bases légales





# 1 Droits fondamentaux et droits humains<sup>2</sup>

## 1.1 Notions fondamentales

Garantis par la Constitution fédérale ou par des instruments internationaux, les droits fondamentaux et les droits humains protègent les éléments constitutifs de la condition humaine indispensables à l'épanouissement de l'individu. Au cœur de ces droits se trouve la dignité humaine, entendue comme la reconnaissance du caractère unique et singulier de chaque individu<sup>3</sup>.

La différence entre droits fondamentaux et droits humains réside dans les instruments qui les garantissent : on entend généralement par *droits fondamentaux* les droits inscrits dans la Constitution fédérale, alors que la notion de *droits humains* renvoie aux garanties des instruments internationaux.

Le principe veut que tout individu, sans distinction aucune, puisse se prévaloir des droits fondamentaux et des droits humains, aussi appelés droits de la personne. Des facteurs tels que l'âge, la nationalité ou le sexe ne jouent par définition aucun rôle. La Suisse connaît deux exceptions à ce principe : la liberté d'établissement et les droits politiques sont réservés aux citoyennes et citoyens suisses majeurs. Les droits fondamentaux et les droits humains peuvent être considérés sous deux angles différents : d'une part, en cela qu'ils confèrent à l'individu des droits subjectifs justiciables, c'est-à-dire que l'on peut faire valoir en justice ; de l'autre, en cela qu'ils contraignent les pouvoirs publics à agir pour garantir leur réalisation. Si les droits de la personne remontent loin dans le temps, ils ont longtemps été ré-

<sup>2</sup> Ce premier chapitre s'inspire de Belser, Waldmann et Molinari et de Kiener et Kälin. Il reprend la structure du chapitre qui, avec le même intitulé, figure dans les publications Akkaya et Akkaya, Belser, Egbuna-Joss et Jung-Blattmann.

<sup>3</sup> ATF 127 I 6, p. 14, consid. 5b.

servés à des catégories de population bien précises. Ainsi, en Suisse, les femmes, les Juifs et les personnes assistées ont longtemps été privés de certains droits fondamentaux.

Actuellement, toutes ces catégories jouissent théoriquement des mêmes droits fondamentaux, mais l'inscription d'un droit dans la Constitution fédérale ne signifie pas automatiquement que tout individu va pouvoir le faire valoir en justice. Pour y parvenir, il faut notamment, en effet, avoir les connaissances et les moyens financiers nécessaires<sup>4</sup>, d'où l'importance de disposer de centres de conseil faciles d'accès, qui aident les profanes à défendre leurs droits.

Si, en dépit de ce système de protection global, la dignité, l'égalité et la liberté restent lettre morte dans certaines situations, c'est notamment parce que la Constitution fédérale et les instruments internationaux n'engagent que l'État, mais pas les particuliers, comme les proches ou les bailleurs.

## 1.2 Classification des droits fondamentaux et des droits humains

Selon le bien juridique à protéger, nous parlerons de libertés fondamentales, de garanties de l'État de droit, de droits politiques ou de droits sociaux (voir Fig. n° 1). Les *libertés fondamentales* définissent une sphère dans laquelle l'individu peut penser, décider et agir sans subir d'ingérence de la part de l'État, qui doit autant que possible s'abstenir d'y intervenir. Dès lors, les libertés fondamentales ont donc au premier chef une fonction défensive, la protection de la vie privée en étant un exemple classique. Les employé-e-s d'un établissement médico-social (EMS) ont-ils le droit de pénétrer sans frapper dans la chambre d'une pensionnaire ? En principe pas, car la chambre relève de la sphère privée de la pensionnaire, mais la réponse à cette question variera notamment en fonction de l'état de santé de cette personne.

Grâce aux *garanties de l'État de droit*, l'individu peut exiger de l'État le respect des principes d'égalité, de non-discrimination et d'équité. Ainsi, quiconque pense que ses droits ont été lésés doit pouvoir demander à un juge d'examiner l'action des pouvoirs publics. La personne placée sous curatelle par l'autorité de protection de l'adulte peut par exemple attaquer cette décision en justice. Le tribunal devra alors lui donner la possibilité de jouer un rôle actif dans la procédure.

Les *droits politiques* prévoient divers mécanismes de participation à la vie politique. Un exemple en est le droit d'éligibilité, c'est-à-dire le droit de se présenter à une charge publique. L'adoption de limites d'âge pour l'accès au pouvoir exécutif

<sup>4</sup> Au sujet de l'importance des moyens financiers, voir par ex. Weber et Meier et Schindler.

ou au pouvoir judiciaire constitue une atteinte à ce droit, mais peut être admissible en raison du temps et des efforts que ces charges exigent de leurs titulaires. En revanche, il n'est pas licite de fixer une limite d'âge pour les membres des organes législatifs<sup>5</sup>.

Les *droits sociaux*, enfin, garantissent que l'individu pourra subvenir à ses besoins élémentaires. Ils lui confèrent ainsi des droits à certaines prestations de l'État, qu'il peut faire valoir en justice. Si la Constitution fédérale ne garantit qu'un petit nombre de droits sociaux, ceux-ci sont néanmoins importants pour que les autres droits fondamentaux puissent se concrétiser, car personne ne peut vivre et s'épanouir si ses besoins élémentaires (nourriture, vêtements et logement) ne sont pas satisfaits<sup>6</sup>.

Ces différentes catégories de droits ne constituent pas un menu à choix, mais un ensemble indivisible qui doit s'appliquer de façon coordonnée pour que les droits puissent réellement se réaliser.

**Figure n° 1** : classification des droits fondamentaux et des droits humains

<b>Libertés fondamentales</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>· Droit à la vie</li><li>· Droit à l'intégrité physique et psychique</li><li>· Interdiction de la torture</li><li>· Liberté de mouvement</li><li>· Droit à la liberté personnelle</li><li>· Liberté de conscience et de croyance</li><li>· Liberté d'opinion et d'information</li><li>· Liberté économique</li><li>· Protection de la vie privée</li><li>· Droit à la vie de famille</li></ul>

<sup>5</sup> Schefer et Rhinow, p. 22, n. 153 et 155.

<sup>6</sup> ATF 121 I 367, p. 371, consid. 2b.

Garanties de l'État de droit
<ul style="list-style-type: none"> <li>· Égalité devant la loi</li> <li>· Interdiction de la discrimination</li> <li>· Protection contre l'arbitraire</li> <li>· Application du principe de bonne foi</li> <li>· Garantie de l'accès au juge</li> <li>· Droit d'être entendu et droit à un procès équitable</li> <li>· Garanties particulières en cas de privation de liberté</li> </ul>
Droits politiques
<ul style="list-style-type: none"> <li>· Droit de vote et droit d'élection</li> <li>· Droit d'initiative et droit de référendum</li> <li>· Droit à la libre formation de l'opinion et à l'expression fidèle et sûre de la volonté</li> </ul>
Droits sociaux
<ul style="list-style-type: none"> <li>· Droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse</li> <li>· Droit à un enseignement de base</li> <li>· Droit à l'assistance judiciaire gratuite</li> </ul>

### 1.3 Sources du droit

#### Droit national

À ses articles 7 à 34, la Constitution fédérale de 1999 établit un catalogue des droits fondamentaux. Si certains figuraient déjà dans la première Constitution fédérale de 1848, d'autres y ont été ajoutés au cours du XX<sup>e</sup> siècle seulement, sous l'effet de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Certains droits fondamentaux constitutionnels sont concrétisés par des lois. Ainsi, la loi fédérale sur la protection des données précise la portée du droit à la vie privée, les voies de droit qui permettent de le faire valoir et les conditions auxquelles il peut être restreint. Dès lors, pour évaluer toute atteinte à la vie privée, il faut se référer non seulement à la Constitution, mais aussi à la loi sur la protection des données.

Certaines constitutions cantonales dressent elles aussi une liste des droits fondamentaux. Toutefois, ces droits cantonaux n'ont de signification pratique que dans la mesure où ils vont plus loin que les droits inscrits dans la Constitution fédérale, ce qui est plutôt rare.

La Constitution fédérale formule aussi un ensemble de *buts sociaux*, à ne pas confondre avec les *droits sociaux* (voir Fig. n° 2). Contrairement à ces derniers, les

but sociaux ont plutôt le caractère de mandats législatifs, et, s'ils contraignent bien la Confédération et les cantons à œuvrer à leur réalisation, ils ne confèrent en revanche pas de droits justiciables à l'individu, à la différence des droits fondamentaux.

**Figure n° 2** : distinction entre droits sociaux et buts sociaux

Droits sociaux	Buts sociaux (sélection)
Droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst.)	Sécurité sociale (art. 41, al. 1, let. a, Cst.)
Droit à un enseignement de base (art. 19 Cst.)	Soins de santé (art. 41, al. 1, let. b, Cst.)
Droit à l'assistance judiciaire gratuite (art. 29, al. 3, Cst.)	Travail exercé dans des conditions équitables (art. 41, al. 1, let. d, Cst.)
	Logement à des conditions supportables (art. 41, al. 1, let. e, Cst.)

### **Droit international**

La Suisse a adhéré à diverses conventions internationales de protection des droits humains. Étant donné que ces conventions priment le droit national, toute loi fédérale qui y contreviendrait serait inapplicable.

*La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales* (CEDH), qui est le principal instrument international, est entrée en vigueur en 1974 pour la Suisse. Depuis lors, tout individu qui estime qu'un de ses droits garantis par la CEDH a été lésé peut, après avoir épuisé les voies de recours nationales, saisir la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH).

La CEDH comprend avant tout des libertés fondamentales et des garanties de l'État de droit. *La Charte sociale européenne* garantit quant à elle divers droits sociaux, mais la Suisse n'y a pas adhéré à ce jour.

Une distinction semblable est faite dans le cas du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (Pacte social des Nations Unies) et du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (Pacte civil des Nations Unies). La Suisse doit respecter ces deux pactes, auxquels elle a adhéré, mais le

Tribunal fédéral soutient que les droits garantis par le Pacte social des Nations Unies ne donnent pas, à quelques exceptions près, naissance à des droits subjectifs. Il estime en effet que la formulation plutôt vague et générale de ce pacte doit être concrétisée par une loi pour que les droits qu'il garantit puissent être appliqués. Dès lors, les individus ne peuvent invoquer ce pacte en Suisse pour faire valoir leurs droits<sup>7</sup>. La Cour de Mon-Repos assimile ce faisant les droits garantis par le Pacte social des Nations Unies aux buts sociaux de la Constitution fédérale, une position qui vaut à la Suisse d'être épinglée par des organismes internationaux<sup>8</sup>.

**Figure n° 3** : caractère justiciable des droits fondamentaux et des droits humains

Sources du droit	Caractère justiciable
À L'ÉCHELLE SUISSE	
Droits fondamentaux (art. 7 à 34 Cst.)	Justiciable
Buts sociaux (art. 41 Cst.)	Non justiciable
À L'ÉCHELLE EUROPÉENNE :	
CEDH	Justiciable
Charte sociale européenne	La Suisse n'y a pas adhéré
À L'ÉCHELLE INTERNATIONALE	
Pacte civil des Nations Unies	Justiciable
Pacte social des Nations Unies	Question controversée (pas justiciable selon le Tribunal fédéral)

#### 1.4 Catégories de droits subjectifs

Les droits de la personne confèrent à l'individu des droits subjectifs classés en trois catégories.

Les *droits à l'abstention* ont pour fonction de défendre l'individu contre les ingérences de l'État. Chaque personne peut ainsi exiger de l'État qu'il respecte ses

<sup>7</sup> ATF 120 Ia 1, p. 11, consid. 5c ; ATF 122 I 101, p. 103, consid. 2.1 ; ATF 126 I 240, p. 243, consid. 2c.

<sup>8</sup> Voir Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation finale C.5.

droits et qu'il s'abstienne de tout acte qui pourrait entraver ou rendre impossible leur exercice (on parle alors d'obligations négatives). Ainsi, les patient-e-s d'un hôpital doivent pouvoir compter sur le fait que l'établissement préserve la confidentialité de leurs données et ne les transmettent pas à des tiers sans leur consentement.

Souvent, le simple respect par l'État des droits fondamentaux et des droits humains n'est pas suffisant. Celui-ci doit en effet parfois agir pour éviter que des particuliers lèsent les droits d'autrui (on parle alors d'obligations positives). Par exemple, pour préserver le droit à la vie, l'État doit prendre des mesures susceptibles de prévenir la violence domestique. Ce *droit à la protection* n'est toutefois pas absolu : sa portée augmente en fonction de la vulnérabilité de l'individu et de sa dépendance envers l'État. Les personnes internées dans des prisons, des établissements psychiatriques ou des EMS, par exemple, sont particulièrement dépendantes de l'État.

*Les droits subjectifs à une prestation* obligent l'État à fournir une prestation. Ils sont particulièrement importants pour ce qui est des droits sociaux, mais peuvent aussi découler d'autres droits. Ainsi, une personne internée dans un établissement psychiatrique qui souffre d'une angine peut attendre de cet établissement qu'il lui procure les médicaments nécessaires et préserve ainsi son intégrité physique.

### 1.5 Réalisation des droits fondamentaux et des droits humains

En vertu de l'article 35, alinéa 2, Cst., quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux, peu importe l'échelon – fédéral, cantonal ou communal – ou le rôle de l'autorité en question (législatif, exécutif, administration publique, institution publique ou institution privée). La seule question qui compte pour les droits fondamentaux, c'est de savoir si cet organisme accomplit une tâche de l'État ou non. Cette précision est capitale, car sans elle, l'État pourrait facilement se soustraire à ses responsabilités en privatisant ses entreprises et établissements.

Est considérée comme *tâche de l'État* toute mission que la Constitution ou une loi confie à l'État. La santé publique et la sécurité sociale en faisant partie, les EMS accomplissent une tâche publique dès qu'ils sont financés en majeure partie par des fonds publics, ce qui est le cas de la grande majorité d'entre eux<sup>9</sup>.

Les droits fondamentaux s'appliquent aux rapports liant les particuliers à l'État, mais ne s'appliquent pas directement aux rapports entre particuliers. Ces derni-

9 Cherubini, p. 34, n. 64 et p. 35, n. 65 s.

ers sont soumis au principe de l'autonomie privée, d'où émane par exemple la liberté contractuelle. Ainsi, un généraliste ou un spécialiste a le droit de refuser de traiter toute personne âgée de plus de 70 ans, tout au moins s'il ne s'agit pas d'une urgence, contrairement à une ou un spécialiste d'un hôpital public, tenu de respecter le principe constitutionnel de l'égalité de traitement.

Il n'en reste pas moins que les droits fondamentaux s'appliquent de façon indirecte aux rapports entre particuliers. En effet, la Constitution fédérale enjoint aux autorités législatives, exécutives et judiciaires de veiller à ce que ces droits soient aussi respectés dans ce genre de relations. Un tribunal appelé à se prononcer sur la résiliation abusive d'un contrat de bail par un bailleur devra par exemple interpréter la notion d'abus, plutôt vague, à la lumière de l'interdiction de la discrimination inscrite dans la Constitution. Si la résiliation a pour origine l'un des motifs de discrimination énumérés à l'article 8, alinéa 2, Cst., comme l'orientation sexuelle par exemple, le tribunal devra la qualifier d'abus, bien que le bailleur ne soit pas directement lié par les droits fondamentaux.

## 1.6 Restriction des droits fondamentaux et des droits humains<sup>10</sup>

### Article 36 Constitution fédérale :

- 1 Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.
- 2 Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.
- 3 Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.
- 4 L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

Les droits fondamentaux et les droits humains ne sont pas absolus, mais toute restriction ou *atteinte* aux droits fondamentaux n'est licite que si les conditions énoncées à l'article 36 Cst. sont réunies. Si tel n'est pas le cas, on ne parlera plus d'une restriction, mais d'une *violation* des droits fondamentaux.

Pour être licite, toute atteinte à un droit fondamental doit non seulement être fondée sur une base légale, justifiée par un intérêt public et proportionnelle au but visé, mais aussi respecter l'essence de ce droit. Plus l'atteinte est grave, plus

<sup>10</sup> Cette section s'inspire en partie d'Akkaya et d'Akkaya, Belser, Egbuna-Joss et Jung-Blattmann.



élevé doit être le rang auquel appartient la base légale, plus les intérêts publics invoqués doivent être importants et plus l'examen de la proportionnalité doit être étendu et fouillé<sup>11</sup>.

L'essence d'un droit fondamental est son élément constitutif, sans lequel ce droit perdrait toute signification et resterait lettre morte. Cette essence est inviolable, de sorte que l'acte de l'État qui la limite est toujours anticonstitutionnel.

La première condition à remplir pour qu'une restriction d'un droit fondamental soit légitime est de reposer sur une *base légale*. Si cette restriction est particulièrement grave, elle doit faire l'objet d'une disposition précise figurant dans une loi adoptée par le Parlement. Ainsi, le code civil détaille les conditions à réunir pour ordonner une mesure aussi rigoureuse que le placement à des fins d'assistance. Pour les atteintes de moindre gravité, il suffit qu'elles aient été autorisées par une ordonnance adoptée par un organe gouvernemental ou même par une autorité de rang inférieur.

On entend par *intérêts publics* – la deuxième condition – des biens de la collectivité que le système juridique juge légitimes, comme la protection de la vie et de la santé, de la liberté de religion et de la liberté linguistique ou encore de la nature et de l'environnement. Il faut procéder à une pesée des intérêts en présence pour savoir si un intérêt public déterminé suffit à légitimer la restriction d'un droit fondamental.

La troisième condition que la Constitution formule pour qu'une restriction soit légitime est son caractère *proportionnel* ; à son tour, cette condition comprend trois critères, que nous expliquons ci-dessous. En premier lieu, la restriction doit être *appropriée* et donc permettre d'atteindre le but visé. Par exemple, la pose de barrières dans l'unité de soins d'un EMS est en principe une mesure appropriée pour empêcher les pensionnaires déments de tomber du lit.

En deuxième lieu, la restriction doit être *nécessaire* : le but visé ne doit pas pouvoir être atteint par une mesure moins coercitive. Le critère de la nécessité a plusieurs dimensions, matérielle, spatiale, temporelle et personnelle. Pour reprendre l'exemple ci-dessus, il n'est sans doute pas nécessaire d'apposer des barrières sur tous les lits de l'unité de soins, et ces barrières pourraient éventuellement être ôtées la journée. Il peut même y avoir des méthodes plus douces pour parvenir au même but, comme l'emploi de lits bas.

En troisième et dernier lieu, la mesure doit être *raisonnable*. Il faut ainsi que le rapport entre le but visé et la gravité de la restriction soit raisonnable ; en d'autres termes, la mesure ne doit pas gêner excessivement la personne en cause. Pour juger de cette gravité, il faut apprécier la nature et la durée de la restriction, ainsi

11 Akkaya, p. 25.

que ses effets sur la vie quotidienne<sup>12</sup>. Dans l'exemple qui nous occupe, il faudrait ainsi évaluer, pour chaque cas particulier, dans quelle mesure la ou le pensionnaire se sent emprisonné par une barrière.

Pour établir si une mesure concrète lèse un droit fondamental, il faut, en résumé, répondre aux questions suivantes<sup>13</sup> :

---

1. L'acte en question restreint-il l'exercice d'un droit fondamental ou d'un droit humain ?

---

2. Cet acte est-il posé par un acteur investi d'une tâche de l'État ?

---

3. L'essence du droit en question est-elle préservée ?

---

4. La restriction repose-t-elle sur une base légale suffisante ?

---

5. La restriction sert-elle un intérêt public ?

---

6. La restriction sert-elle cet intérêt public d'une manière qui respecte le principe de proportionnalité ? La restriction est-elle appropriée, nécessaire et raisonnable ?

---

Si nous pouvons répondre par l'affirmative à toutes les questions, nous sommes en présence d'une restriction légitime d'un droit fondamental. En revanche, si nous répondons par la négative à l'une des questions 3 à 6, il s'agit d'une restriction inadmissible, contre laquelle la personne intéressée peut recourir en justice.

<sup>12</sup> Akkaya, p. 27.

<sup>13</sup> Cf. aussi Akkaya, Belser, Egbuna-Joss et Jung-Blattmann, p. 36.

## 2 La législation et les personnes âgées

### 2.1 Notion de vieillesse

L'espérance de vie moyenne a fortement augmenté en Suisse depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, pour atteindre actuellement 82 ans pour les hommes et 85 ans pour les femmes. L'espérance de vie sans incapacité a elle aussi progressé, de sorte que la proportion de personnes âgées en bonne santé ne cesse de croître<sup>14</sup>.

Toutefois, les moyennes ne doivent pas faire oublier que le vieillissement est un processus très variable d'un individu à l'autre. Si la plupart des personnes conservent jusqu'à un âge avancé leur autonomie dans les actes de la vie quotidienne, d'autres doivent être prises en charge déjà relativement tôt. Divers facteurs, comme les circonstances personnelles et le niveau de formation, exercent une influence sur la probabilité de vieillir en bonne santé<sup>15</sup>.

Par ailleurs, la notion de « vieillesse » varie considérablement en fonction des domaines de l'existence : pour des cours de formation continue ou pour la recherche d'un emploi, les salarié-e-s sont désavantagés dès 45 ans dans certaines branches, tandis que pour d'autres questions, comme le logement ou la santé, les inégalités de traitement envers les personnes âgées n'apparaissent généralement que plus tard.

Les femmes, elles, sont considérées comme « âgées » tôt dans leur vie lorsqu'il s'agit de fonder une famille. Ainsi, la prise en charge des frais d'une insémination artificielle pose problème à compter de 43 ans déjà, car les caisses-maladie font valoir que les chances de succès diminuent à partir de cet âge. Le Tribunal fédéral

<sup>14</sup> Höpflinger, Bayer-Oglesby et Zumbrunn, pp. 21, 35 et 56 ainsi que OFS, Statistique de l'espérance de vie.

<sup>15</sup> OFSP, Égalité des chances.

estime toutefois que chaque cas mérite une appréciation individualisée et juge illicite une décision *fondée sur le seul critère de l'âge*<sup>16</sup>.

Il est dès lors compréhensible qu'il n'existe pas, ni en Suisse, ni à l'échelle internationale, de définition unique de l'âge à partir duquel une personne serait « âgée ». Cette définition n'est d'ailleurs pas nécessaire, puisqu'il faut établir, pour chaque domaine de vie, le moment à partir duquel une personne subit, du fait de son âge avancé, des inégalités de traitement de droit ou de fait et doit par conséquent bénéficier d'une protection.

Les pensionnaires des EMS méritent qu'on leur accorde une attention particulière : fortement dépendants, ils ont besoin d'une protection accrue.

## 2.2 Conventions internationales

Si ni le Pacte social ni le Pacte civil des Nations Unies, pas plus que la CEDH, ne contiennent de dispositions visant précisément les personnes âgées, les droits humains qu'ils garantissent sont toutefois universels, de sorte que les aîné-e-s peuvent eux aussi les invoquer.

Ces trois conventions interdisent tous les actes discriminatoires motivés par certaines caractéristiques personnelles, mais ne mentionnent pas l'âge. Néanmoins, les listes figurant dans ces conventions n'étant pas exhaustives, la discrimination fondée sur l'âge entre elle aussi dans leur champ d'application.

Si le XX<sup>e</sup> siècle a vu l'adoption de conventions consacrées aux droits des femmes et des enfants, jugés particulièrement vulnérables, rien de semblable n'a été fait pour les personnes âgées, qui entrent pourtant dans la même catégorie<sup>17</sup>. Signalons toutefois qu'un groupe de travail créé par l'Assemblée générale de l'ONU élabore actuellement un projet de convention. De nombreux États, dont la Suisse, sont néanmoins d'avis qu'il suffirait d'améliorer la force exécutoire des instruments déjà en vigueur.

L'application aux personnes âgées de la Convention relative aux droits des personnes handicapées des Nations Unies (CDPH, entrée en vigueur en 2008) est contestée, parce que certains aîné-e-s refusent d'être étiquetés comme « handicapé ». Toutefois, la CDPH utilise une définition très large du handicap, qui s'applique à toutes les personnes « qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut

<sup>16</sup> ATF 142 V 249, p. 256, consid. 6.4.

<sup>17</sup> À l'exception de la Convention interaméricaine sur la protection des droits des personnes âgées, que seuls six États ont pour l'heure ratifiée.

faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres »<sup>18</sup>.

Dès lors, les personnes âgées présentant un handicap visuel ou sensoriel, à mobilité réduite ou ayant durablement besoin de soins et d'assistance entrent dans le champ d'application de la CDPH. Cette convention pourrait donc, dans certains domaines, devenir un instrument important pour la protection de leurs droits.

Il existe aussi toute une série d'instruments internationaux qui, sans être contraignants, revêtent une certaine importance, comme les recommandations du Conseil de l'Europe, de l'Assemblée générale des Nations Unies ou de l'Experte indépendante chargée par le Conseil des droits de l'homme de promouvoir l'exercice par les personnes âgées de tous les droits de l'homme.

### 2.3 Droit constitutionnel

Aucune disposition de la Constitution fédérale n'est consacrée explicitement aux besoins particuliers des personnes âgées<sup>19</sup>. Des garanties de ce genre figurent en revanche dans quelques constitutions cantonales, comme celle du canton de Fribourg qui, à son article 35, dispose que les « personnes âgées ont droit à la participation, à l'autonomie, à la qualité de vie et au respect de leur personnalité »<sup>20</sup>. Sur cette base, le Grand Conseil a ensuite édicté une « loi sur les seniors », qui prévoit notamment des mesures pour encourager les échanges intergénérationnels et alloue des fonds à cette fin.

L'âge figure expressément à l'article 8, alinéa 2, Cst., qui interdit toute discrimination du fait de cette caractéristique. Toutefois, le Tribunal fédéral classe l'âge parmi les motifs de discrimination atypiques, car il n'est pas lié à un groupe historiquement réprimé ou politiquement marginalisé<sup>21</sup>.

L'âge est aussi mentionné dans les buts sociaux : en vertu de l'article 41, alinéa 2, Cst., les pouvoirs publics doivent veiller à ce que toute personne soit assurée contre les conséquences économiques de l'âge. Pour réaliser ce but, la Suisse dispose notamment de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS), de la prévoyance professionnelle, des prestations complémentaires (PC) et de l'assurance-maladie obligatoire.

<sup>18</sup> Art. 1, 2e phrase, CDPH.

<sup>19</sup> En revanche, son article 11 protège les droits des enfants.

<sup>20</sup> Voir également l'art. 39, al. 2 de la constitution du canton de Genève.

<sup>21</sup> ATF 138 I 265, p. 268, consid. 4.3.

## 2.4 Droit des assurances sociales<sup>22</sup>

L'AVS, la prévoyance professionnelle, les PC et l'assurance-maladie obligatoire sont des assurances sociales. Leur caractéristique est d'assurer les risques sociaux, et en particulier la maladie et la vieillesse. Cette dernière est considérée comme un risque social parce plus on avance en âge, plus on a de la peine à gagner sa vie et plus on est exposé à des problèmes de santé.

Les assurances sociales sont du ressort de la Confédération, tandis que les cantons se chargent de l'aide sociale, de la santé publique et de l'hébergement des personnes âgées<sup>23</sup>. Il existe dès lors, à l'échelle des cantons, des lois qui sont importantes pour les droits des personnes âgées, tels que des lois sur l'aide sociale, sur la santé publique, sur les soins et sur les droits des patient-e-s.

### Prévoyance vieillesse

L'AVS est une assurance universelle, obligatoire pour toutes les personnes travaillant ou vivant en Suisse, dont le but est de couvrir de façon appropriée les besoins vitaux des personnes à la retraite.

L'AVS sert trois types de prestations : des rentes, des contributions pour des moyens auxiliaires et des allocations pour impotent. Toute personne a droit, dès qu'elle atteint l'âge ordinaire de la retraite, à une rente AVS.

Certains retraité-e-s ont aussi droit au deuxième type de prestations, les contributions pour des moyens auxiliaires, comme un appareil auditif ou un fauteuil roulant. Ces contributions sont toutefois inférieures à celles versées par l'assurance-invalidité (AI) qui, par exemple dans le cas d'une personne à mobilité réduite, prend en charge non seulement le fauteuil roulant, mais aussi l'apprentissage de son utilisation, les réparations et l'entretien, alors que l'AVS se borne en général à lui payer le fauteuil<sup>24</sup>.

Les allocations pour impotent, troisième type de prestations de l'AVS, sont versées aux retraité-e-s qui ont besoin d'aide pour accomplir les actes de la vie quotidienne, comme s'habiller ou se nourrir. Elles ont pour but de préserver aussi longtemps que possible l'autonomie des personnes âgées. Si l'allocation pour impotence légère est réservée aux personnes qui sont encore chez elles, celle pour impotence moyenne ou grave est aussi versée à celles qui habitent en institution. L'AVS (le premier pilier de la prévoyance-vieillesse) est complétée par la prévoyance professionnelle (deuxième pilier) et par la prévoyance individuelle (troi-

<sup>22</sup> La partie 2.4 s'inspire de Kieser et de Scartazzini et Hürzeler.

<sup>23</sup> Dans ce domaine, certains cantons ont délégué de nombreuses compétences aux communes.

<sup>24</sup> Inclusion Handicap, Rapport alternatif CDPH, p. 89.

sième pilier). Près d'un tiers des retraité-e-s n'ont que le premier pilier, c'est-à-dire qu'ils ne reçoivent que les prestations de l'AVS, et cette proportion double chez les femmes<sup>25</sup>.

Le montant des cotisations AVS est fonction du revenu, mais pas du tout de l'âge. Il en va autrement des cotisations versées à la prévoyance professionnelle : le pourcentage qu'elles représentent sur le salaire progresse avec l'âge. Certains milieux déplorent cette solution qui pénalise les travailleuses et travailleurs d'un certain âge<sup>26</sup>.

Si elle ne peut subvenir à ses besoins avec les seules prestations de l'AVS, la personne assurée a droit à des prestations complémentaires (PC). Le coût d'un séjour prolongé en EMS dépassant de loin la rente maximale AVS, la moitié des pensionnaires ont droit à ces prestations<sup>27</sup>.

Les prestations complémentaires sont octroyées aux personnes dont les dépenses sont supérieures aux rentrées. À cet effet, la loi fixe des plafonds pour certains postes, comme un loyer maximal. Pour les personnes vivant durant une longue période en institution, la taxe journalière perçue par le home fait partie des dépenses reconnues.

### **Assurance-maladie**

L'assurance-maladie obligatoire est aussi une assurance universelle. Toute personne ayant son domicile en Suisse doit conclure une assurance de base avec l'un des nombreux fournisseurs sur le marché, qui est obligé de l'accepter, contrairement à ce qui se passe avec les assurances complémentaires, qui sont facultatives. La sélection des risques étant interdite, un assureur qui ferait en sorte de dissuader les personnes âgées de s'affilier à sa caisse serait condamnable.

L'assurance-maladie rembourse les frais des prestations diagnostiques (pour identifier une maladie) et thérapeutiques (pour la soigner). Elle prend par exemple à sa charge l'examen réalisé dans le cabinet du généraliste et le traitement dispensé à l'hôpital. Si l'hospitalisation dure plusieurs jours, elle rembourse aussi tous les autres frais que celle-ci occasionne, en particulier les frais découlant des soins et de la pension.

Il en va différemment des personnes qui, du fait de leur âge, ont besoin de soins en permanence. Dans ce cas de figure, une distinction est établie entre les soins, l'assistance et le séjour (voir Fig. n° 4).

Les *soins* comprennent les prestations requises pour aider la personne âgée à

<sup>25</sup> OFS, Statistique de la pauvreté, p. 10.

<sup>26</sup> À l'origine, cette solution avait été adoptée pour favoriser la première génération, qui n'allait verser de cotisations que pendant une partie de sa vie professionnelle, voir Flückiger, art. 16 LPP, n. 6.

<sup>27</sup> OFAS, Statistique PC, p. 5.

réaliser les principaux actes de la vie quotidienne. Ils sont financés par trois parties : l'assurance-maladie, le canton et la personne dépendante. La contribution de l'assureur, qui varie en fonction du degré de dépendance, est actuellement plafonnée à 16,50 francs par jour en régime ambulatoire et à 21,60 francs en régime résidentiel. La personne dépendante doit prendre à sa charge un montant s'élevant au plus à 20 % de la contribution maximale de l'assurance-maladie fixée par le Conseil fédéral. Le coût résiduel est entièrement à la charge des cantons, de sorte que la pratique de certains d'entre eux, qui consiste à fixer des plafonds qui ne couvrent pas les coûts, est contraire au droit<sup>28</sup>.

L'*assistance* englobe l'aide qui est dispensée aux personnes âgées pour réaliser les actes de la vie courante et qui ne relève pas du domaine des soins. Il s'agit par exemple de la tenue du ménage, d'une assistance pour des démarches administratives ou d'un soutien psychique et social. S'ils doivent en principe être assumés par la personne dépendante, les frais d'assistance sont cependant pris partiellement en charge par certains cantons ou certaines communes.

Les *frais de séjour*, soit les frais de restauration et d'hébergement, sont entièrement à la charge de la personne dépendante.

<sup>28</sup> ATF 144 V 280, p. 290, consid. 7.4.3.



**Figure n° 4 : financement des prestations dispensées à des personnes dépendantes<sup>29</sup>**

<b>Prestations</b>	<b>Exemples</b>	<b>Financement</b>
<b>SOINS</b>		
Évaluation des besoins, conseil, coordination	Conseil pour la prise de médicaments	Assurance-maladie, cantons et personne dépendante
Traitement et examens	Soins des plaies et mesure de la tension artérielle	
Soins de base	Aide pour s'habiller et se déshabiller, pour l'hygiène bucco-dentaire et corporelle, pour la prise de repas et de boissons	
<b>ASSISTANCE</b>		
Tenue du ménage	Aide pour les achats, la préparation des repas et la lessive	Personne dépendante ou, dans certains cas, le canton ou la commune
Aide pour les démarches administratives	Aide pour régler les transactions financières	
Soutien psychosocial	Marche accompagnée dans le jardin, promenade accompagnée, services de transport	
<b>FRAIS DE SÉJOUR</b>		
Hébergement et restauration	Repas du matin, de midi et du soir, nettoyage de la chambre	Personne dépendante

<sup>29</sup> La Fig. n° 4 ne tient pas compte des éventuelles prestations supplémentaires versées par l'AVS, l'AI ou les PC. Il est en effet possible, par exemple, que les allocations versées par l'assurance-maladie pour les soins de base et les allocations pour impotent de l'AVS ou de l'AI financent en partie les mêmes prestations.

Un système d'une telle complexité occasionne des problèmes de délimitation et des failles dans la prise en charge. Ainsi, s'il est clair que la prise de repas fait partie des soins et que leur préparation relève de l'assistance, on ne sait dans quelle catégorie classer le service du repas et la découpe des aliments en morceaux de grandeur appropriée<sup>30</sup>.

Ce système crée aussi des incitations perverses qui portent préjudice aux pensionnaires. Ainsi, les personnes démentes très agitées peuvent être traitées au moyen de méthodes médicamenteuses ou non médicamenteuses. Or, étant donné que seules les premières sont prises en charge par l'assurance-maladie, le danger est qu'elles soient préférées aux autres.

## 2.5 Droit de la protection de l'adulte<sup>31</sup>

Le droit de la protection de l'adulte légifère sur des mesures destinées à garantir l'intégrité des personnes majeures ayant besoin d'aide ou de protection.

### Discernement

Certaines mesures du droit de la protection de l'adulte, comme les mesures limitant les mouvements régies par l'article 383 du code civil (CC), ne pouvant être utilisées que lorsque la personne intéressée est incapable de discernement, la capacité de discernement joue un rôle central dans la protection des adultes. En vertu de l'article 16 CC, est incapable de discernement toute personne privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables.

Du point de vue juridique, un acte raisonnable suppose l'existence de deux éléments : l'individu doit d'une part avoir la capacité intellectuelle de comprendre une situation déterminée et de s'en former une opinion ; il doit d'autre part être capable d'agir selon sa propre volonté et d'opposer suffisamment de résistance aux tiers qui tentent de l'influencer.

La capacité de discernement est relative : elle ne peut être évaluée que pour une situation et une question concrètes. Toute généralisation est illicite : il est interdit de lier systématiquement cette capacité à un âge ou à un diagnostic médical déterminé, comme la démence par exemple. En effet, une personne démente peut être capable de discernement pour certaines questions, comme le choix d'un menu.

<sup>30</sup> Eugster, art. 25 LAMal, n. 26.

<sup>31</sup> La partie 2.5 s'inspire de Hausheer, Geiser et Aebi-Müller et de Schmid. Pour approfondir le sujet, voir Honsell, Vogt et Geiser.

Étant donné que la capacité de discernement dépend toujours d'une situation concrète, une personne peut, le même jour, être considérée comme étant en pleine possession de ses moyens pour trancher une question simple, sans grande importance, et comme inapte pour résoudre une question plus substantielle. Pour cette raison, un EMS pourra à la rigueur laisser une pensionnaire à l'esprit un peu confus décider elle-même de se rendre chez un coiffeur aux tarifs élevés, mais si cette même personne souhaite conclure une assurance-vie onéreuse, il vaudra peut-être mieux faire appel à sa ou son représentant-e légale-e.

Dans une situation donnée, la personne en question est soit capable, soit incapable de discernement, le droit en vigueur ne prévoyant pas de gradations intermédiaires, même si certains milieux le demandent<sup>32</sup>. Les personnes adultes sont jugées saines d'esprit jusqu'à preuve du contraire.

La volonté exprimée par les personnes incapables de discernement n'est plus contraignante sur le plan juridique, de sorte que certains juristes vont jusqu'à postuler que les mesures prises à leur encontre ne peuvent pas être considérées comme des mesures de contrainte au sens juridique du terme<sup>33</sup>. Il n'en reste pas moins que la personne qui décide en lieu et place de la personne incapable de discernement doit toujours tenir compte de la volonté présumée de cette dernière. Ce faisant, elle doit notamment prendre en considération la volonté exprimée par la personne démente, même si elle n'est pas juridiquement liée par celles-ci. Il est donc tout de même important de savoir si la personne incapable de discernement accepte ou refuse une mesure, c'est-à-dire si elle s'y résigne ou s'y oppose avec vigueur.

### **Mesures du droit de la protection de l'adulte**

Le droit de la protection de l'adulte connaît trois sortes de mesures (voir Fig. n° 5) : En premier lieu, il s'agit du mandat pour cause d'incapacité et des directives anticipées du patient, réunis sous le titre de « Mesures personnelles anticipées ». Ces deux instruments servent à prendre des dispositions dans l'éventualité d'une incapacité de discernement. S'ils favorisent l'autonomie, ils ne sont cependant guère utilisés dans la pratique<sup>34</sup>.

Si les patients n'ont pas adopté de mesures anticipées, la loi prévoit, comme deuxième type de mesures, un dispositif de représentation qui s'applique lorsque survient l'incapacité de discernement (« Mesures appliquées de plein droit »). Le code civil dispose ainsi que les personnes mariées sont représentées par leur conjoint-e dans des circonstances normales.

**32** FNS, Rapport de synthèse du PNR 67, p. 37.

**33** Bucher, p. 766.

**34** Pro Senectute 2017.

Enfin, en troisième et dernier lieu, la loi énumère les diverses « Mesures prises par l'autorité », les types de curatelle et le placement à des fins d'assistance.

**Figure n° 5** : mesures du droit de la protection de l'adulte

Catégorie	Mesure
MESURES PERSONNELLES ANTICIPÉES	Mandat pour cause d'incapacité (art. 360 ss. CC)
	Directives anticipées du patient (art. 370 ss. CC)
MESURES APPLIQUÉES DE PLEIN DROIT	Représentation par le conjoint ou le partenaire enregistré (art. 374 CC)
	Représentation dans le domaine médical (art. 377 CC)
	Séjour dans un établissement médico-social (art. 382 CC)
MESURES PRISES PAR L'AUTORITÉ	Curatelle d'accompagnement (art. 393 CC)
	Curatelle de représentation (art. 394 CC)
	Curatelle de coopération (art. 396 CC)
	Curatelle de portée générale (art. 398 CC)
	Placement à des fins d'assistance (art. 426 ss. CC)

Les mesures relevant de la protection de l'adulte portent atteinte, parfois même gravement, aux droits fondamentaux, de sorte qu'elles ne peuvent être ordonnées que si les conditions de l'article 36 Cst. sont respectées. En particulier, du fait du principe de proportionnalité, elles ne peuvent être adoptées que si la personne en question ne peut être secourue d'une autre façon. Des mesures à disposition, il faut toujours choisir celle qui est la plus respectueuse et la moins incisive.

Parmi les curatelles, c'est la curatelle d'accompagnement qui est la mesure la moins rigoureuse : elle ne peut être instituée qu'avec le consentement de la per-

sonne qui a besoin d'aide, et lui permet de continuer à exercer ses droits et à s'engager en toute autonomie. À l'inverse, la curatelle de portée générale prive entièrement la personne incapable de discernement de l'exercice de ses droits civils, de sorte que la curatrice ou le curateur répond de tous ses actes juridiques. Assimilable à la tutelle, cette curatelle ne doit donc être instituée qu'en dernier recours et seulement lorsqu'aucune autre mesure ne constitue une protection suffisante. Selon les statistiques les plus récentes, 18 pour cent des curatelles sont de portée générale, ce qui représente un net recul par rapport à l'ancien système de la tutelle. Malgré cela, le nombre de mesures adoptées par les autorités de protection de l'adulte a globalement augmenté<sup>35</sup>, de même que celui des mesures prises à l'encontre de personnes vivant en institution<sup>36</sup>.

### **Vie dans un établissement médico-social**

Le nouveau droit de la protection de l'adulte règle certains aspects à prendre en considération pour les personnes vivant en institution. Toutefois, ce dispositif reste lacunaire et n'apporte pas de réponses à quelques questions pourtant essentielles. Étant donné que les personnes saines d'esprit décident en toute autonomie où et comment elles entendent vivre, la loi met l'accent sur les personnes incapables de discernement.

Ainsi, selon la loi l'assistance apportée à une personne incapable de discernement admise dans un établissement médico-social ou dans un home doit faire l'objet d'un contrat écrit signé par l'institution et par la personne habilitée à représenter la ou le pensionnaire dans le domaine médical aux termes de l'article 378 CC, généralement la conjointe ou le conjoint. La loi n'indique toutefois pas qui doit prendre la décision de garder la personne incapable de discernement à la maison ou de la placer en institution.

Si certains éléments doivent obligatoirement figurer dans le contrat d'assistance, comme les prestations à fournir par l'institution et leur coût, il est conseillé d'y régler aussi d'autres questions, comme le droit de visite, en respectant toujours les dispositions légales en la matière. Par exemple, la représentante légale ou le représentant légal ne peut pas donner à l'institution une autorisation générale pour tous les types d'actes médicaux.

L'institution doit autant que possible respecter les souhaits des pensionnaires, par exemple en matière d'agencement de la chambre, de besoin de repos, d'hygiène corporelle, d'assistance spirituelle ou d'accompagnement en fin de vie. Elle doit par ailleurs prendre des mesures pour respecter et protéger la personnalité des

<sup>35</sup> COPMA, 5 années d'APEA.

<sup>36</sup> Jud, p. 384.

pensionnaires et veiller à leur bien-être au quotidien. Pour prévenir la solitude des résidents-e-s, par exemple, elle peut informer les proches des activités qu'elle organise.

Si elles peuvent limiter la liberté de mouvement des pensionnaires, les institutions doivent toutefois respecter pour ce faire des conditions strictes. À l'exception du placement à des fins d'assistance, les mesures limitant la liberté de mouvement ne peuvent être prises qu'à l'encontre de personnes incapables de discernement. Elles doivent de plus viser à protéger la personne âgée et respecter le principe de proportionnalité pour ce qui est de leur durée, de leur intensité et du confinement qui en résulte. L'institution doit aviser de la mesure la personne habilitée à représenter la personne concernée, mais n'est pas tenue de requérir son consentement. Les institutions doivent tenir un registre détaillé de toute mesure de contention, que la représentante ou le représentant peut consulter. Si cette personne juge qu'une mesure ne satisfait pas aux exigences légales, elle peut en appeler à l'autorité de protection de l'adulte.

La liberté de mouvement peut être restreinte non seulement par des moyens physiques, mais aussi par des médicaments, comme les tranquillisants. Les médicaments sont toutefois régis par des dispositions ad hoc. Ainsi, l'institution ne peut administrer un tranquillisant que si la personne habilitée à représenter le pensionnaire ou la pensionnaire octroie son consentement, ce qui n'est pas nécessaire pour les autres mesures de contention.

Sans consentement de la part de la représentante ou du représentant, l'institution ne peut administrer de médicament qu'en cas d'urgence ou dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance.

### **Placement à des fins d'assistance**

Dans certaines circonstances, les personnes présentant des troubles psychiques, une déficience mentale ou un grave état d'abandon peuvent être placées en institution contre leur gré. La loi régit de façon relativement détaillée ce placement à des fins d'assistance, qui constitue une grave atteinte aux droits fondamentaux.

La démence sénile étant un trouble psychique, la personne qui en est atteinte et qui refuse d'être internée dans une institution appropriée, alors qu'il est impossible de lui garantir l'assistance voulue d'une autre façon, peut être placée de force sur décision de l'autorité de protection de l'adulte ou, dans certains cantons, d'un médecin spécialement désigné à cet effet. La personne concernée peut former recours auprès du tribunal compétent contre le placement à des fins d'assistance et déposer en tout temps une demande de libération.

Ni le droit fédéral, ni le droit cantonal ne régissent le placement de force dans un EMS, en dehors du cas de figure du placement à des fins d'assistance. Ainsi, la loi ne règle pas le cas de la personne internée contre son gré à la demande de ses

proches, et ne précise donc pas non plus quelles sont les voies de recours contre une décision de ce genre<sup>37</sup>.

Le nombre d'internements forcés est bien plus important en Suisse que dans d'autres pays européens, et varie par ailleurs beaucoup d'un canton à l'autre<sup>38</sup>.

## **2.6 Protection de la personnalité en droit privé**

Le droit privé règle les rapports liant les particuliers entre eux, comme les relations parents-enfants ou salarié-employeur. Étant donné que les droits fondamentaux ne s'appliquent pas directement aux rapports de droit privé, une personne âgée ne peut pas faire valoir son droit à l'égalité de traitement, par exemple, envers les proches qui prennent soin d'elle.

Il n'en reste pas moins que le droit privé contient de nombreuses dispositions qui s'inspirent des valeurs des droits de la personne et procurent aux particuliers une protection comparable dans leurs rapports avec des tiers. C'est, en l'occurrence, le domaine de la protection de la personnalité qui présente un potentiel particulièrement intéressant.

La personnalité est protégée par divers droits fondamentaux, comme le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique et psychique, le droit à la liberté de mouvement et le droit à la vie de famille. Le droit privé contient des dispositions similaires, la plus importante d'entre elles étant l'article 28 CC qui permet à toute personne ayant subi, de la part d'une personne physique ou morale, une atteinte illicite à sa personnalité de faire appel à la justice. Ainsi, si une personne subit, du fait de son âge, une inégalité de traitement de la part d'un particulier, et que cette inégalité de traitement ne repose sur aucun motif valable, nous sommes en présence d'une atteinte à la personnalité dont l'auteur peut être poursuivi en justice. Toutefois, la jurisprudence n'est guère abondante dans ce domaine et concerne exclusivement les rapports de travail. Aucun jugement n'a en effet été prononcé dans d'autres domaines, comme le droit du bail, sur des atteintes semblables à la personnalité.

D'autres domaines du droit privé sont aussi particulièrement importants pour garantir les droits fondamentaux et les droits humains. Il s'agit par exemple de la loi sur l'égalité, qui garantit l'égalité entre hommes et femmes dans le monde du travail, et de la loi sur la protection des données, qui régit notamment le traitement des données par des particuliers.

**37** Künzli, Frei et Fernandes-Veerakatty, pp. 25 et 35.

**38** Schuler, Tuch et Peter, pp. 3 et 7.

## 2.7 Directives et recommandations d'organisations privées

L'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) a adopté des directives et des recommandations dans divers domaines importants pour les aîné-e-s. Mentionnons par exemple ses directives sur la prise en charge et le traitement de personnes atteintes de démence, sur les mesures de contrainte en médecine et sur l'attitude face à la fin de vie et à la mort.

Étant donné que les directives de l'ASSM ne sont que des aides à la pratique et à la recherche médicale, et ne revêtent pas de caractère obligatoire, les institutions ne sont pas légalement tenues de les respecter et leur violation n'entraîne pas de sanction de la part de l'État, contrairement à ce qui se passe avec une infraction. Il n'en reste pas moins que ces directives jouent un rôle important dans l'interprétation du droit. Le Tribunal fédéral invoque ainsi souvent ces normes, qu'il considère comme l'état actuel des connaissances dans le domaine des sciences médicales. Dans certains cas particuliers, c'est-à-dire lorsqu'une loi renvoie à ces directives, les tribunaux doivent eux aussi s'y référer.

De surcroît, une partie des directives de l'ASSM est obligatoire pour les médecins suisses, car leur fédération les a intégrées dans son code de déontologie.



### 3 Droits fondamentaux et droits humains des personnes âgées<sup>39</sup>

#### 3.1 Droit à la dignité

**Article 7 de la Constitution fédérale :**

La dignité de tout être humain doit être respectée et protégée.

La dignité humaine figure en tête du catalogue des droits fondamentaux de la Constitution fédérale. Si le législateur lui a conféré cette place d'honneur, c'est parce qu'elle est un principe directeur, qui sous-tend tout le régime constitutionnel et doit guider toutes les activités des pouvoirs publics.

La Constitution n'indique pas ce qu'il faut entendre exactement par « dignité de l'être humain ». Et le Tribunal fédéral laisse lui aussi volontairement une grande marge d'appréciation quand il y voit la « valeur ultime, insaisissable, de l'être humain »<sup>40</sup>. Ce qui est établi, en revanche, c'est que tous les êtres humains ont le même droit à la dignité. Il n'y a ni vie humaine moins digne d'être vécue qu'une autre, ni vie humaine ayant moins de valeur qu'une autre<sup>41</sup>.

Classer les individus dans des catégories auxquelles on attribuerait des valeurs différentes est incompatible avec le droit à la dignité. On bafouerait donc ce droit en refusant un traitement médical à une personne âgée parce que l'on estime qu'il

<sup>39</sup> Les développements du présent chapitre se fondent sur l'ouvrage de Belsler et Waldmann. Pour des approfondissements, voir Ehrenzeller, Schindler, Schweizer et Vallender.

<sup>40</sup> ATF 127 I 6, p. 14, consid. 5b.

<sup>41</sup> ATF 98 Ia 508, p. 515, consid. 4b.

ne vaut plus la peine de lui en faire bénéficier en raison de son grand âge. Toute vie humaine a la même valeur intangible, et cela, jusqu'à la mort.

Le respect de la dignité humaine interdit aussi de chosifier une personne dans un but précis (pour faire avancer la recherche, par exemple) : toute personne, quel que soit son âge ou son état de santé, est une fin en soi, et jamais un moyen. Il n'est pas admissible, par exemple, de tester un médicament sur une personne incapable de discernement, ou alors seulement lorsque des conditions très strictes sont réunies.

La dignité humaine bénéficie d'une protection absolue et ne saurait en aucun cas être limitée, ce qui fait d'elle un principe essentiel dans la réalisation d'autres droits tels que l'interdiction de la discrimination ou celle de la torture.

### 3.2 Interdiction de discriminer

**Article 8, alinéa 2 de la Constitution fédérale :**

Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment [...] de son âge [...].

**Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme\***

**Article 2, alinéa 2 du Pacte social des Nations Unies\***

**Article 2, alinéa 1 du Pacte civil des Nations Unies\***

Il faut distinguer la notion de discrimination au sens courant du terme de la discrimination interdite par la Constitution. Il y a discrimination au sens de la Constitution, et donc infraction, lorsqu'une inégalité de traitement se fonde sur une raison généralement réprouvée, telle que l'appartenance à une race déterminée ou à un genre sexuel, qu'elle porte préjudice à la personne en question et qu'elle ne repose pas sur un juste motif (« justification qualifiée »).

Si l'âge figure parmi les motifs de discrimination explicitement interdits par la Constitution fédérale dans son article 8, alinéa 2, le Tribunal fédéral le considère toutefois comme un fait constitutif de discrimination d'un genre « atypique »<sup>42</sup>. D'une part, il n'est pas exclusivement associé à des stéréotypes négatifs, mais véhicule

\* Ces dispositions comprennent des interdictions de discriminer qui ne s'appliquent que dans le cadre de la convention concernée.

<sup>42</sup> ATF 138 I 265, p. 268, consid. 4.3.

aussi des images positives (la sagesse, l'expérience, etc.<sup>43</sup>). D'autre part, la majorité des personnes appartiendront tôt ou tard à la catégorie des aîné-e-s, ce qui distingue fondamentalement l'âge des autres caractéristiques telles que le genre ou la race, que l'individu garde en général tout au long de sa vie<sup>44</sup>. En raison de ces particularités, le Tribunal fédéral se montre moins sévère envers les discriminations en raison de l'âge qu'envers celles fondées sur la race ou le genre<sup>45</sup>.

L'interdiction de discriminer qui figure dans la Constitution fédérale ne vise que les mesures prises par l'État. Elle ne s'applique donc pas aux inégalités de traitement qui sont le fait de particuliers ou d'entreprises et dont les personnes âgées font souvent l'expérience dans le domaine du droit du bail, du travail ou des assurances privées. Il n'est donc possible de recourir en justice contre ces inégalités de traitement que dans les domaines pour lesquels le législateur a concrétisé l'interdiction de discriminer dans une loi spéciale, comme c'est le cas avec la loi sur l'égalité entre hommes et femmes ou encore avec la loi sur l'égalité pour les handicapés.

Une discrimination peut être directe ou indirecte. Il y a discrimination directe lorsqu'une inégalité de traitement se fonde directement sur l'âge de la personne concernée. Il y a discrimination indirecte, en revanche, lorsqu'une inégalité de traitement semble a priori neutre, parce qu'elle ne contient pas de référence explicite à l'âge, mais que, de fait, elle se révèle très souvent préjudiciable pour les personnes âgées (ou les jeunes). Par exemple, le fait de ne proposer que sur la Toile des prestations publiques d'une certaine importance pourrait constituer une discrimination indirecte, en cela qu'il lèse en particulier les personnes âgées, qui utilisent nettement moins internet que la moyenne de la population<sup>46</sup>.

Pour déterminer s'il y a discrimination en raison de l'âge, il convient de se poser les trois questions suivantes<sup>47</sup> :

- 
1. Une personne a-t-elle été traitée de manière différente que d'autres personnes dans une situation comparable, et a-t-elle de ce fait subi un préjudice ?
- 

<sup>43</sup> Rehberg et Moser, p. 159.

<sup>44</sup> Schefer et Rhinow, p. 7 s., n. 37.

<sup>45</sup> ATF 138 I 265, p. 268, consid. 4.3.

<sup>46</sup> OFS, Statistiques de l'utilisation d'internet.

<sup>47</sup> Naguib, Pärli, Copur et Studer, p. 49 s. Voir aussi Akkaya, Belsler, Egbuna-Joss et Jung-Blattmann, p. 39.

---

2. Cette inégalité de traitement se fonde-t-elle sur l'âge de la personne (discrimination directe) ou s'agit-il d'une disposition apparemment neutre qui se révèle, dans les faits, être préjudiciable pour les personnes âgées (discrimination indirecte) ?

---

3. L'inégalité de traitement intervient-elle sans juste motif (justification qualifiée) ?

---

Si la réponse à ces trois questions est affirmative, il y a discrimination du fait de l'âge et, partant, violation de l'interdiction de discriminer.

La question de la discrimination se pose aussi lorsque l'on traite tous les individus de la même manière alors que certaines personnes présentant des caractéristiques déterminées devraient bénéficier de mesures particulières. C'est le cas par exemple quand, avant les votations, l'administration publique envoie à toutes les citoyennes et tous les citoyens la même brochure, dont les petits caractères sont illisibles pour les personnes malvoyantes. L'interdiction de discriminer comprenant aussi l'obligation de supprimer les obstacles, il convient, dans ces cas, de voir si l'État a failli à son obligation de garantir l'égalité effective de tous les individus. Dans les trois questions ci-dessus, il faut alors remplacer la première question par la suivante : une personne a-t-elle été traitée de la même manière que d'autres personnes, sans tenir compte de différences effectives importantes ?

### 3.3 Droit à la vie

┌  
**Article 10, alinéa 1 de la Constitution fédérale :**

Tout être humain a droit à la vie.

**Article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme**

**Article 6, alinéa 1 du Pacte civil des Nations Unies**  
└

Dans sa conception traditionnelle, le droit à la vie constitue un droit à l'abstention, ce qui signifie que l'État doit s'abstenir de toute action qui pourrait mettre en danger la vie de ses citoyen-ne-s : la peine de mort, de même que l'expulsion ou l'extradition vers un pays pratiquant la peine de mort, sont par exemple interdites. Depuis un certain temps cependant, on considère que du droit à la vie découlent

aussi des droits à la protection : l'État doit prendre toutes les mesures que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour protéger les individus habitant sur son territoire d'atteintes à leur vie de la part de particuliers – que ce soit en établissant une planification (dans le domaine de la santé par ex.), en exerçant une surveillance (des homes par ex.) ou en intervenant dans des cas précis (en prenant une mesure de protection de l'adulte par ex.). Cette obligation qu'a l'État de protéger les individus est d'autant plus étendue qu'une personne se trouve dans une situation de dépendance particulière envers lui, ce qui est le cas des pensionnaires des EMS publics ou subventionnés.

Le droit à la vie se concrétise entre autres par l'interdiction de tuer inscrite dans plusieurs dispositions du droit pénal. En cas d'homicide, l'État est tenu d'enquêter sur la cause de la mort et de juger la ou le responsable. Et si les faits se sont produits dans un EMS, il ne peut se borner à sanctionner pénalement la ou le responsable. Il doit en particulier vérifier que sa surveillance sur l'établissement en question a fonctionné de manière satisfaisante et s'assurer, si le personnel a été accusé de négligence, que toute la lumière a été faite.

Le droit à la liberté personnelle et la protection du droit à la vie peuvent parfois entrer en concurrence. En vertu de la liberté personnelle, l'État doit notamment respecter la volonté d'une personne de mettre fin à ses jours en sollicitant les services d'une organisation d'aide au suicide. Il est tenu toutefois de s'assurer que le souhait exprimé constitue effectivement la volonté d'une personne libre et informée, et ne résulte pas de la crainte de générer des coûts ou de devenir une charge pour les proches.

La question de savoir jusqu'où va la protection de la vie se pose aussi pour ce que l'on appelle l'euthanasie active indirecte, qui consiste à administrer à un-e patient-e des médicaments qui soulagent ses souffrances ou ses angoisses, mais réduisent sa durée de vie. Cette pratique, bien que courante en médecine palliative, est très peu réglementée. La jurisprudence et la doctrine estiment toutefois qu'elle n'enfreint en rien la Constitution si elle correspond à la volonté de la personne concernée (ou de la personne autorisée à la représenter, le cas échéant) et respecte sa dignité.

### **3.4 Droit à l'intégrité physique et psychique**

┌  
**Article 10, alinéa 2 de la Constitution fédérale :**

Tout être humain a droit [...] à l'intégrité physique et psychique [...].

**Article 17 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées**  
└

Le droit à l'intégrité physique comprend le droit de disposer librement de son corps. Il protège l'individu de toute atteinte non désirée à son corps, y compris des atteintes indolores (couper les cheveux ou raser la barbe) et des actes médicaux réalisés afin de guérir la personne ou d'atténuer ses souffrances (injection, prise de sang, vaccin, intervention chirurgicale, etc.).

Le droit à l'intégrité *psychique* protège la santé mentale. Les agents publics doivent s'abstenir de toute action qui dévalorise la personne à ses propres yeux ou la font souffrir moralement. Ainsi, des agent-e-s de police, des médecins ou encore des travailleuses et travailleurs sociaux qui humilieraient un individu en public, le rabaisseraient ou le ridiculiserait porteraient atteinte à son intégrité psychique.

Le droit à l'intégrité psychique comprend aussi le droit de pouvoir se forger une opinion sur une situation donnée sans subir de manipulation de la part des représentant-e-s des pouvoirs publics. Administrer par la force ou à l'insu de la personne concernée des substances psychotropes, comme des calmants ou des somnifères, viole donc le droit à l'intégrité psychique. Cette pratique est tout de même permise lorsque de strictes conditions sont réunies.

Il est souvent difficile de distinguer l'intégrité physique de l'intégrité psychique : le fait d'administrer de force des médicaments, par exemple, peut porter atteinte tant à l'intégrité physique qu'à l'intégrité psychique de la personne.

Pour être licites, les atteintes d'une certaine gravité à l'intégrité physique ou psychique doivent avoir été autorisées par un acte législatif du Parlement : une ordonnance du Conseil fédéral ou d'une autorité cantonale ne suffit pas. Par ailleurs, plus l'atteinte est grave, plus la base légale permettant d'y recourir doit être détaillée.

### 3.5 Interdiction de la torture

**Article 10, alinéa 3 de la Constitution fédérale :**

La torture et tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants sont interdits.

**Article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme**

**Article 7 du Pacte civil des Nations Unies**

**Convention de l'ONU contre la torture**

**Articles 15 et 16 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées**

L'interdiction de la torture et de tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants protège les individus de graves atteintes ou souffrances physiques

ou psychiques. Elle est absolue et ne peut donc en aucun cas être assouplie. Pour savoir si un acte tombe sous le coup de l'interdiction de la torture, il faut en examiner les circonstances. Des facteurs tels que la durée et l'intensité du mauvais traitement mais aussi l'état de santé, l'âge et le genre de la victime peuvent jouer un rôle. Dans un arrêt de 2008, la CourEDH a qualifié de traitement dégradant le fait de contraindre un homme de plus de 70 ans à effectuer son service militaire. Dans ses considérations, la CourEDH a critiqué, outre le recrutement lui-même, le fait que l'État en question – la Turquie – n'ait en rien adapté le service militaire à l'âge et à la constitution de cet homme<sup>48</sup>.

Des actes qui semblent a priori moins graves peuvent aussi tomber sous le coup de l'interdiction de la torture et de tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants. C'est notamment le cas lorsqu'une personne se fait insulter, menacer, ridiculiser, humilier en public, abandonner ou traiter comme une personne dépendante alors qu'elle ne l'est pas.

Un traitement dégradant peut violer à la fois l'interdiction de la torture et le droit à la dignité. Une affaire a fait grand bruit en 2009 en Suisse : un groupe de soignantes était soupçonné d'avoir filmé nues des personnes atteintes de démence. Une enquête administrative menée sur mandat de la Ville de Zurich avait conclu que certains de ces films et photographies, qui avaient été réalisés de manière illicite, « violaient de manière particulièrement choquante [...] la dignité des pensionnaires »<sup>49</sup>. Diverses recommandations furent alors faites pour éviter que de pareils cas ne se reproduisent. De son côté, Curaviva, l'association des homes et institutions sociales suisses, a édicté une directive relative aux prises de vue et de sons dans les institutions<sup>50</sup>.

L'interdiction des traitements inhumains ou dégradants s'étend aussi aux rapports entre particuliers. En raison de son obligation de protéger les individus, l'État est en effet tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher que ne surviennent entre particuliers, notamment en raison d'une surcharge de travail, des situations dans lesquelles les valeurs figurant dans la Constitution ne sont pas respectées.

**48** Arrêt de la CourEDH 63748/00 (Taştan c. Turquie) du 4 mars 2008, chiffres marginaux 30 s.

**49** Ville de Zurich, Entlisberg.

**50** Curaviva, Directive.

### 3.6 Droit à la santé

**Article 41, alinéa 1, lettre b de la Constitution fédérale :**

La Confédération et les cantons s'engagent à ce que [...] toute personne bénéficie des soins nécessaires à sa santé.

**Article 12 du Pacte social des Nations Unies**

**Articles 25 et 26 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées**

Si, en Suisse, le droit à la santé ne constitue pas un droit fondamental justiciable, la Constitution fédérale considère toutefois la fourniture de soins adéquats comme un but social et oblige la Confédération et les cantons à œuvrer à sa réalisation. L'assurance maladie obligatoire, qui assure financièrement les personnes en cas de maladie, est l'un des principaux instruments de concrétisation de ce but.

L'assurance maladie ne garantit pas le droit à la gratuité des prestations médicales, puisque les assurés doivent, d'une part, participer aux coûts généraux du système de santé, en s'acquittant de leurs primes d'assurance maladie et de leurs impôts et, d'autre part, participer au financement de chaque prestation qui leur est fournie.

L'assurance maladie ne prend pas non plus en charge toutes les prestations souhaitées par les assuré-e-s : seules les prestations dites efficaces, adéquates et économiques sont remboursées. Or, l'âge peut figurer parmi les facteurs pris en compte pour juger de l'efficacité ainsi que du caractère adéquat et économique d'une prestation<sup>51</sup>.

Les assuré-e-s peuvent choisir librement par quelle doctoresse ou quel docteur et dans quel hôpital ils souhaitent se faire soigner. Toutefois, comme seuls les coûts habituels dans le lieu de vie ou de travail sont remboursés, le libre choix des personnes à revenus modestes est, de fait, limité.

Le libre choix du médecin est aussi garanti dans les EMS, et seuls des motifs valables peuvent justifier des exceptions. Des raisons économiques ou organisationnelles – faciliter la communication entre le personnel du home et le corps médical, par exemple – ne suffisent pas.

<sup>51</sup> ATF 131 V 271, p. 278, consid. 4 et ATF 136 I 121, p. 128, consid. 5.3.



### 3.7 Liberté de mouvement

**Article 10, alinéa 2 de la Constitution fédérale :**

Tout être humain a droit à [...] la liberté de mouvement.

**Article 12, alinéa 1 du Pacte civil des Nations Unies**

**Article 9 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées**

La liberté de mouvement, qui garantit le droit de se déplacer à son gré, est entravée par le recours à des moyens mécaniques (draps de contention, lit à barreaux, immobilisation des poignets ou des chevilles, verrouillage des portes, etc.), médicaux (injections de calmants par ex.) ou électroniques (caméras de surveillances, détecteurs de lumière, émetteurs GPS, capteurs dans le matelas, etc.).

La liberté de mouvement ne peut toutefois pas seulement être limitée de manière active, mais aussi de manière passive, comme lorsqu'une personne dépendante se voit refuser un moyen auxiliaire tel qu'un déambulateur ou un fauteuil roulant. Il est par conséquent problématique que la liste des moyens auxiliaires de l'AVS soit bien plus réduite que celle de l'AI.

La liberté de mouvement peut aussi être limitée par l'absence d'agencements qui permettraient à des personnes âgées de se mouvoir librement, comme des mains courantes ou des rampes pour fauteuil roulant. La loi sur l'égalité pour les handicapés (LHand) joue un rôle essentiel en la matière. Elle oblige en effet la Confédération, les cantons et les communes à œuvrer sans relâche à l'élimination des obstacles à la mobilité. Par exemple, les infrastructures et les véhicules des entreprises suisses de transport devront être accessibles d'ici fin 2023. Actuellement, 35 % des gares seulement, par lesquelles transitent tout de même 64 % des passagers, respectent les normes légales en la matière<sup>52</sup>.

La liberté d'établissement (article 24 Cst.), qui comprend notamment la liberté de choisir librement son lieu de domicile, constitue une expression particulière de la liberté de mouvement. Seules en bénéficient les personnes de nationalité suisse et les titulaires d'une autorisation d'établissement. Ces personnes ont donc en principe le droit, même à un grand âge, de décider de déménager et de changer de commune de domicile. Cette liberté peut toutefois être limitée lorsqu'elles doivent être prises en charge ou qu'elles reçoivent des prestations complémentaires.

52 OFT, Accessibilité des transports publics.

### 3.8 Droit à la liberté personnelle

**Article 10, alinéa 2 de la Constitution fédérale :**

Tout être humain a droit à la liberté personnelle [...].

**Article 19 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées**

Le droit à la liberté personnelle comprend le droit à l'autodétermination de l'individu pour ce qui est des aspects fondamentaux de son existence. Tant qu'une personne est capable de discernement, elle prend elle-même les principales décisions qui concernent sa personne et sa vie, et les pouvoirs publics comme les particuliers doivent respecter ses décisions.

Le droit à la liberté personnelle n'est pas une liberté générale d'action que pourraient invoquer les particuliers face à tout acte des pouvoirs publics. Elle ne protège que les décisions particulièrement importantes pour le développement de la personnalité, comme celles concernant le mode de vie au quotidien, la vie sociale ou l'épanouissement sexuel.

Tout individu a le droit de décider quelles relations sociales il souhaite, ou ne souhaite pas, entretenir. Lorsqu'une personne vivant dans un home désire manger seule à table, ce vœu doit si possible être respecté. Il en va de même si elle émet des préférences pour un-e voisin-e de table en particulier.

La liberté personnelle s'étend aussi aux décisions concernant le lieu de vie. La personne qui décide d'aller vivre en EMS a le droit d'aménager sa chambre selon ses goûts personnels et, en particulier, de la meubler avec ses propres meubles. Ce droit n'est toutefois pas absolu. S'il s'agit par exemple d'une table de chevet, rien ne devrait s'y opposer, mais si c'est d'un lit dont il est question, et qu'il n'est pas réglable en hauteur, la protection de la santé du personnel justifie de ne pas accéder à ce vœu.

Certaines personnes qui s'apprêtent à aller en home aimeraient y emmener leur animal de compagnie, et des institutions s'y opposent pour des raisons de bruit, de place et d'hygiène. Étant donné que devoir se séparer d'un animal avec lequel on a établi un fort lien affectif constitue une restriction de la liberté personnelle, il n'est pas justifié d'interdire par principe les animaux dans les EMS. Il convient plutôt de procéder à des examens au cas par cas, et de prendre des décisions en fonction, par exemple, de l'espèce et de la race de l'animal<sup>53</sup>.

53 Cherubini, p. 166, n. 337.

Le droit à l'autodétermination comprend aussi le droit de décider de sa propre mort et du sort à réserver à son cadavre (prélèvement d'organes, mise à disposition de la science, type d'inhumation, etc.). Les personnes capables de discernement qui désirent mourir peuvent décider elles-mêmes de la date de leur mort, et de la méthode ; elles peuvent demander l'aide de proches ou d'une organisation d'aide au suicide. Au même titre que le suicide, l'aide au suicide n'est pas punissable en Suisse, pour autant toutefois qu'elle ne soit pas réalisée pour des motifs égoïstes. Les proches sont eux aussi libres de décider comment ils entendent réagir dans ces circonstances, car il en va également de leur propre liberté personnelle. Enfin, signalons que l'État n'est pas tenu d'aider activement une personne à se suicider.

### **3.9 Liberté de conscience et de croyance**

┌  
**Article 15, alinéa 1 de la Constitution fédérale :**

La liberté de conscience et de croyance est garantie.

**Article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme**

**Article 18 du Pacte civil des Nations Unies**  
└

La notion de liberté de conscience et de croyance, relativement étendue, comprend les convictions de la personne, qu'elles englobent ou non la croyance en un dieu. Elle protège les croyant-e-s, qu'ils soient chrétiens, juifs ou musulmans, au même titre que les athées, les anthroposophes ou encore les pacifistes. La liberté de conscience et de croyance accorde la même protection à toutes les croyances, religions et convictions, peu importe qu'elles soient peu ou très répandues, ou qu'elles soient traditionnellement présentes en Suisse ou pas.

La liberté de conscience et de croyance crée avant tout des droits à l'abstention : l'État n'a pas à s'immiscer dans ce domaine. Que l'individu croie ou non en un dieu, qu'il souhaite pratiquer sa religion seul ou à plusieurs ne le concerne pas. Les EMS publics doivent donc accepter aussi bien le désir des pensionnaires de prendre part à des pratiques religieuses telles que messes ou cultes, fêtes de Noël ou prière avant les repas, que leur désir de ne pas y participer.

La liberté de conscience et de croyance crée toutefois aussi des droits à la protection : l'État est en effet tenu de prendre les mesures nécessaires pour éviter que des particuliers restreignent la liberté de conscience et de croyance d'autres individus. Ainsi, un soignant qui remarquerait qu'un résident subit des pressions de la part de ses proches sur des questions religieuses se doit d'intervenir.

Dans certaines situations, la liberté de conscience et de croyance génère aussi des obligations pour l'État de fournir certaines prestations. Un EMS qui ne propose que des rites chrétiens est par exemple tenu de s'occuper du transport d'une pensionnaire de confession juive à une synagogue.

Dans sa pratique, l'État doit aussi respecter le principe de neutralité religieuse et confessionnelle. Les conditions d'admission dans un EMS doivent par conséquent être les mêmes pour toutes les personnes, quelle que soit leur croyance. Ce principe de neutralité religieuse n'interdit toutefois pas à l'État de subventionner des institutions ayant une orientation confessionnelle. L'institution qui bénéficie de ces subventions doit néanmoins accepter certaines restrictions de sa liberté de conscience et de croyance. Un canton peut par exemple obliger un EMS qu'il subventionne à tolérer une assistance au suicide dans ses locaux, même si cela heurte les convictions éthiques de l'institution qui le gère. Selon le Tribunal fédéral, la liberté personnelle de la patiente ou du patient de choisir la forme et le moment de sa mort l'emporte en l'occurrence sur les intérêts de cette institution<sup>54</sup>.

### 3.10 Protection de la vie privée

**Article 13, alinéa 1 de la Constitution fédérale :**

Toute personne a droit au respect de sa vie privée [...].

**Article 13, alinéa 2 de la Constitution fédérale :**

Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent.

**Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme**

**Article 17 du Pacte civil des Nations Unies**

**Article 22 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées**

Toute personne a droit à un minimum de vie privée, et doit pouvoir se retirer dans des lieux auxquels ni des agents publics ni des tiers non désirés n'ont accès. Qu'il s'agisse du domicile (balcon et terrasse y compris), de la maison de vacances, du mobile home ou de la chambre d'hôtel : les représentant-e-s des pouvoirs publics ne peuvent y pénétrer qu'à titre exceptionnel, et en se fondant sur une base légale suffisante, à moins d'y avoir été autorisés par l'individu concerné.

54 ATF 142 I 195, p. 212, consid. 5.8.

La chambre d'une personne résidant dans un EMS fait partie de sa sphère privée et doit, en tant que telle, être respectée par le personnel. La personne âgée a droit à ce que l'on frappe avant d'y entrer (sauf situation exceptionnelle) et à ce qu'on lui laisse y tenir une armoire sous clé pour y déposer ses affaires personnelles.

Il arrive que les aîné-e-s, surtout s'ils ont besoin d'une prise en charge intensive, partagent une chambre avec d'autres personnes. Afin de garantir un minimum d'intimité, ces chambres doivent au moins disposer de séparations mobiles et d'endroits où déposer les effets personnels.

Le secret des communications fait également partie de la protection de la vie privée. Les agents publics ne sont donc pas autorisés, sauf dans des cas exceptionnels, à surveiller le courrier postal, les communications par internet ou les appels téléphoniques des citoyen-ne-s. Les employé-e-s des EMS financés ou co-financés par l'État étant eux aussi des agents publics, ils ne peuvent donc pas lire le courrier ou les courriels des pensionnaires sans leur accord.

Enfin, les données personnelles doivent être protégées contre toute utilisation abusive. Il est ainsi interdit de rendre publiques ou de transmettre à des tiers non autorisés des informations concernant la vie privée des personnes. Le droit à la sphère privée comprend en particulier le traitement confidentiel des informations relatives à l'état de santé et à la situation financière de la personne âgée. Si, par exemple, un aîné souffrant d'une maladie ne veut pas que ses enfants en soient informés, le personnel médical doit respecter ce souhait.

### **3.11 Droit à la vie de famille**

---

**Article 13, alinéa 1 de la Constitution fédérale :**

Toute personne a droit au respect [...] de sa vie familiale [...].

**Article 14 de la Constitution fédérale :**

Le droit au mariage et à la famille est garanti.

**Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme**

**Articles 17 et 23 du Pacte civil des Nations Unies**

**Article 23 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées**

---

Les deux articles de la Constitution qui réglementent la question des droits fondamentaux relatifs à la famille se distinguent par leur domaine d'application. Tandis que la protection octroyée par l'article 13 Cst. est de large portée, et s'étend par exemple aux partenaires enregistrés, aux couples non mariés et à leurs enfants

ainsi qu'à d'autres personnes entretenant d'étroits liens familiaux, l'article 14 Cst. se fonde sur la notion classique du mariage et de la famille, et ne protège que les couples mariés – et donc hétérosexuels – et leurs éventuels enfants.

L'article 14 Cst. garantit le droit de s'unir par le mariage à la personne de sexe opposé de son choix. Ce droit est notamment limité par l'interdiction des unions dont le seul but est de contourner la loi sur les étrangers, et les offices de l'état civil mènent parfois de minutieuses enquêtes pour éviter les « mariages blancs ». On est en droit de se demander s'ils respectent toujours, ce faisant, le principe de proportionnalité inscrit à l'article 36 Cst. Le fait notamment de considérer une grande différence d'âge comme un indice de mariage blanc soulève des interrogations au regard de l'interdiction de discriminer inscrite dans la Constitution.

L'article 14 Cst. garantit le droit de fonder une famille. Seuls les couples hétérosexuels mariés peuvent l'invoquer, mais même pour ces personnes, il n'est pas absolu. Le droit à l'adoption, par exemple, peut, pour le bien de l'enfant, être limité à une catégorie d'âge déterminée.

L'article 13 Cst. garantit le droit à la vie de famille au sens large : il assure à tout individu le droit de nouer des relations familiales, de les vivre et de les entretenir comme il l'entend. Cet article garantit toutefois aussi la liberté de rompre ces liens familiaux, raison pour laquelle les EMS doivent respecter le vœu d'une personne âgée qui ne souhaiterait pas recevoir de visites de l'un de ses enfants.

Lorsque les personnes âgées perdent leur mobilité, elles ont de la peine à entretenir leurs relations. Elles désirent donc souvent emménager dans un home proche du domicile de leurs enfants, mais le régime de financement des soins actuellement en vigueur entrave parfois leur droit à la vie de famille.

### 3.12 Droit au travail

#### **Article 41, alinéa 1, lettre d de la Constitution fédérale :**

La Confédération et les cantons s'engagent à ce que [...] toute personne capable de travailler puisse assurer son entretien par un travail qu'elle exerce dans des conditions équitables.

#### **Articles 6 et 7 du Pacte social des Nations Unies**

Le droit au travail figure certes dans la Constitution fédérale, mais pas à titre de droit fondamental justiciable, seulement à titre de but social : la Confédération et les cantons sont tenus de prendre « les mesures nécessaires » pour que les

travailleuses et travailleurs puissent gagner de quoi vivre « dans des conditions équitables ».

La Constitution ne définit pas ces mesures, mais le législateur a en revanche précisé, notamment dans la loi sur le travail, ce qu'il faut entendre par « conditions équitables ». Cependant, s'il a édicté des dispositions concrètes pour protéger les jeunes travailleuses et travailleurs – durée maximale de travail réduite, repos de plus longue durée, interdiction du travail de nuit – il n'a pas jugé nécessaire de le faire pour les travailleuses et travailleurs âgés. Plusieurs conventions collectives de travail prévoient néanmoins des conditions spéciales pour les personnes d'un certain âge, comme davantage de semaines de vacances<sup>55</sup>. En outre, certains employeurs prennent de leur propre chef des mesures afin de garder plus longtemps leurs séniors.

En Suisse, les travailleuses et travailleurs âgés se retrouvent certes moins souvent au chômage que les jeunes, mais une fois qu'ils y sont, ils ont plus de peine à retrouver un emploi<sup>56</sup>. Si ce phénomène s'explique par plusieurs facteurs, par le manque de formation ou d'expérience par exemple, la discrimination du fait de l'âge n'y est pas non plus étrangère.

Pour les travailleuses et travailleurs âgés, il est par conséquent particulièrement important de garder son emploi. La Suisse appliquant le principe de la liberté de licencié, un employeur peut mettre fin à un contrat de travail sans invoquer de raison particulière. Cette liberté de congédier est toutefois limitée par l'interdiction des abus. Et pour juger du caractère abusif ou non d'un licenciement, la ou le juge prend notamment en compte l'âge de la personne licenciée et la durée des rapports de travail<sup>57</sup>.

L'assurance-chômage prévoit un régime d'indemnités spécial pour les personnes de plus de 55 ans qui perdent leur emploi : à condition d'avoir cotisé au moins 22 mois, elles ont droit à 520 indemnités journalières, auxquelles s'ajoutent 120 indemnités journalières supplémentaires pour celles qui atteindront dans les quatre ans l'âge ordinaire de la retraite.

Les séniors ont le droit de rester professionnellement actifs ou actives même une fois qu'elles ou ils ont dépassé l'âge de la retraite. Le droit des assurances sociales et le droit fiscal ne prévoient cependant rien qui favoriserait le travail des aîné-e-s. De plus, des limites d'âge sont imposées pour certaines fonctions.

Dans un arrêt, le Tribunal fédéral a jugé acceptable la décision du canton de Neuchâtel de fixer à 70 ans la limite d'âge pour le notariat libre, précisant que

<sup>55</sup> Cf. par ex. CCT des CFF, p. 47, ch. 73.

<sup>56</sup> SECO, Chômeurs âgés.

<sup>57</sup> Arrêt du TF 4A\_384/2014 du 12 novembre 2014, consid. 4.2.2.

les capacités physiques et intellectuelles des individus diminuaient en général et qu'il était de plus nécessaire de permettre un renouvellement des notaires en exercice<sup>58</sup>. Si une telle généralisation est certes problématique, étant donné que le processus de vieillissement est très individuel et que bien des personnes gardent leurs compétences physiques et intellectuelles même dans le grand âge, le Tribunal fédéral a estimé qu'elle était tout de même de l'ordre du raisonnable vu que la limite fixée est relativement élevée et qu'il s'agit là de fonctions qui demandent un grand engagement en temps et en ressources personnelles.

### 3.13 Droit au logement

#### **Article 41, alinéa 2, lettre e de la Constitution fédérale :**

La Confédération et les cantons s'engagent [...] à ce que toute personne en quête de logement puisse trouver, pour elle-même et sa famille, un logement approprié à des conditions supportables.

#### **Article 11 du Pacte social des Nations Unies<sup>59</sup>**

La Constitution fédérale ne fait pas du droit au logement un droit fondamental justiciable, mais la Confédération et les cantons sont tenus de s'engager afin que toute personne en quête de logement puisse en trouver un approprié, à des conditions supportables.

Afin d'atteindre cet objectif, la Confédération soutient par exemple la construction de logements et tient compte, ce faisant, des besoins particuliers des personnes âgées. Elle a notamment publié un aide-mémoire sur la conception de bâtiments d'habitation adaptés aux personnes âgées et soutient des projets innovants dans le domaine.

Les aîné-e-s décident en principe eux-mêmes dans quel lieu et selon quelles modalités ils veulent se loger. Ils sont libres de choisir entre ville ou campagne ainsi qu'entre logement personnel, location ou chambre dans un EMS. De nombreux facteurs viennent toutefois limiter cette liberté de choix. Dans certains cantons par exemple, par manque de place dans les EMS, seules les personnes ayant besoin

<sup>58</sup> ATF 124 I 297, pp. 301 et 303, consid. 4c.

<sup>59</sup> En tant qu'expression du droit à un niveau de vie suffisant.



d'un certain degré de prise en charge y sont acceptées. Il peut donc arriver qu'un individu reste chez lui plus longtemps que ce qu'il aurait voulu.

L'inverse peut aussi se produire. À partir d'un certain degré de dépendance, il revient plus cher de suivre une personne à domicile que dans un home. Si le suivi est quatre ou cinq fois plus onéreux à domicile qu'en home, ou s'il dépasse les 100 000 francs par an, les assurances maladie ne sont en principe plus obligées de le rembourser, ce qui contraint la personne à aller dans un EMS<sup>60</sup>. En raison du droit au libre-choix du lieu de domicile, les assureurs ne sauraient prendre automatiquement comme base de décision la limite de coût<sup>61</sup>. Ils doivent traiter chaque cas individuellement et prendre donc en compte des facteurs tels que la situation familiale de l'assuré-e.

**60** ATF 136 V 395, p. 411, consid. 7.6.2.

**61** Kälin, Künzli, Wytttenbach, Schneider et Akagündüz, p. 71.





## Deuxième partie

### Présentation de cas concrets



Nous présentons dans cette partie des exemples qui illustrent, dans la perspective des droits fondamentaux et des droits humains, les principales questions concernant les personnes âgées, et la façon dont elles peuvent être abordées.

Ces cas ont été choisis de manière à couvrir une grande diversité de catégories d'âge et de situations. Nous les avons classés dans quatre domaines thématiques particulièrement importants pour les personnes âgées : le travail ; la vie privée et la famille ; le logement et la vie quotidienne dans les homes ; la santé. Chacun de ces domaines soulève des questions de discrimination, d'autonomie, de participation à la vie de la société, de mobilité et de violence, autant de thèmes transversaux qui ne seront pas traités à part, mais dans le cadre des quatre domaines mentionnés.

Étant donné que toute atteinte aux droits fondamentaux doit remplir les conditions de l'article 36 Cst. pour être licite, il aurait fallu poser, pour chacun des cas d'espèce qui suivent, la liste de questions présentée au point 1.6. Ces développements n'étant pas possibles dans le cadre de ce guide, nous nous sommes limités à en relever les principaux éléments.

## 1 Travail

S'il est régulièrement question, dans le débat public, des « discriminations » dont seraient victimes les personnes d'un certain âge dans la vie professionnelle, les inégalités de traitement observées ne constituent toutefois pas toujours une discrimination au sens juridique du terme. Dans ce chapitre, nous apportons un éclairage sur cette distinction à l'aide de plusieurs cas concrets.

Pour chacun de ces exemples, nous commençons par donner une brève analyse juridique de la situation, suivant que l'employeur est un acteur public ou privé, sans toutefois approfondir les deux cas de figure, toujours par manque de place. Si la distinction entre acteurs publics et acteurs privés est essentielle, c'est parce que seuls les employeurs publics sont directement liés par l'interdiction de discriminer inscrite dans la Constitution. Il existe bien, pour certaines caractéristiques précises telles que le genre et le handicap, des lois qui génèrent aussi des obligations pour les employeurs privés, mais ce n'est pas le cas de l'âge, qui ne fait pas l'objet d'une loi spécifique.

### 1.1 Mention de l'âge dans les offres d'emploi

#### Cas d'espèce

*Une femme de 45 ans est à la recherche d'un nouveau défi professionnel. Une offre d'emploi publiée sur internet retient son attention. Comme il y est mentionné qu'on recherche une personne « jeune et dynamique », elle estime que ses chances d'être invitée à un entretien sont minces et ne postule pas.*

## **Droits en jeu**

Interdiction de la discrimination

Droit au travail

## **Questions juridiques**

Bien des gens trouvent discriminatoires les offres d'emploi qui mentionnent une limite d'âge. Mais s'agit-il vraiment d'une discrimination au sens juridique du terme ? Et comment procéder face à une annonce discriminatoire ?

## **Analyse juridique**

Pour pouvoir faire valoir une discrimination en justice, il faut faire valoir un intérêt digne d'être protégé. Dans cet exemple, pour qu'il y ait un intérêt digne de protection, il faut que cette femme présente sa candidature au poste mis au concours et reçoive une réponse négative. Ensuite, il faut distinguer deux cas de figure, celui de l'employeur public et celui de l'employeur privé.

Les employeurs *publics* sont directement liés par l'interdiction constitutionnelle de discriminer. Pour la Confédération, les cantons, les communes, les universités, les hôpitaux publics, les CFF ou encore la Poste, toute inégalité de traitement fondée sur l'âge est donc en principe interdite.

L'interdiction de la discrimination s'applique dès l'embauche. Il est toutefois admissible, dans des cas exceptionnels, que des motifs tels que compétences, formation ou expérience légitiment une inégalité de traitement envers des candidat-e-s jeunes ou âgé-e-s. Il est par exemple en principe licite de préférer une candidate plus âgée à une plus jeune pour un poste de direction, en raison de sa plus grande expérience à la tête d'une équipe, mais il serait problématique de conclure qu'un-e candidat-e âgé-e aura systématiquement plus d'expérience qu'un-e jeune dans la direction d'une équipe. En effet, une jeune candidate peut tout à fait avoir autant, sinon davantage d'expérience dans le domaine qu'une concurrente plus âgée.

Fixer une limite d'âge dans une offre d'emploi revient à faire ce genre de généralisations, qui excluent toute possibilité de juger au cas par cas. Des candidat-e-s potentiel-le-s sont réduits à leur âge, ce qui ne leur permet pas de démontrer, par exemple lors d'un entretien, en quoi ils répondent au profil de compétences professionnelles et humaines exigé pour le poste. Mentionner une limite d'âge arbitraire dans la mise au concours d'un poste de travail auprès d'un employeur public viole par conséquent l'interdiction de discriminer. La notion de « jeune » qui apparaît dans le cas ci-dessus laisse certes une certaine marge d'appréciation, mais implique tout de même une limite d'âge : il faut donc éviter de la mentionner. Un employeur qui défend les intérêts d'un groupe de population déterminé (comme une antenne pour le 3e âge) disposerait d'un motif qualifié pour fixer une limite d'âge.

Les employeurs *privés* ont une plus grande marge de manœuvre que les publics, en particulier lors du recrutement, quand aucun contrat ne les lie encore à l'employée. Il est extrêmement rare qu'un tribunal condamne un employeur privé pour comportement discriminatoire à l'embauche, et les seuls cas connus concernent des inégalités de traitement en raison de la couleur de peau ou de l'origine. De plus, dans tous les cas, le processus de recrutement était déjà bien avancé, et il avait été possible de prouver, sur la base de documents de l'employeur, que la raison du refus d'engager la personne était bien sa couleur de peau ou son origine<sup>62</sup>. On voit donc que seuls des faits particulièrement graves aboutissent à la condamnation d'un employeur privé pour discrimination à l'embauche<sup>63</sup>. Dans notre exemple, les conditions ne sont pas réunies.

### Conclusions et recommandations

La candidate potentielle ne peut pas recourir en justice contre l'offre d'emploi en tant que telle, tant bien même que la formulation utilisée semble problématique. Il lui faut poser sa candidature et essayer un refus pour que les conditions d'une action en justice soient réunies.

Si l'offre a été publiée par un employeur public et que ce dernier n'invite pas la candidate à un entretien en raison de son âge, il y a peut-être violation de l'interdiction de discriminer, et la personne lésée peut engager une procédure administrative contre l'employeur. Si, par contre, l'employeur est une entreprise privée, la candidate peut lui intenter une action civile pour atteinte à la personnalité. À ce jour toutefois, aucun employeur privé n'a encore été condamné pour avoir discriminé des seniors à l'embauche.

Les risques pour les employeurs d'être inquiétés en justice pour avoir publié une offre de ce genre sont donc minimes. Toutefois, ces formulations stéréotypées ne servent pas leurs intérêts, car elles découragent des candidat-e-s qualifié-e-s. Si l'on peut imaginer que ces offres d'emploi devraient diminuer d'elles-mêmes en raison de la pénurie de personnel qualifié, il n'en reste pas moins que la situation actuelle est insatisfaisante du point de vue des droits de la personne. La défense de ces droits ne saurait en effet dépendre de la conjoncture économique. Il est donc du devoir du législateur d'étendre la protection que la loi accorde contre les discriminations à l'embauche.

62 Kälin et Locher, pp. 45 et 47 et Pärli 2006, pp. 23 à 26.

63 Pärli 2009, p. 492, n. 1273.



## Informations supplémentaires

En Suisse, 11 % des annonces d'emploi mentionnent une limite d'âge maximum. Ce pourcentage a nettement diminué de 2006 à 2015, car plus la demande en personnel augmente, moins cette limite figure dans les annonces, comme le montre l'étude « Limites d'âge dans les offres d'emploi de 2006 à 2015 », qui peut être consultée à l'adresse : [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) › Services et publications › Travail › Analyse du marché du travail › Situation des travailleurs âgés sur le marché du travail.

## 1.2 Refus de participer aux coûts de formation continue en raison de l'âge

### Cas d'espèce

*Le chef du service du personnel d'une grande entreprise, qui est âgé de 52 ans, souhaite suivre une formation en gestion du changement. Sa cheffe l'avait assuré de son soutien lors de son dernier entretien d'évaluation, notamment parce que l'entreprise est sur le point de se restructurer. Le service compétent refuse pourtant de participer au financement de cette formation au motif que cet investissement ne vaudrait plus la peine.*

### Droits en jeu

Interdiction de la discrimination

Droit à la formation<sup>64</sup>

### Questions juridiques

Personne ne conteste le fait qu'il est essentiel, pour la vie professionnelle, de garder ses compétences et d'en acquérir de nouvelles. Existe-t-il pour autant un *droit* à la formation continue ? Dans quelles circonstances un employeur est-il tenu de financer une formation continue ? Et pour quels motifs peut-il refuser de contribuer aux frais ?

### Analyse juridique

Parmi les rares droits sociaux que reconnaît la Suisse figure le droit à suivre un enseignement de base. Ce droit n'est toutefois garanti qu'aux enfants et aux jeunes : les adultes qui n'ont pas pu acquérir une instruction suffisante (les analphabètes par ex.) ne peuvent l'invoquer.

<sup>64</sup> Art. 41, al. 1, let. f Cst. et art. 13 du Pacte social des Nations Unies.

Ni la Constitution fédérale ni les conventions internationales ratifiées par la Suisse ne garantissent de droit à la formation continue<sup>65</sup>. C'est donc dans d'autres bases légales, comme la loi sur la formation continue, qu'il faut chercher des droits qui pourraient être invoqués en justice. Entrée en vigueur en 2017, cette loi prévoit l'obligation, pour les employeurs publics et privés, de *favoriser* la formation continue de leur personnel. Un employeur ne peut donc pas opposer d'obstacles au vœu d'un employé qui souhaite suivre une formation continue.

Selon les circonstances, l'employeur peut même être tenu de financer la formation. C'est le cas lorsque le cours en question est nécessaire à l'exercice de la profession, « nécessaire » signifiant ici que la formation est exigée par la loi ou par l'employeur lui-même. Ce dernier doit alors, peu importe qu'il soit privé ou public, financer l'ensemble des dépenses générées par la formation.

Lorsque la formation en question n'est pas « nécessaire », l'employeur n'est pas tenu d'accorder une réduction du temps de travail, ni de participer aux frais, mais seulement d'octroyer un congé non payé. De plus, l'employé-e doit fixer la date du congé en accord avec lui. Dans le cas exposé ici, on peut supposer qu'il s'agit d'une formation non nécessaire, mais souhaitable, ce qui signifie que l'employeur est libre de la soutenir financièrement ou pas.

La liberté des employeurs en la matière est toutefois relative, puisque le principe de l'égalité de traitement vient la limiter<sup>66</sup>. Les employeurs *publics* sont directement liés par les droits fondamentaux, et doivent donc décider de participer ou non aux frais de formation continue de leurs employés indépendamment de l'âge de ces derniers. Pour l'employeur, le critère déterminant est habituellement de savoir si l'investissement est rentable pour lui, et c'est le cas si les nouvelles compétences peuvent être utilisées au sein de l'entreprise, et créent de la sorte une valeur ajoutée. C'est pourquoi les employeurs qui soutiennent la formation continue d'un-e employé-e exigent en règle générale de cette personne qu'elle s'engage à rester à leur service un temps déterminé. L'employé-e qui résilie son contrat avant le terme convenu est tenu de rembourser au prorata ses frais de formation.

L'élément déterminant n'est donc pas, ici, l'âge de l'employé-e, mais le temps qu'il peut rester au service de l'entreprise. Dans le cas d'un homme de 62 ans, un employeur pourrait éventuellement, en raison de la proximité de son départ à la retraite, arguer que le temps restant est trop court pour qu'il puisse amortir son investissement. Dans notre cas, un employé de 52 ans, cet argument ne serait toutefois pas pertinent.

65 Cf. toutefois l'art. 3, let. b de la Constitution du canton de Saint-Gall.

66 Pärli 2009, p. 492, n. 1284.

Les employeurs *privés* disposent d'une plus grande marge de manœuvre que leurs homologues publics, mais leur liberté est elle aussi limitée, cette fois par la protection de la personnalité. Une inégalité de traitement fondée sur une caractéristique susceptible d'être source de discrimination peut en effet constituer une atteinte à la personnalité de l'employé-e. Le seuil a cependant été placé haut : pour que l'inégalité de traitement soit illicite, il faut que, sans motif objectif, l'employeur ait traité l'employé-e d'une manière bien moins favorable qu'un grand nombre de ses collègues, et qu'il fasse ainsi preuve d'un manque de considération constitutif d'une atteinte à la personnalité de l'employé-e<sup>67</sup>. Un employeur ne saurait, par conséquent, accorder un bonus à toutes et tous les employé-e-s relativement jeunes, et le refuser à toutes et tous les employé-e-s plus âgé-e-s. Dans le cas exposé ici, ce seuil ne serait certainement pas atteint étant donné que l'employé en question n'est pas le seul à se voir refuser un soutien à la formation continue.

### **Conclusions et recommandations**

Les employeurs sont rarement obligés d'assumer les coûts de formation continue de leur personnel, mais des conséquences juridiques ne sont pas à exclure si, comme c'est indirectement le cas dans notre exemple, ils justifient un refus par l'âge de la personne. Ce cadre de 52 ans devrait donc demander au service compétent de motiver par écrit son refus ; si ce dernier invoque à nouveau son âge, il peut engager une procédure administrative (pour les employeurs publics) ou une procédure civile (pour les employeurs privés). Les obstacles sont cependant importants, surtout en cas d'action civile.

Il est regrettable que la loi sur la formation continue ne régie en rien la question de la discrimination, et ne fixe par exemple aucun principe pour l'admission aux établissements de formation. Le législateur a manqué là une occasion de concrétiser les droits des personnes âgées en matière de formation continue.

### **Informations supplémentaires**

Les employé-e-s d'un certain âge fréquentent moins souvent des formations continues que les plus jeunes<sup>68</sup>. Une initiative parlementaire avait demandé de prévoir des incitations pour encourager la formation continue des séniors, mais le Conseil national l'a rejetée en 2015. On trouve toutefois certaines incitations dans le droit fiscal, qui prévoit la possibilité de déduire les frais de formation continue de la déclaration d'impôt.

<sup>67</sup> Pärli 2009, p. 545, n. 1389.

<sup>68</sup> Pärli 2009, p. 47.

### 1.3 Atteintes à la santé chez des employé-e-s âgé-e-s

#### Cas d'espèce

*Une enseignante de 56 ans qui souffre depuis quelques mois d'une nette diminution de la concentration l'après-midi demande à disposer d'un lieu où se coucher une demi-heure après le repas de midi. Son directeur rejette sa requête en invoquant des problèmes de place.*

#### Droits en jeu

Interdiction de la discrimination

Droit à l'intégrité physique et psychique

Droit à la santé

Droit au travail

#### Questions juridiques

La probabilité d'avoir des problèmes de santé augmente avec l'âge, et les questions qui en découlent sont souvent traitées sous l'angle du droit du travail ou du droit des assurances sociales. Une personne atteinte dans sa santé pourrait-elle aussi faire valoir des droits de la personne auprès de son employeur ?

#### Analyse juridique

Tous les employeurs – qu'ils soient publics ou privés – sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour préserver la santé de leur personnel. S'ils omettent de le faire, ils risquent d'être sanctionnés en vertu du droit des assurances sociales ou du droit pénal. Une assurance-accident peut augmenter les primes d'un employeur qui, par exemple, ne mettrait pas à disposition de ses travailleuses et travailleurs un équipement de protection adéquat. Si une cheffe place une employée qui se plaint de vertiges sur un chantier et que cette dernière a un accident, elle encourt une condamnation pénale étant donné qu'en tant que supérieure hiérarchique, elle aurait dû conseiller à sa subordonnée d'aller consulter un médecin et de prendre un congé maladie.

Qu'en est-il en cas de problèmes de santé durables ? La diminution de la performance peut être un motif de licenciement, mais quand cette baisse est due à une maladie, la loi fixe des périodes durant lesquelles l'employeur ne peut pas congédier la personne.

En outre, les effets de certaines atteintes à la santé peuvent être évités en prenant des mesures adéquates, comme dans le cas de l'enseignante exposé ci-dessus. Cela signifie-t-il que l'établissement scolaire est obligé de prendre les mesures nécessaires, car il préviendrait ainsi une diminution des prestations, ou peut-il se permettre de rester inactif puis, dans un second temps, de licencier au besoin son employée ?

Les employeurs doivent prendre des mesures pour permettre aux séniors qui travaillent depuis longtemps chez eux d'y rester, et cela, malgré leurs éventuels problèmes de santé. Ces efforts doivent être raisonnables pour l'employeur, c'est-à-dire qu'ils doivent être proportionnés à l'utilité attendue pour l'employé-e. Les efforts qui pourront être exigés dépendent de plusieurs facteurs : il sera par exemple possible de demander davantage à un employeur public qu'à un employeur privé, et à une grande entreprise qu'à une petite.

Dans le cas exposé ici, il s'agit d'un employeur public, auquel on demande une mesure qui n'est ni très onéreuse ni complexe à mettre en place. De plus, l'établissement scolaire pourrait tirer parti des équipements déjà existants, puisqu'il pourrait par exemple proposer à l'enseignante d'utiliser les locaux de repos qu'il est de toute manière tenu de mettre à disposition des femmes enceintes. Par ailleurs, si les mesures nécessaires génèrent des coûts pour le centre scolaire, celui-ci peut éventuellement voir si l'assurance invalidité les prend en charge dans le cadre de la détection précoce.

### **Conclusions et recommandations**

En sa qualité d'employeur public, l'établissement scolaire est tenu de voir s'il existe une solution raisonnable, qui permettrait à sa collaboratrice de rester en emploi malgré ses problèmes de santé. Certains efforts peuvent aussi être exigés d'un employeur privé, qui ne saurait rejeter par principe des requêtes sans les avoir examinées attentivement.

Notre enseignante devrait donc reprendre contact avec la direction de son centre et la rendre attentive à ses propres droits ainsi qu'aux obligations qui en découlent pour l'établissement. Si cette démarche ne se révèle pas concluante, elle peut saisir la justice. La procédure exacte, dans ces cas, varie d'un canton à l'autre.

## **1.4 Quand y a-t-il licenciement abusif ?**

### **Cas d'espèce**

*Après 20 ans dans la même entreprise, un employé de 58 ans est congédié de manière inattendue, et sans que des motifs ne lui soient fournis. Il apprend plus tard que son poste a été repourvu par une personne plus jeune.*

### **Droits en jeu**

Interdiction de la discrimination

Droit au travail

### Questions juridiques

Dans ce cas d'espèce, est-on en présence d'un licenciement abusif ? Quelles voies de droit cet employé peut-il utiliser pour s'opposer à son congé ?

### Analyse juridique

Les *employeurs publics* sont directement liés par l'interdiction constitutionnelle de discriminer. Il leur est donc interdit de licencier une personne du seul fait de son âge. Même les charges salariales plus élevées que génèrent les employé-e-s d'un certain âge ne sont pas un juste motif de licenciement, de sorte que le congé constituerait aussi une discrimination indirecte dans ce cas de figure.

Les *employeurs privés* bénéficient en Suisse en principe de la liberté de licencier : un employeur peut mettre fin à un contrat de travail sans invoquer de raison particulière. Les abus sont toutefois interdits, ce qui vient limiter cette liberté de congédier et permet d'agir en justice contre les licenciements abusifs. Signalons cependant que l'employé-e qui obtient gain de cause a seulement droit à être indemnisé-e, pas à être réengagé-e.

Le code des obligations mentionne, parmi les exemples de résiliation abusive d'un contrat de travail, un congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'employé-e. Or, un licenciement en raison de l'âge de la personne correspond à ce cas de figure.

C'est à l'employé-e d'apporter la preuve que son licenciement se fonde sur son âge – et doit donc être qualifié d'abusif –, ce qui constitue une difficulté de taille. Il est certes possible d'exiger de l'employeur qu'il motive par écrit la résiliation, mais on imagine mal ce dernier mentionner explicitement l'âge comme motif de congé. Ces importants obstacles concrets ont amené les juges à admettre que les plaignants n'apportent pas des preuves, mais un faisceau d'indices rendant très vraisemblable le caractère abusif d'un licenciement.

Les employeurs qui se séparent d'une collaboratrice ou d'un collaborateur justifient souvent leur décision par leur situation économique, et de tels licenciements ne sont en principe pas abusifs<sup>69</sup>. Ils ont toutefois un devoir d'assistance particulier envers leurs employé-e-s seniors : même en cas de difficultés économiques, ils ont l'obligation de rechercher pour eux d'autres solutions que le licenciement, comme le départ à la retraite anticipée ; et si la résiliation du contrat de travail est inévitable, ils doivent appliquer le droit de résiliation de manière à ménager la personne licenciée. Il leur faut par exemple l'avertir le plus tôt possible<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Arrêt du tribunal fédéral 4A\_72/2008 du 2 avril 2008, consid. 5.

<sup>70</sup> ATF 132 III 115, pp. 121 s., consid. 5.3 et 5.4 et arrêt du Tribunal fédéral 4A\_384/2014 du 12 novembre 2014, consid. 4.2.2.

### **Conclusions et recommandations**

En raison de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'est plus aussi facile qu'avant de licencier des séniors, même s'il s'agit de rapports de travail de droit privé. Le seuil à franchir pour qu'un congé soit considéré comme abusif est toutefois élevé, le Tribunal fédéral posant comme condition non seulement d'avoir un certain âge, mais aussi des années d'ancienneté auprès de l'employeur. Dans notre exemple, ces deux conditions sont réunies. Il est par conséquent important que cet employé demande immédiatement de motiver son licenciement. Si l'entreprise met en avant des difficultés économiques, il s'agit alors de répondre aux questions suivantes : l'employeur a-t-il envisagé d'autres solutions que le congé ? A-t-il informé aussi tôt que possible l'employé de sa décision ? Comment explique-t-il avoir pu, malgré les problèmes économiques avancés, engager un collaborateur plus jeune ? Ce nouveau collaborateur gagne-t-il moins ? Les chances d'obtenir gain de cause en justice dépendent des réponses qui seront données à ces questions. Par ailleurs, étant donné que les conflits relevant d'un contrat de travail de droit privé passent d'abord par un office de conciliation et que cette démarche est gratuite, le risque encouru est limité.

La protection particulière dont bénéficient les séniors en matière de licenciement ne se fonde actuellement que sur la jurisprudence, ce qui fait planer un certain nombre d'incertitudes. Les expert-e-s estiment par conséquent nécessaire d'inscrire cette protection dans la loi, mais le Conseil national s'y est opposé en mars 2018. Durant les débats parlementaires, il a notamment été question de possibles effets contreproductifs : en étendant la protection contre le licenciement, on risquerait de dissuader les employeurs d'engager des travailleurs d'un certain âge. Le Parlement a manqué là l'occasion de prévoir des dispositions légales pour lutter contre la discrimination fondée sur l'âge, de l'embauche à la résiliation du contrat de travail, des dispositions qui existent d'ailleurs déjà pour la discrimination fondée sur le genre.

### **Informations supplémentaires**

Le 12 novembre 2014, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur le licenciement d'un homme de 59 ans après 35 ans de travail dans la même entreprise. Dans son arrêt (4A\_384/2014), il a conclu que le congé était abusif et a condamné l'employeur à verser une indemnité de deux mois de salaire à l'employé.

## 1.5 Recherche d'un emploi au milieu de la quarantaine

### Cas d'espèce

*Une femme de 47 ans, qui occupait un poste de cadre moyen dans les assurances durant les 15 dernières années, a perdu son emploi à la suite d'une réorganisation. Inscrite à l'office régional de placement (ORP), elle perçoit depuis quelques mois des indemnités de chômage et fait tout son possible pour retrouver du travail. Elle refuse toutefois de rédiger les douze postulations par mois qu'exige l'ORP et de postuler à des emplois qui ne correspondent pas à ses qualifications. Par ailleurs, elle estime que c'est en raison du montant élevé de ses cotisations de prévoyance professionnelle qu'elle n'a encore été retenue pour aucun poste.*

### Droits en jeu

Interdiction de la discrimination

Droit à la liberté personnelle

Liberté économique<sup>71</sup>

Droit au travail

### Questions juridiques

Les 130 ORP de Suisse, qui aident les personnes au chômage à trouver un emploi, doivent-ils, dans leur pratique, tenir compte de l'âge de l'assuré-e ? Et que penser de l'affirmation de cette cadre, qui estime que c'est en raison du montant élevé des cotisations à la prévoyance professionnelle (LPP) qu'elle ne trouve pas de nouveau poste ?

### Analyse juridique

Les personnes inscrites au chômage ont des obligations. Elles doivent par exemple rechercher assidûment du travail et prendre part régulièrement à des entretiens de conseil et de contrôle. L'ORP peut imposer des sanctions si elles ne s'y plient pas. Ces obligations, puisqu'elles restreignent la liberté personnelle et la liberté économique, doivent remplir les conditions fixées à l'article 36 Cst. pour être licites. En l'occurrence, c'est la loi sur l'assurance-chômage qui constitue la base légale nécessaire. Par ailleurs, l'objectif des obligations figurant dans la loi étant de permettre à l'assuré-e de se réinsérer au plus vite dans le monde du travail, l'intérêt public est suffisant.

Au moment de définir ces obligations, l'ORP doit respecter le principe de proportionnalité. Il doit donc juger au cas par cas, en fonction de la situation indivi-

71 Art. 27 Cst.



duelle de l'assuré-e, si des efforts suffisants ont été fournis. Dans l'affaire qui nous occupe ici, la personne au chômage devait rédiger douze postulations par mois, ce qui ne semble pas exagéré puisqu'il s'agit là de la pratique habituelle des ORP. Rien ne laisse non plus penser qu'elle ne peut pas remplir cette obligation en raison de circonstances personnelles (situation familiale ou santé par ex.) ou par manque de compétences (scolarisation par ex.).

Peu importe que les postulations débouchent ou non sur un emploi<sup>72</sup>. Il faudrait que la personne n'ait pas de réelle chance de retrouver un poste (parce qu'elle est sur le point d'atteindre l'âge de la retraite ou parce qu'aucun poste adapté à son profil n'est mis au concours, par exemple), pour que l'obligation qui lui est faite de se porter candidate à ces postes ne constitue pas une mesure appropriée pour la faire sortir du chômage. En effet, les mesures qui ne sont pas adéquates ne sont pas considérées comme proportionnelles, et ne sont par conséquent pas non plus licites.

Dans le cas d'espèce, la question se pose aussi de savoir si cette femme doit postuler à des emplois qui ne correspondent pas à ses qualifications. En principe, la loi sur l'assurance-chômage oblige les assuré-e-s à accepter tout travail convenable. Les emplois pour lesquels l'assuré-e est sous-qualifié-e ne sont pas considérés comme convenables. Pour juger si une personne est obligée d'accepter un poste pour lequel elle est surqualifiée, il faut prendre en considération la durée du chômage : au début surtout, l'ORP doit donner l'occasion à cette cadre de trouver un emploi qui correspond à ses compétences et à la fonction qu'elle a exercée jusque-là. Ensuite, plus le chômage se prolonge, moins il est tenu de prendre en compte ces éléments.

Reste la question de l'augmentation des cotisations LPP. Les déductions LPP étant des obligations légales, employeur et employé-e ne peuvent pas, même d'un commun accord, y déroger et fixer un taux plus bas. L'inégalité de traitement en fonction de l'âge est donc inscrite en amont, dans la loi. Il n'y a par conséquent pas de possibilité d'agir en justice pour en demander la cessation. Il est difficile de comprendre aujourd'hui pour quelle raison le législateur a opté pour un système de cotisations progressif, dans lequel les travailleuses et travailleurs plus âgés acquittent des pourcentages plus élevés que les autres, d'autant plus qu'en règle générale, les contributions augmentent de toute façon déjà au même rythme que les salaires au cours de la carrière d'une personne. On est par conséquent en droit de se demander si cette disposition légale ne constitue pas une discrimination indirecte.

72 ATF 124 V 225, p. 234, consid. 6.

### **Conclusions et recommandations**

On peut attendre d'une femme de 47 ans en bonne santé qu'elle fournisse d'importants efforts pour rechercher un emploi, mais appliquer de manière rigide l'obligation de présenter douze postulations contreviendrait au principe de proportionnalité. Dix postulations particulièrement abouties, par exemple, devraient être considérées comme suffisantes.

Si cette cadre peut prouver que ses chances de trouver un poste dans son domaine n'ont pas diminué, l'ORP devrait aussi accepter que, dans un premier temps, elle ne postule pas à des postes moins qualifiés que son emploi précédent. Passé un certain délai toutefois, l'ORP peut aussi exiger d'elle qu'elle le fasse.

Si elle a l'impression que l'ORP n'adapte pas suffisamment ses exigences à son cas, cette assurée peut lui demander une décision écrite et former une opposition contre cette dernière.

Elle ne peut en revanche rien entreprendre contre le fait que les cotisations LPP sont susceptibles d'inciter les employés à engager des jeunes. Le législateur serait cependant bien avisé de revoir le système actuel, pour respecter le principe d'égalité.

## **1.6 Double charge de travail**

### **Cas d'espèce**

*Une femme de 62 ans professionnellement active s'occupe à domicile de son mari atteint de démence. Comme ce dernier se lève souvent en pleine nuit et tente de quitter leur domicile, elle ne dort le plus souvent que quelques heures par nuit. Un jour, sa cheffe lui fait remarquer qu'elle semble manquer de concentration et fait fréquemment des erreurs. De retour chez elle, cette femme complètement surmenée s'en prend à son mari. Elle l'insulte et l'accuse d'être responsable de ses problèmes au travail, puis l'enferme dans leur chambre à coucher et va passer la nuit chez sa sœur.*

### **Droits en jeu**

Droit à la santé

Droit au travail

### **Questions juridiques**

Que peut-on, ou doit-on, mettre en place pour soutenir les proches aidants, dont la situation est particulièrement difficile ? Dans le cas exposé ci-dessus, cette employée a-t-elle droit à un soutien de la part de sa cheffe ?

### **Analyse juridique**

L'employée dont il est question dans cet exemple est soumise à une double contrainte. Au travail, sa cheffe exige d'elle qu'elle soit concentrée et ne fasse pas d'erreurs. Chez elle, elle assume une situation très pénible. Elle court donc un risque élevé de tomber malade et de devoir quitter le monde du travail à quelques années seulement de la retraite.

Bien que, comme on le voit, le droit à la santé ainsi que le droit au travail soient en jeu dans ce type de situation, aucune disposition du droit du travail ne concerne les besoins des proches aidants professionnellement actives ou actifs. Un-e employé-e a certes le droit de prendre congé un à trois jours pour s'occuper d'un proche malade et mettre sur pied une solution de remplacement adéquate, mais les avis divergent sur la question de savoir si l'employeur doit lui verser son salaire pendant son absence. Le droit du travail ne reconnaît pas non plus de droit à un congé prolongé pour tâche d'assistance ou à une réduction du temps de travail<sup>73</sup>. L'employée dont il est question ci-dessus peut donc prendre trois jours de congé au maximum, ce qui lui permet de se reposer quelque peu et représente une solution à court terme. Pour ce qui est des solutions à plus long terme, elle ne pourra compter que sur ses propres ressources, puisque la loi ne dit rien à ce sujet.

Ce cas montre que les lacunes observées n'affectent pas seulement les personnes professionnellement actives, mais aussi les personnes âgées atteintes de démence : c'est parce que leurs proches sont surmenés qu'ils en viennent à les insulter, les maltraiter, les négliger ou les enfermer. L'autorité de protection de l'adulte intervient si nécessaire pour protéger ces personnes. Chargée de déterminer les mesures à prendre, elle va voir dans un premier temps s'il suffit de décharger la proche aidante. À défaut, elle va envisager de confier le mari à un EMS. Si l'épouse de ce dernier s'y refuse, l'autorité de protection de l'adulte peut nommer une assistance judiciaire. Comme une telle mesure est aussi susceptible de restreindre les droits de la personne, elle doit ce faisant faire preuve de retenue. Et lorsqu'elle mettra sur la balance la protection de la santé du mari et le respect de la décision de l'épouse, il lui faudra aussi prendre en considération leur droit à la vie de famille.

### **Conclusions et recommandations**

Le droit du travail actuellement en vigueur fait peu de cas de la situation des proches aidants professionnellement actifs ou actives. L'employée de notre exemple est par conséquent livrée au bon vouloir de sa supérieure lorsqu'il s'agit pour elle

<sup>73</sup> Conseil fédéral, Soutien aux proches aidants, p. 22.

de trouver une solution pour concilier travail et soins prodigués à son mari. Elle peut par exemple envisager de réduire son temps de travail ou de prendre un congé pour assistance.

Cette employée peut aussi voir quelles sont les possibilités d'obtenir une aide pour les soins à dispenser à son mari. Il existe dans la plupart des cantons des antennes communales ou régionales qui proposent des prestations de soutien à la prise en charge (comme des structures de jour ou de nuit pour les personnes atteintes de démence).

Un-e professionnel-le de la santé peut lui montrer comment parvenir à détendre une situation en administrant des médicaments – des somnifères par exemple –, tout en expliquant les risques de telles pratiques. Avant de prendre ce type de mesures, on procèdera à une pesée des intérêts en jeu, à savoir, ici, le droit à l'intégrité psychique du mari et le droit à la santé de l'épouse. Par ailleurs, en cas de troubles du comportement ou de problèmes psychiques, il convient toujours de donner la priorité aux traitements et pratiques non médicamenteuses.

Il est actuellement question, à l'échelle fédérale, de modifier les dispositions du droit du travail qui règlementent les absences pour assistance à un proche malade, l'objectif étant d'« améliorer les conditions des proches aidants de manière à ce qu'ils puissent effectuer leurs tâches d'assistance en toute sérénité et sans compromettre leur situation financière »<sup>74</sup>. Du point de vue des droits de la personne, une telle modification serait à saluer.

### Informations supplémentaires

En Suisse, le nombre de personnes en âge de travailler qui s'occupent régulièrement d'un-e proche s'élève au moins à 140 000 par an<sup>75</sup>. Ces individus souffrent souvent de surmenage et d'autres troubles de la santé<sup>76</sup>. Le rapport « Soutien aux proches aidants » développe plusieurs scénarios sur les moyens de mieux les épauler. Il peut être consulté à l'adresse [www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch) › Stratégie & politique › Mandats politiques & plans d'action › Plan d'action : soutien aux proches aidants. D'autres pays prennent mieux en compte la situation particulière des proches aidant-e-s. Ainsi l'Autriche permet-elle aux employé-e-s de prendre une semaine de congé payé par an pour s'occuper de proches adultes, et même de prendre six mois de congé – non payé cette fois – pour prendre soin d'un membre de la famille gravement malade<sup>77</sup>.

74 OFSP, Proches aidants.

75 OFSP, Proches aidants.

76 Conseil fédéral, Soutien aux proches aidants, p. 17.

77 Conseil fédéral, Soutien aux proches aidants, p. 42.

## 2 Famille et vie privée

Les personnes âgées ont souvent de la peine à entretenir des relations sociales. En effet, des obstacles à peine perceptibles plus tôt dans leur vie deviennent soudainement insurmontables et restreignent de fait considérablement leur mobilité. Le handicap physique n'est pas la seule difficulté : les préjugés, ou même la jalousie, peuvent aussi rendre difficile l'établissement de nouveaux contacts à un âge avancé. Les cas d'espèce suivants abordent la question des droits de la personne dans les domaines de la mobilité, des relations sociales, de la sexualité, de la famille et de la vie privée.

### 2.1 Personnes âgées et déplacements

#### **Cas d'espèce**

*Un homme de 78 ans, qui rend chaque jour visite à sa femme placée en EMS, emprunte habituellement le bus de la ville. Toutefois, étant donné que la marche pour entrer dans le véhicule est très haute, il craint de ne plus pouvoir rendre visite à son épouse s'il devait un jour avoir besoin d'un déambulateur.*

#### **Droits en jeu**

Liberté de mouvement  
Droit à la vie de famille

#### **Questions juridiques**

Des appareils comme les déambulateurs aident les personnes âgées à garder plus longtemps leur autonomie, à condition toutefois que les infrastructures publiques

aient été aménagées en conséquence. Les aîné-e-s ont-ils le droit d'exiger des transports publics accessibles ? Dans notre exemple, ce passager peut-il demander que les arrêts de bus qu'il utilise soient adaptés à ses besoins ?

### **Analyse juridique**

Il n'est pas toujours aisé d'identifier les mesures limitant la liberté de mouvement. Face à une personne attachée à son lit, un tiers se rendra immédiatement compte qu'il y a restriction de cette liberté. En revanche, une interdiction de périmètre ne sera manifeste pour un tiers que si la personne est arrêtée par la police pour avoir bravé cette interdiction.

Les atteintes à la liberté de mouvement liées à l'agencement de l'espace public sont encore moins identifiables pour les tiers. Un trottoir trop haut, un escalier trop raide ou un ascenseur en panne passeront inaperçus pour bien des personnes, alors qu'ils constituent des obstacles souvent insurmontables pour les individus atteints dans leur santé. Dans ces cas, la restriction de la liberté de mouvement est due à l'inaction des pouvoirs publics, qui ne suppriment pas les obstacles. Un particulier peut-il agir contre cette négligence ?

La loi sur l'égalité pour les handicapés (LHand) régit les cas dans lesquels il est possible de demander la suppression d'obstacles. Elle pose comme condition que cette inaction aboutisse à une inégalité de traitement pour les personnes handicapées. Dans certains cas, cette loi assimile les personnes âgées aux personnes handicapées, car elles sont elles aussi victimes d'une inégalité de traitement lorsqu'elles ne peuvent plus emprunter un véhicule des transports publics – ou seulement au prix de grandes difficultés – parce que les infrastructures ne sont pas accessibles pour des raisons d'architecture ou de conception du véhicule.

Si le passager de notre exemple, en vieillissant, a besoin d'un déambulateur, il sera considéré comme handicapé au sens de la LHand. Puisque, de surcroît, il a de la peine à monter dans le bus en raison d'un problème dû à l'infrastructure (marche trop haute), les conditions sont en principe réunies pour déposer une requête. La LHand dispose toutefois qu'il faut procéder dans chaque cas à une pesée des intérêts en présence avant de réaliser des transformations.

Concrètement, il faut considérer le rapport entre l'utilité que retire le mari de la pensionnaire de l'aménagement de l'arrêt et les coûts pour l'entreprise de transport. Un élément joue un rôle important dans cette pesée d'intérêts : le délai accordé jusqu'à la fin 2023 pour aménager les infrastructures. Plus ce délai approche, plus il faut donner d'importance aux besoins de mobilité du mari et moins il faut en accorder aux intérêts économiques de l'entreprise de transport. Un autre facteur à prendre en considération est le nombre de personnes qui se trouvent

désavantagées par l'obstacle<sup>78</sup>. Lorsqu'un arrêt n'est guère fréquenté, la pesée des intérêts sera souvent défavorable à la personne handicapée, du moins tant que le délai de transition ne sera pas échu. En revanche, les arrêts de bus à proximité des homes, des EMS et des hôpitaux devraient être transformés en priorité.

Lorsque la pesée des intérêts est défavorable à la personne handicapée, il faut trouver une solution de rechange, qui permet à celle-ci de se déplacer, même si elle va de pair avec certaines restrictions de son autonomie et de sa participation à la vie de la société. Une solution souvent utilisée dans le cas des bus sont les rampes, que le personnel installe manuellement en cas de besoin. Cette solution présente le désavantage d'attirer sur la personne handicapée l'attention des autres passagères et passagers, qui la rendent parfois responsable des retards ainsi occasionnés. Elle est par contre moins ressentie comme une exclusion que les services spécialisés mis en place par certaines entreprises de transport urbain ou régional, qui empêchent tout contact avec d'autres passagères et passagers.

### **Conclusions et recommandations**

Tant que ce passager se déplace correctement, il ne peut pas invoquer la LHand. Toutefois, dès qu'il aura besoin d'un déambulateur ou d'un fauteuil roulant, il pourra demander au service compétent<sup>79</sup> d'éliminer l'inégalité de traitement, sans nécessairement attendre l'échéance du délai de transition à la fin 2023<sup>80</sup>. Toutefois, avant cette date, il n'aura gain de cause que si d'autres personnes handicapées utilisent cette ligne de bus. Si l'arrêt n'est pas réaménagé, le concessionnaire doit proposer une solution de rechange à la personne concernée, qui devra s'accommoder des éventuels désagréments.

Le service compétent devrait associer les personnes concernées à la recherche d'une solution, en faisant par exemple appel à une association de défense des intérêts des personnes âgées ou handicapées.

### **Informations complémentaires**

Les plus gros progrès encore à réaliser pour adapter les transports publics aux besoins des personnes handicapées concernent les arrêts de bus, dont le nombre est estimé à 25 000 pour toute la Suisse<sup>81</sup>. Certes, l'accès à la plupart des bus se fait de plain-pied, mais la marche à franchir pour entrer dans le bus est souvent trop haute pour que la personne âgée puisse y monter seule, ce qui réduit considérablement sa mobilité.

**78** BASS 2015, pp. 101 s. et 104 et Schefer et Hess-Klein, pp. 231 s.

**79** Le concessionnaire ou la commune, selon le cas concret.

**80** Schefer et Hess-Klein, pp. 231 et 233.

**81** BASS 2015, p. 115.

## 2.2 Quand la famille veut imposer ses vues

### Cas d'espèce

*Depuis quelque temps, une femme âgée de 84 ans propriétaire d'une grande maison loue une chambre à une étudiante en psychologie pour un loyer modique. En contrepartie, la jeune femme fait ses courses. Un jour, cette vieille dame décide de payer à l'étudiante une formation de psychothérapeute. Ses enfants, qui ne lui rendent que rarement visite, pensent que leur mère se fait manipuler par l'étudiante et menacent de faire appel à l'autorité de protection de l'adulte.*

### Droits en jeu

Droit à la liberté personnelle

Droit à la vie de famille

### Questions juridiques

Les enfants se mêlent souvent des affaires de leurs parents, prétendument pour les protéger. La question est donc de savoir quand les personnes âgées prennent seules les décisions ou quand leurs enfants peuvent ou doivent intervenir.

### Analyse juridique

En vertu du droit à la liberté personnelle, toute personne capable de discernement prend elle-même les décisions d'ordre financier qui la concernent. Dans l'exemple qui nous occupe, rien ne laisse supposer que cette femme âgée soit incapable de discernement, de sorte qu'elle est libre de décider comment elle entend dépenser son argent. Elle peut même, si elle estime que c'est une bonne chose, faire une donation importante en faveur d'une personne qu'elle ne connaît que depuis peu de temps.

Il y a bien entendu des situations qui doivent mettre la puce à l'oreille des proches ou d'autres personnes. Dans notre cas, il est vrai que l'étudiante pourrait par exemple être un escroc qui a inventé l'histoire de la formation de psychothérapeute pour extorquer une somme d'argent considérable à sa logeuse. Les enfants ont-ils donc réagi à bon escient ?

Rien n'exclut que la bienveillance de l'étudiante envers la dame âgée ne soit pas désintéressée, mais cela ne fait pas d'elle une extorqueuse pour autant. La loi n'interdit pas d'essayer de s'attirer les bonnes grâces d'une personne, même si c'est pour favoriser certains intérêts personnels, d'ordre financier notamment. Il arrive aussi que des membres de la parenté fassent preuve pendant un certain temps d'attentions particulières envers un proche âgé afin d'en obtenir des faveurs. Il n'y a toutefois escroquerie que lorsqu'une personne dresse un plan visant à tromper autrui. Ce serait le cas dans notre exemple si l'étudiante avait choisi exprès une



dame âgée riche et esseulée et s'était ensuite introduite chez elle sous un faux nom et en s'inventant des études en psychologie.

Même si on ne peut conclure à première vue qu'il s'agit là d'une escroquerie punissable, les enfants devraient intervenir s'ils ont le sentiment que leur mère agit contre ses propres intérêts. Avant de faire appel à l'autorité de protection de l'adulte, ils devraient toutefois lui en parler, lui signaler les risques inhérents à cette donation et étudier avec elle d'autres possibilités, comme le versement de la somme en mensualités.

L'autorité de protection de l'adulte n'intervient que si la mère prend des décisions financières manifestement contraires à ses intérêts, ne s'en rend plus compte et n'est pas capable de saisir la portée de ses actes. Il en irait ainsi, par exemple, si elle entendait donner un montant qui dépasse nettement ses capacités financières. En revanche, l'autorité de protection de l'adulte n'interviendra pas simplement parce que les enfants craignent que cette donation réduise leur héritage.

Des divers instruments dont elle dispose pour restreindre la liberté financière de la personne âgée, l'autorité de protection de l'adulte doit choisir celui qui la limite le moins. Par exemple, si les circonstances le permettent, elle ne restreindra que partiellement, plutôt que totalement, sa liberté de disposer de sa fortune. Dans notre exemple, l'autorité de protection de l'adulte pourrait laisser la personne âgée disposer librement de sa fortune jusqu'à un plafond de 3000 francs, et ne prévoir le consentement d'une curatrice ou d'un curateur que pour des montants plus élevés.

### **Conclusions et recommandations**

La vieille dame de notre exemple est en principe libre de faire un don à sa locataire. Si ses enfants ont l'impression que l'étudiante profite de leur mère, ils doivent en premier lieu en parler avec celle-ci. Ce n'est que dans des cas graves qu'il est recommandé de faire appel à l'autorité de protection de l'adulte. Cela pourrait être le cas si les enfants apprennent que leur mère voulait donner de l'argent à de nombreuses autres étudiantes. Si l'autorité de protection de l'adulte intervient en restreignant par exemple sa liberté de disposer de sa fortune, la vieille dame peut présenter un recours pour s'y opposer.

## 2.3 L'amour n'a pas d'âge<sup>82</sup>

### Cas d'espèce

*Deux résident-e-s d'un home, une femme de 70 ans et un homme de 73 ans, y ont fait connaissance et sont tombés amoureux. Ils regrettent que rien ne soit mis en place au sein de cette institution pour leur permettre d'avoir des rapports sexuels.*

### Droits en jeu

Droit à la liberté personnelle

Protection de la vie privée

Droit à la vie de famille

### Questions juridiques

La sexualité des personnes âgées est un sujet tabou. La question est ici de savoir comment les pensionnaires des EMS peuvent satisfaire leurs besoins en la matière. Ont-ils le droit de disposer de locaux où vivre leurs relations intimes sans être dérangés ? Un résident peut-il inviter une prostituée dans sa chambre ?

### Analyse juridique

La solitude étant un problème fréquent des pensionnaires des EMS, il est capital de faire en sorte de favoriser autant que possible leurs relations sociales. À cet effet, il faut notamment des espaces de rencontre et des lieux offrant la discrétion nécessaire aux conversations<sup>82</sup> privées. Les EMS sont-ils toutefois aussi tenus de donner la possibilité aux pensionnaires d'avoir des rapports sexuels ?

Les droits humains protègent la sexualité, élément important de l'épanouissement de la personne, mais il est souvent difficile d'avoir des relations sexuelles dans un EMS. L'exiguïté des locaux, l'absence d'espace intime ou les convictions morales du personnel peuvent entraver l'épanouissement sexuel des pensionnaires.

Dès lors, les EMS ne peuvent se borner à tolérer les activités sexuelles de leurs pensionnaires, mais doivent aussi adopter les mesures qui s'imposent pour que ces derniers puissent vivre leur sexualité. L'une de ces mesures est la mise à la disposition des résident-e-s d'une chambre d'intimité pour qu'ils puissent y avoir des relations sexuelles avec d'autres pensionnaires ou avec des visiteuses ou visiteurs. L'inconvénient de ces chambres est de n'être disponibles qu'à certaines heures, ce qui empêche toute spontanéité dans l'expression de la sexualité. Toutefois, les pensionnaires doivent s'accommoder de ces restrictions de leur liberté, adoptées pour l'essentiel pour des questions d'organisation. En revanche, ils ne doivent pas

<sup>82</sup> Pour approfondir cette section, voir Cherubini, pp. 154 à 159.

tolérer que les chambres d'intimité soient réservées aux couples hétérosexuels ou que certaines pratiques sexuelles y soient interdites. En effet, les convictions morales de la direction ou du personnel du home ne constituent pas un intérêt public digne de protection. Si ces convictions morales importent peu, cela signifie-t-il qu'un home ne peut pas non plus interdire à un résident de recevoir une prostituée dans une chambre d'intimité ?

Ce cas de figure est légèrement différent, car il est question ici non seulement de convictions morales, mais aussi d'aspects liés au maintien de l'ordre et de la tranquillité. Dès lors, il y a lieu de peser les intérêts en présence. L'interdiction serait toutefois une mesure très incisive et sans doute disproportionnée, en particulier pour les personnes qui, pour des raisons de santé, ne peuvent plus quitter le home sans l'aide d'autrui. Néanmoins, la direction de l'EMS pourrait obliger les prostituées à respecter certaines consignes vestimentaires dans les zones communes.

Dans le cas qui nous occupe, l'idéal pour le couple serait sans doute d'emménager dans une chambre double. Il pourrait alors vivre sans problème sa sexualité, aidé en cela par un écriteau « Ne pas déranger », que le personnel soignant devrait aussi respecter. Toutefois, ces chambres sont généralement peu nombreuses et il n'y aurait probablement rien à redire si l'EMS les attribue en priorité aux personnes qui sont en couple depuis longtemps.

Les relations sexuelles entre pensionnaires peuvent être source de conflit lorsqu'il n'est pas certain qu'elles soient consenties. Quand elles ne sont pas consenties, la protection des pensionnaires constitue un intérêt public légitime qui autorise une restriction de la liberté sexuelle. Signalons qu'une prudence particulière est de mise dans le cas des personnes démentes en raison de leur grande vulnérabilité.

### **Conclusions et recommandations**

Les EMS doivent tolérer les activités sexuelles de leurs pensionnaires et, si nécessaire, adopter des mesures pour que ces derniers puissent vivre leur sexualité. Les restrictions à la liberté sexuelle ne sont admissibles que lorsqu'elles sont proportionnées et fondées sur un intérêt public légitime. Songeons par exemple au bon fonctionnement de l'institution ou à la protection des autres pensionnaires contre des agressions de nature sexuelle. Toutefois, une interdiction généralisée serait excessive dans la plupart des cas, des restrictions plus importantes étant possibles lorsque les pensionnaires ne sont plus capables de discernement.

### 3 Logement et vie quotidienne dans les homes

Ménage privé, communauté domestique ou EMS ? Si les personnes âgées ont le droit de choisir librement parmi les diverses formes de logement possibles, elles prennent toutefois leur décision non seulement en fonction des offres disponibles, mais aussi de leurs ressources financières. Pour celles qui entrent en EMS se pose la question de savoir dans quelle mesure elles sont libres d'organiser leur quotidien comme elles l'entendent. Les exemples ci-dessous présentent différentes questions liées au logement, qui relèvent des droits de la personne.

#### 3.1 Prestations complémentaires et libre choix

##### Cas d'espèce

*Une femme de 65 ans perçoit depuis peu des prestations complémentaires (PC). Comme le loyer de son appartement dépasse le montant maximal prévu par le régime des PC, on lui conseille de chercher un autre logement. Elle estime toutefois que ses chances d'en trouver un meilleur marché dans son quartier sont minces. Pour pouvoir continuer à voir régulièrement ses deux petits-enfants qui vivent dans la même rue, elle envisage d'emménager dans l'EMS de son quartier.*

##### Droits en jeu

Droit à la liberté personnelle

Liberté d'établissement

Droit au logement

### Questions juridiques

Sachant que les PC sont octroyées aux personnes qui perçoivent une rente AVS insuffisante pour couvrir leurs besoins vitaux, les autorités sont-elles en droit d'exiger de cette femme qu'elle se cherche un autre logement si son loyer dépasse un certain montant ? Et comment expliquer qu'une jeune retraitée en bonne santé envisage d'aller vivre en EMS ?

### Analyse juridique

Le libre choix du mode de logement relève de la liberté personnelle. La retraitée de l'exemple ci-dessus peut donc en principe choisir librement son domicile et son mode de vie. Quant à l'État, il est tenu de respecter son choix, mais pas de lui fournir le logement qu'elle désire.

Cette femme souhaiterait rester chez elle. Comme elle est encore en forme et n'a pas besoin d'assistance, rien ne devrait, de prime abord, s'y opposer. Toutefois, en raison de ses ressources financières limitées, elle a besoin de PC pour subvenir à ses besoins. Or, la loi sur les PC fixe un montant maximal de 13 200 francs par an de loyer pour les personnes seules. Les bénéficiaires de PC dont le loyer est plus élevé sont donc de fait forcés de déménager, ce qui arrive souvent vu que ce plafond n'a plus été adapté au coût de la vie depuis 15 ans. Le régime des PC limite donc le droit de cette retraitée de choisir librement son mode de logement. Est-ce licite ?

Personne ou presque ne remet en question le fait que les individus bénéficiant de prestations de l'État doivent accepter de voir leurs droits davantage limités que les autres. Leurs ressources financières étant limitées, les pouvoirs publics ne peuvent prendre en compte tous les souhaits des personnes ayant besoin de leur aide et peuvent donc limiter leurs prestations au niveau nécessaire pour atteindre leurs objectifs. Ce faisant, ils doivent toutefois veiller à ce que leur action respecte en l'espèce le principe de proportionnalité.

La question est donc de savoir si l'on peut raisonnablement exiger de cette retraitée qu'elle cherche un logement meilleur marché. Le principe en la matière est le suivant : l'État est en droit d'exiger d'elle qu'elle prenne toutes les mesures qu'une personne raisonnable qui ne bénéficie d'aucune prestation publique prendrait dans la même situation<sup>83</sup>. Sans cela, les bénéficiaires de prestations publiques seraient avantagés par rapport aux autres – dans le cas des PC, aux dépens des autres contribuables –, ce qui violerait le principe d'égalité devant la loi.

Bien qu'un déménagement puisse être une épreuve considérable, surtout pour des aîné-e-s, on estime raisonnable de l'exiger des personnes âgées qui ne perçoivent

**83** ATF 133 V 504, p. 509, consid. 4.2.

pas de PC et ne parviennent plus à payer leur loyer. L'État peut donc aussi exiger de cette retraitée, qui est encore en bonne santé et relativement jeune, qu'elle cherche un logement dans un autre quartier, sans quoi elle serait avantagée par rapport aux personnes ne percevant pas de PC. En raison du principe de proportionnalité, il doit toutefois lui accorder un certain délai et même le prolonger si, malgré d'intenses recherches, elle ne trouve aucun logement meilleur marché.

Afin de « contourner » la limite de loyer imposée par le régime des PC, et donc éviter de devoir déménager dans un autre quartier, cette femme envisage d'aller vivre dans un EMS situé près de chez elle. Elle entend tirer ainsi parti du fait que les PC couvrent la taxe journalière de l'EMS, qui comprend tous les frais réguliers d'hébergement, d'hôtellerie, de soins et de prise en charge. Ces dispositions légales sont justes et nécessaires, mais dans l'exemple qui nous occupe, elles poussent une retraitée à aller vivre à contrecœur en EMS, alors que cette solution est économiquement moins avantageuse pour l'État.

### **Conclusions et recommandations**

Du point de vue des droits de la personne, il est en principe justifié de limiter le montant imputable au loyer dans le cadre des PC. Cette disposition devient en revanche problématique lorsque le loyer maximal est fixé si bas que le libre choix des bénéficiaires de PC s'en trouve extrêmement limité, par exemple parce qu'il les contraint à se loger dans des régions périphériques. Actuellement, ces montants maximaux ne couvrent en moyenne que 70 % du loyer<sup>84</sup>.

Le législateur ayant reconnu la nécessité de réviser la manière de déterminer les montants maximaux pris en compte au titre du loyer, le Parlement vient de décider de les augmenter légèrement.

Le fait que le régime des PC n'est pas neutre, mais favorise la vie en institution, est problématique. La liberté personnelle étant garantie, le législateur est tenu de choisir un régime de sécurité sociale qui respecte autant que possible les droits de la personne. S'il peut prendre en compte les ressources financières limitées des pouvoirs publics, il ne peut limiter de fait ou de droit les droits de la personne par manque de coordination entre les réglementations (ni pour tenter de reporter les frais sur une autre entité).

### **Informations supplémentaires**

Près de 13 % des bénéficiaires d'une rente AVS perçoivent des PC. Plus on vieillit, plus on est susceptible d'en avoir besoin : en effet, les années passant, la probabilité d'entrer en EMS, et donc de devoir supporter davantage de frais, aug-

**84** Message du Conseil fédéral sur la LPC, p. 806.

mente. Les personnes étrangères qui ne sont arrivées en Suisse qu'à l'âge adulte et ne perçoivent par conséquent que des rentes AVS partielles doivent elles aussi, comme les personnes très âgées, percevoir plus fréquemment que les autres des PC pour subvenir à leurs besoins<sup>85</sup>.

### **3.2 Conflits de compétences pour le financement des soins**

#### **Cas d'espèce**

*Un homme de 79 ans, qui vit dans sa propre maison au Tessin, a de plus en plus de peine à tenir son ménage. Il décide de déménager dans un EMS du canton de Zurich pour que son fils, qui vit dans cette région, puisse lui rendre visite plus fréquemment. Le canton du Tessin refuse toutefois de prendre en charge les coûts de l'EMS zurichois.*

#### **Droits en jeu**

Liberté d'établissement

Droit au logement

Droit à la vie de famille

#### **Questions juridiques**

Un flou juridique entoure la prise en charge des coûts de séjour dans un home hors canton. Quels en sont les effets sur la liberté d'établissement ? Le canton du Tessin est-il tenu de prendre en charge les coûts du home zurichois ?

#### **Analyse juridique**

En raison de la liberté d'établissement, les cantons ne peuvent en principe pas empêcher une personne de quitter leur territoire ou de s'y établir, ni poser des obstacles à ce changement. Cette liberté peut toutefois être limitée, aux conditions prévues par l'article 36 Cst.

Les restrictions directes qui étaient autrefois imposées aux personnes de condition modeste ont été supprimées. Théoriquement, rien n'empêche donc notre retraité de changer de canton. Dans les faits, le régime actuel de financement des soins restreint toutefois les possibilités de cet homme, dont les moyens financiers sont limités. Il ne pourra en effet aller vivre près de son fils que si le canton du Tessin participe aux frais de l'EMS zurichois. La question se pose donc de savoir si le Tessin est obligé de prendre à sa charge une partie de ces coûts.

<sup>85</sup> Statistiques de l'OFAS sur les PC, pp. 4 s. ainsi que Statistiques de l'OFAS sur les PC, tableaux détaillés, p. 5.

Les dispositions légales en matière de financement des soins variaient beaucoup d'un canton à l'autre, et l'un des sujets controversés était justement de savoir qui devait assumer les coûts de séjour en EMS hors canton. Cette incertitude juridique a amené bon nombre de homes à ne plus accepter de résident-e-s domiciliés dans un autre canton<sup>86</sup>, ce qui restreignait considérablement la liberté d'établissement de toutes les personnes âgées, et pas seulement de celles de condition modeste. Jugeant cette situation insatisfaisante, le Parlement fédéral a modifié dernièrement la loi sur l'assurance-maladie. Cette nouvelle réglementation, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2019, limite la marge de manœuvre des cantons.

C'est maintenant toujours le canton de provenance qui doit prendre en charge les coûts de l'EMS (dans notre exemple, le canton du Tessin). Ce canton ne doit toutefois verser qu'un montant correspondant aux tarifs usuels chez lui, à moins que le retraité ne doive entrer dans un EMS zurichois parce que le Tessin ne peut lui proposer de place proche de son domicile. Rien n'indique qu'il en soit ainsi : c'est pour des raisons exclusivement personnelles que cet homme veut s'installer à Zurich, et pas par manque de place pour lui dans un home tessinois.

Cette nouvelle réglementation limite certes toujours de fait la liberté d'établissement des personnes en situation économique précaire, mais constitue tout de même un progrès du point de vue des droits de la personne. Elle permet en effet de prendre en compte, lors de la décision d'assumer les coûts, certaines raisons menant au changement de canton, et d'examiner ainsi le principe de proportionnalité.

L'homme de notre exemple devrait donc probablement payer de sa poche la différence de tarif entre homes tessinois et homes zurichois. S'il n'a pas les moyens de le faire, il devra rester au Tessin, ce qui ne sera pas pour faciliter les contacts avec sa famille. Il n'existe en effet pas de droit subjectif à vivre dans le lieu le plus favorable à sa vie de famille. Les personnes qui ne bénéficient pas de prestations de la part de l'État doivent elles aussi, pour diverses raisons, s'accommoder de certains obstacles à leur vie de famille, comme des trajets relativement longs. Dans l'exemple qui nous occupe, la vie de famille peut se dérouler au Tessin également : le fils de ce monsieur peut venir régulièrement lui rendre visite, ou même s'y installer. L'analyse de la situation serait tout autre si le fils était en fauteuil roulant par exemple, et était par conséquent lui-même peu mobile.

### **Conclusions et recommandations**

Jusqu'à fin 2018, la prise en charge des coûts des séjours en home hors canton variait d'un canton à l'autre. Il était par conséquent difficile de savoir si, et jusqu'à quel montant, le canton du Tessin était tenu d'assumer les coûts d'un séjour dans

86 CSSS-N 2013, p. 15.



un EMS zurichois. Dès 2019, le canton du Tessin devra prendre au moins une partie des coûts du home zurichois à sa charge.

La nouvelle réglementation devrait résoudre les problèmes les plus graves en matière de liberté d'établissement. Il conviendra cependant d'observer comment les cantons, qui jouiront toujours d'une certaine marge de manœuvre, appliqueront ces nouvelles dispositions.

### **3.3 Sur la liste d'attente d'un EMS contre son gré**

#### **Cas d'espèce**

*Une dame de 80 ans apprend par hasard que son fils l'a inscrite sur la liste d'attente d'un EMS. Or, elle lui a toujours fait clairement savoir qu'en dépit de ses problèmes de santé, elle ne voulait pas aller vivre en home. De surcroît, elle a de la peine à faire connaître sa volonté à d'autres personnes, car elle ne maîtrise pas bien le français.*

#### **Droits en jeu**

Droit à la liberté personnelle

#### **Questions juridiques**

Un fils peut-il inscrire sa mère sur une liste d'attente d'un EMS sans son accord ? Et qu'en serait-il si un médecin déclarait cette dame incapable de discernement ?

#### **Analyse juridique**

En raison de la liberté personnelle, cette vieille dame peut décider elle-même si elle veut entrer en EMS ou pas. Ce n'est que si elle n'est plus capable de discernement pour les questions relatives au logement qu'une autre personne peut, ou doit, décider à sa place.

Pour savoir si cette aînée est capable de discernement en ce qui concerne son logement, il faut prendre en compte des aspects concrets de la situation dans laquelle elle se trouve, sans toutefois placer la barre trop haut étant donné que la question du logement est plutôt simple et n'exige pas de connaissances particulières. Poser les questions suivantes peut permettre d'y voir clair : cette vieille dame est-elle capable d'évaluer convenablement son état de santé ? Est-elle consciente du niveau de prise en charge dont elle a besoin ? Voit-elle les risques que comporte pour elle son logement actuel ? Ses compétences linguistiques n'entrent en revanche pas en ligne de compte, car elles ne disent rien de sa capacité de discernement.

Cette personne âgée a un avis tranché, qui n'a pas varié au fil du temps. Elle s'est forgé son opinion après mûre réflexion, en pesant le pour et le contre des différentes solutions.

Supposons donc qu'elle soit *capable de discernement*. Dans ce cas, elle peut décider en toute autonomie d'entrer ou non dans un home, et donc aussi de vouloir ou non s'inscrire sur une liste d'attente. Son fils a par conséquent porté atteinte à son autonomie, même si l'on peut supposer qu'il était bien intentionné. En tant que particulier, il ne peut toutefois pas être tenu directement pour responsable d'une atteinte à l'autonomie d'autrui. L'EMS par contre, en omettant de demander l'avis de cette vieille dame, a violé sa liberté personnelle.

On établit parfois des rapports médicaux pour évaluer la capacité de discernement d'une personne. Si un médecin constate que la personne âgée de notre exemple a de graves problèmes d'orientation et des vertiges, mais qu'elle refuse ce diagnostic, cela peut être un indice d'altération de la capacité de discernement.

Supposons donc, maintenant, que cette vieille dame ne soit pas *capable de discernement*. Dans ce cas, une autre personne doit décider à sa place. Si un mandat pour cause d'incapacité a été confié à quelqu'un, c'est à cette personne de prendre la décision. Si la vieille dame est sous curatelle, c'est à la curatrice ou au curateur de le faire. Dans tous les autres cas, la situation n'est pas claire du point de vue juridique. La loi indique certes qui peut signer le contrat de prise en charge pour la personne incapable de discernement – généralement la fille ou le fils, en vertu des règles de désignation de la représentante ou du représentant pour les mesures médicales (article 378 CC). Il n'y a pas de consensus sur la question de savoir si cette règle peut être appliquée à la décision d'admission en EMS.

Tant que la personne âgée et les membres de son entourage le plus proche s'accordent sur le fait qu'entrer en EMS est la meilleure solution, cette question n'est que théorique. Mais si les avis divergent, comme dans notre exemple, le fait que les proches décident à la place de la personne âgée peut poser problème.

La volonté présumée de la personne doit toujours être prise en compte, peu importe qui prend la décision à sa place. Pour établir cette volonté présumée, on se fonde sur les opinions exprimées par le passé, les valeurs et le mode de vie, mais aussi sur les expressions non verbales telles que les gestes, qui reflètent les souhaits de la personne. Une personne habilitée à représenter un-e aîné-e ne peut par conséquent lui imposer une entrée dans un EMS s'il s'y oppose activement, et cela, même en cas d'incapacité totale de discernement. Son seul moyen de le ou la faire entrer en EMS sera de recourir à un placement à des fins d'assistance.

Lorsqu'une personne incapable de discernement affirme à ses proches ne pas vouloir aller vivre en home, mais ne s'y oppose pas activement en présence d'autres personnes, la situation est plus délicate. Dans ce cas, il y a atteinte à la volonté présumée de la personne, mais cette infraction n'est pas manifeste pour les tiers.

### **Conclusions et recommandations**

Si les enfants ont certes le devoir d'aider leurs parents âgés, les cas dans lesquels ils sont autorisés à agir à leur place ou contre leur volonté sont rares et réglés par la loi. Les personnes capables de discernement prennent toujours elles-mêmes les décisions qui les concernent. Dans notre exemple, si la mère est capable de discernement, son fils a outrepassé ses compétences.

Si elle n'est pas capable de discernement, la question de savoir si son fils a ou non le droit d'agir en qualité de représentant légal n'est juridiquement pas tranchée. Quoi qu'il en soit, il peut être adéquat, surtout en cas de divergences, de recourir à l'autorité de protection de l'adulte, qui peut intervenir pour conseiller et faire une médiation et, au besoin, nommer une curatrice ou un curateur, qui décidera à la place de la personne.

C'est toujours la volonté présumée de cette aînée qui doit primer, peu importe qui décide à sa place. Dans notre exemple, comme cette personne âgée a toujours exprimé le vœu de rester chez elle, il faudrait absolument commencer par envisager des mesures de soutien ambulatoires.

Si elle a l'impression que ses droits ne sont pas respectés, cette vieille dame – ou un de ses proches – peut s'adresser à un service de médiation pour les questions relatives aux patients et aux homes, ou à l'autorité de surveillance des homes de son canton.

Une institution publique qui soupçonne qu'une personne y réside contre sa volonté doit assumer ses obligations de protection et, par exemple (en faisant appel à un-e interprète si nécessaire), tirer la situation au clair et informer le cas échéant l'autorité de protection de l'adulte.

### **Informations supplémentaires**

Le nombre de personnes vivant en home est plus élevé en Suisse que dans d'autres pays<sup>87</sup>. En cas de doute sur le caractère volontaire de l'entrée dans un home, il est possible de s'adresser aux services de médiation pour les patients existant dans certains cantons. Le site internet de l'association alter ego fournit une liste de ces services : [www.alter-ego.ch](http://www.alter-ego.ch) > Partenaires.

**87** Höpflinger, Bayer-Oglesby et Zumbrunn, p. 106.

### 3.4 Manger : où, quand, quoi ? La question des repas dans les homes<sup>88</sup>

#### Cas d'espèce

*Dans un home pour personnes âgées de Suisse romande, le souper est servi à 17 heures. Une résidente de 77 ans, qui sillonne la Suisse en train, ne rentre souvent que vers 18 heures en été, et trouve cet horaire trop contraignant.*

*Sa voisine de table, une femme de 82 ans, se plaint qu'on ne lui permette pas de consommer de l'alcool sous prétexte d'incompatibilité avec ses médicaments.*

*Une dame musulmane de 81 ans, qui vit dans la même institution, souhaiterait manger de la viande halal, mais le home se borne à lui proposer le menu végétarien.*

#### Droits en jeu

Droit à la liberté personnelle

Liberté de conscience et de croyance

#### Questions juridiques

Les homes reçoivent toutes sortes de demandes de la part de leurs pensionnaires. Doivent-ils toujours y donner suite ? Et quelle importance accorder aux coûts générés par ces souhaits ?

#### Analyse juridique

L'entrée dans un EMS bouleverse le quotidien de la personne âgée, qui doit s'adapter à de nombreux changements : le lieu de vie, les gens autour d'elle, le rythme de ses journées, tout est nouveau. Elle doit abandonner de vieilles habitudes et ses préférences ne peuvent souvent pas être prises en compte. Toutes ces circonstances limitent au quotidien la liberté personnelle des pensionnaires, et la plupart du temps sur une longue période. Il s'agit donc là d'une restriction considérable de la liberté personnelle, qui n'est permise qu'aux conditions prévues par l'article 36 Cst.

Ces limitations se fondent généralement sur un règlement interne. Et bien que ce genre de documents ne soit pas éminemment légitime du point de vue démocratique, on peut supposer qu'ils constituent dans bien des cas une base légale suffisante, puisque le législateur ne peut réglementer en détail tous les aspects de la vie en institution.

Les restrictions à la liberté personnelle ont généralement comme objectif d'assurer un fonctionnement correct et économique de l'institution. Lorsque l'on pèse les in-

<sup>88</sup> Pour approfondir le sujet, voir Cherubini, pp. 175 à 177, pp. 184 à 186 et pp. 276 à 278.

térêts en jeu, pour décider d'accepter ou non une demande, il est par conséquent important de tenir compte du coût – en ressources financières et personnelles – de cette dernière.

Dans notre *premier exemple*, il s'agit de savoir à quel point les règles concernant le déroulement de la journée peuvent être strictes. Si les institutions doivent pouvoir édicter des règles, par exemple pour être en mesure d'établir les grilles horaires du personnel, elles ne peuvent pas pour autant adopter des règlements très détaillés et les appliquer à la lettre, car une telle pratique ne respecterait pas le principe de proportionnalité. Dans ce cas d'espèce, il ne serait pas raisonnable d'exiger de cette résidente d'être de retour à 17 heures tapantes dans le réfectoire. Pour mieux respecter la liberté personnelle des pensionnaires, le home peut prévoir une tranche horaire (pas trop réduite) durant laquelle ces derniers peuvent prendre leur repas du soir.

Dans notre *deuxième exemple*, il s'agit de règles imposées pour protéger la santé des pensionnaires. Ces règles censées leur être bénéfiques respectent-elles leur liberté personnelle ? Ici aussi, il s'agit d'une pesée des intérêts : l'EMS est tenu de rechercher un juste équilibre entre deux obligations qui lui sont faites, celle de préserver la santé et la vie de cette dame et celle de respecter sa liberté personnelle. Le raisonnement ne sera pas le même suivant que cette vieille dame est encore capable de discernement ou pas : si elle l'est, elle a elle aussi, comme les personnes ne vivant pas en institution, le droit de se comporter d'une façon qui lui porte préjudice. Si, en revanche, la consommation d'alcool la rend agressive envers le personnel, il faut aussi prendre en compte la protection de l'équipe soignante dans la recherche du juste équilibre.

Dans notre *troisième exemple*, il est question de souhaits particuliers pour la nourriture. Il s'agit ici de rechercher un équilibre entre, d'une part, la liberté personnelle et d'autres libertés, comme la liberté religieuse et, d'autre part, les possibilités financières et organisationnelles de l'EMS. Se procurer des aliments pour préparer des repas cachère ou halal étant plutôt compliqué, on peut difficilement exiger d'une institution, surtout si elle est de petite taille, qu'elle exauce de tels souhaits. Les homes doivent par contre proposer systématiquement des menus végétariens, car leur préparation ne pose pas de problème particulier. L'EMS dans lequel vit cette personne âgée peut éventuellement commander des repas à l'extérieur pour elle, mais dans ce cas, il serait probablement en droit de lui facturer les frais supplémentaires.

### **Conclusions et recommandations**

Dans tous les exemples ci-dessus, il s'agit de trouver un juste équilibre entre les intérêts des pensionnaires et les possibilités de l'institution. Réglementer de manière trop stricte le déroulement des journées (les heures des repas, mais aussi

les horaires de réveil, de douche, etc.) ne respecte pas la liberté personnelle des personnes âgées. Des règles pour la consommation de certaines denrées ou boissons peuvent tout au plus être imposées pour protéger des personnes incapables de discernement ou le personnel.

Pour savoir s'il existe un droit subjectif à une prestation précise, il convient toujours de peser les intérêts en présence, et de prendre en compte notamment la taille de l'institution. On peut en effet plus raisonnablement exiger d'un grand EMS que d'un home de taille plus modeste qu'il propose un choix de menus respectant diverses convictions religieuses ou philosophiques.

Chacun de ces cas d'espèce soulève aussi la question de savoir si les pensionnaires ont le droit de participer à la prise de décisions sur des sujets importants de leur vie quotidienne en home. Les directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) concernant le traitement et la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance disposent que les pensionnaires seront généralement associés aux décisions touchant à l'organisation de la vie quotidienne, au vivre ensemble et aux événements collectifs<sup>89</sup>. Elles respectent en cela le principe de dignité humaine, qui veut que les individus ne soient pas de simples destinataires des décisions.

Pour rendre les décisions plus acceptables et prévenir des conflits, l'institution a tout intérêt à informer régulièrement les pensionnaires de la manière dont elle organise la prise en charge, à en parler avec eux et à annoncer rapidement d'éventuels changements.

La loi garantit aux personnes vivant dans des homes pour personnes handicapées le droit de prendre part aux prises de décisions. Le principe de l'égalité devant la loi voudrait que l'on octroie ce droit également aux pensionnaires des EMS et institutions pour personnes âgées.

### **Informations supplémentaires**

Que penser d'une interdiction de fumer dans un home ? Bien que le Tribunal fédéral ne se soit encore jamais prononcé sur la question de savoir si fumer constitue un droit de la personne<sup>90</sup>, il serait problématique d'interdire de fumer à l'intérieur d'une institution et dans ses environs immédiats : les pensionnaires, souvent peu mobiles, n'auraient en effet pratiquement pas de possibilité de se soustraire à cette interdiction. Si, en revanche, un home définit des zones fumeurs, il peut interdire la fumée dans le reste de ses locaux. Sans compter qu'un EMS doit aussi préserver la santé et le bien-être des autres pensionnaires et du personnel.

**89** ASSM, Directives médico-éthiques, p. 20.

**90** ATF 133 I 110, p. 120, consid. 5.2.2.

### 3.5 Mesures limitant la liberté de mouvement

#### Cas d'espèce

*Un homme de 88 ans en fauteuil roulant, qui vit en EMS, est très agité depuis quelques jours. Il fait une chute en essayant de se lever lui-même de son fauteuil. Deux jours plus tard, l'infirmière en chef décide qu'il sera dorénavant attaché à son fauteuil durant la journée. La fille de cet homme approuve cette mesure. Par contre, elle voit d'un mauvais œil que son père, qui a toujours été un solitaire, soit amené dans la salle commune pour y passer ses journées.*

#### Droits en jeu

Liberté de mouvement

#### Questions juridiques

Les mesures prises par l'EMS tombent-elles dans le domaine du droit à la liberté de mouvement de ce pensionnaire ? Violent-elles cette liberté ?

#### Analyse juridique

Le champ d'application de la liberté de mouvement s'étend au fait d'attacher une personne, mais cette liberté n'est pas absolue. Elle peut être limitée, aux conditions prévues par l'article 36 Cst., ce qui signifie qu'il faut en particulier se fonder sur une base légale.

Le droit de la protection de l'adulte permettant de limiter uniquement la liberté de mouvement de pensionnaires *incapables de discernement*, les pensionnaires sains d'esprit ne peuvent faire l'objet de mesures de contention sans leur consentement<sup>91</sup>. Pour la suite du raisonnement, on supposera donc que ce monsieur n'est plus capable de discernement.

La liberté de mouvement de personnes incapables de discernement peut être restreinte notamment afin de faire cesser une grave perturbation de la vie communautaire, qui a des effets intolérables pour la communauté. Il n'est en revanche pas admissible de restreindre à titre préventif la liberté de mouvement, dans le seul but de prévenir une éventuelle perturbation. De plus, l'institution est tenue de prendre des mesures en amont pour éviter que la vie communautaire ne soit perturbée. Dans le cas qui nous occupe ici, il n'y a pas de grave perturbation de la vie de la communauté.

La liberté de mouvement peut aussi être limitée afin d'éviter un grave danger pour des tiers. C'est notamment le cas lorsque la personne incapable de discernement

<sup>91</sup> À l'exception du placement à des fins d'assistance.

se comporte de manière particulièrement agressive envers le personnel. Dans le cas d'espèce présenté ci-dessus, ce risque n'existe pas.

En dernier lieu, la question se pose de savoir s'il y a danger pour la vie ou l'intégrité physique de ce pensionnaire, ce qui pourrait aussi justifier une restriction de sa liberté de mouvement. Dans notre exemple, ce dernier a déjà fait une chute, ce qui laisse supposer qu'il peut à nouveau tomber, et donc que le risque de blessures est sérieux. Le home, qui est tenu de préserver sa santé, se devait donc d'envisager des mesures.

Il reste toutefois à savoir si la mesure adoptée respecte le principe de proportionnalité. Aurait-il été possible de prendre une mesure moins incisive, comme des protecteurs de hanches ou un casque ? Par ailleurs, la personne concernée doit être consultée pour le choix de la mesure ; même une personne incapable de discerner peut parfois faire comprendre clairement quelle solution la dérange le moins. Il n'est pas permis de restreindre la liberté de mouvement pour réduire les besoins en personnel et, par là, faire des économies. Il n'est par conséquent pas justifié d'amener ce vieil homme contre son gré dans la salle commune dans le seul but de faciliter le travail du personnel. Toutefois, des séjours non souhaités dans les lieux communs peuvent, à certaines conditions, être admissibles. Il faut pour cela que cette mesure soit nécessaire, appropriée et raisonnablement exigible pour prévenir les atteintes à la santé qui pourraient découler de l'isolement.

C'est à l'institution de prendre les mesures limitant la liberté de mouvement. Contrairement à ce qui se passe avec les mesures médicales, elle n'est pas tenue de consulter au préalable la personne habilitée à représenter la ou le pensionnaire. Elle doit toutefois immédiatement l'en informer et cette dernière peut soumettre la décision en question à l'autorité de protection de l'adulte. Pour conférer davantage de légitimité à une mesure, il est donc recommandé d'associer les proches à la décision.

La loi ne précise pas qui, au sein de l'institution, est autorisé à prendre une telle décision : les membres de la direction seulement, ou aussi le service concerné ? Les homes devraient donc déterminer clairement ces compétences dans un règlement interne. Il est aussi souhaitable que la décision de limiter la liberté de mouvement d'un-e pensionnaire soit abordée au sein d'une équipe. Dans l'exemple présenté, la décision a été prise par l'infirmière en chef. On est en droit de supposer, en la matière, que les institutions ont tendance à confier cette décision à un échelon hiérarchique trop bas : attacher un individu ne relève pas seulement des soins, mais constitue aussi une atteinte aux droits de la personne.

### **Conclusions et recommandations**

Les homes et EMS peuvent limiter la liberté de mouvement des personnes incapables de discernement, mais seulement en respectant de strictes conditions. Si



la fille de ce monsieur estime que ces conditions ne sont pas réunies dans le cas de son père, elle peut s'adresser à un service de médiation pour les patient-e-s et pensionnaires de homes, ou directement à l'autorité de protection de l'adulte. Cette dernière examinera d'une part si la mesure est justifiée sur le fond. Elle contrôlera aussi, d'autre part, si les conditions formelles ont été respectées : a-t-on expliqué à cet homme, avant de l'attacher à son fauteuil roulant, pourquoi on allait le faire ? Lui a-t-on dit qui est sa répondante ou son répondant au sein de l'EMS ? Sa fille, en sa qualité de personne habilitée à le représenter, a-t-elle été informée à temps de cette mesure ? Pour son examen, l'autorité de protection de l'adulte se fonde notamment sur les rapports du home, qui mentionnent toutes les mesures prises. Ces procès-verbaux servent par conséquent aussi à préserver le home de plaintes injustifiées.

### **Informations supplémentaires**

Il arrive souvent que l'on restreigne la liberté de mouvement des personnes atteintes de démence, la plupart du temps pour les protéger. Les mesures de contention peuvent toutefois entraîner des conséquences néfastes, comme une augmentation du risque d'infection pulmonaire ou de thrombose. Sans compter qu'elles sont souvent source de stress<sup>92</sup>.

## **3.6 Droit à l'autodétermination ou dignité humaine ?**

### **Cas d'espèce**

*Une femme rend visite à son grand-père de 95 ans, atteint de démence, qui vit dans un EMS. Elle le trouve assis dans la salle commune, de bonne humeur, mais pas rasé et vêtu seulement d'un slip. Elle est choquée : son grand-père, ancien diplomate, a toujours fait très attention à son apparence. La directrice de l'EMS lui explique qu'il refuse catégoriquement de s'habiller et de se raser, et qu'il réagit agressivement quand le personnel lui propose de l'aider.*

### **Droits en jeu**

Droit à la dignité

Droits à l'intégrité physique et psychique

Droit à la liberté personnelle

Liberté de mouvement

<sup>92</sup> Lindemann, Schmuck et Schmid, p. 34.

### Questions juridiques

Ce cas d'espèce pose la délicate question des limites du droit à l'autodétermination. Y a-t-il des cas dans lesquels la dignité humaine exige de passer outre la volonté d'une personne ?

### Analyse juridique

Le droit à la dignité humaine comprend celui de déterminer librement ce qui fait sa propre dignité. Chaque individu décide donc lui-même de quelle manière il souhaite apparaître en public. Rasé de près ou pas rasé, douché ou pas, dans des habits neufs ou défraîchis – tout au moins les personnes capables de discernement ne doivent pas se laisser dicter leur conduite dans ces domaines, pas même par des proches qui trouveraient leur apparence « indigne ».

Dans ce cas d'espèce, il est par conséquent essentiel de savoir si ce vieil homme est encore capable de discernement. Et il serait erroné de conclure sans autre forme de procès que les personnes atteintes de démence ne le sont plus, car elles peuvent parfois encore être capables de décider elles-mêmes de certaines questions telles que leur apparence ou leurs relations sociales.

Le fait que cet homme agisse d'une manière qui n'a plus grand-chose à voir avec ses valeurs d'autrefois peut être un indice d'incapacité de discernement. Supposons donc qu'il n'est *pas capable de discernement*. Dans ce cas, d'autres personnes doivent décider à sa place comment il convient de respecter et de protéger sa dignité, et donc, notamment, s'il est permis ou non de l'habiller et de le raser contre sa volonté. Dans le cas qui nous occupe, qui sont ces « autres personnes » ?

En règle générale, pour les questions ayant trait aux soins et à la prise en charge de routine, les homes décident de manière autonome. Si, comme dans notre exemple, une de ces questions touche à la dignité humaine, il est conseillé d'en parler au préalable à la personne qui est habilitée à représenter l'aîné-e en vertu du droit de la protection de l'adulte.

La personne qui décide à la place de ce vieil homme, quelle qu'elle soit, doit se fonder sur sa volonté présumée. Pour connaître cette volonté présumée, on peut notamment se fonder sur la vision du monde et les valeurs qui, comme le rapporte la petite-fille, caractérisaient cet ancien diplomate. La volonté exprimée au moment des faits doit toutefois elle aussi être prise en compte, sans quoi les personnes concernées ont l'impression de ne plus pouvoir décider par elles-mêmes et d'être à la merci des autres, ce qui est incompatible avec la dignité humaine<sup>93</sup>.

Dans le cas d'espèce, si l'on sait que ce vieil homme refuse de s'habiller et de se raser, on ignore en revanche pourquoi il le fait. Est-ce pour pouvoir déambuler

93 ATF 127 I 6, p. 17, consid. 5f.

légèrement vêtu dans le home ? Le fait qu'il est manifestement à l'aise au moment où sa petite-fille lui rend visite le laisse penser. Il se pourrait aussi qu'il soit disposé à s'habiller, mais trouve les vêtements qu'on lui propose trop étroits ou trop chauds. Son agressivité envers le personnel pourrait aussi indiquer qu'il se sent contraint par celui-ci ; il serait donc intéressant de voir s'il refusait également de s'habiller si c'était une personne de confiance qui l'y aidait.

Si l'on veut habiller ou raser cet homme contre son gré, il faut tenir compte du fait que les soins donnés contre la volonté d'une personne constituent aussi des restrictions de sa liberté de mouvement, et ne peuvent donc être réalisés que s'ils sont proportionnés au but visé – par exemple protéger le personnel, préserver la santé du résident ou garantir le bon fonctionnement de l'institution. Il faut donc peser les intérêts en présence. Il se peut que cette pesée des intérêts ne soit pas la même pour l'habillement que pour le rasage, parce que celui-ci présente un danger de blessure plus marqué. Il se peut aussi que l'on accepte que ce pensionnaire ne s'habille pas tant qu'il ne se trouve pas dans les locaux communs.

### **Conclusions et recommandations**

La direction et le personnel des homes sont souvent confrontés à des questions complexes, dans lesquelles il leur faut trouver le juste équilibre entre divers droits tels que le droit à la liberté personnelle et la protection de la dignité humaine. Chaque cas étant différent, il n'est pas possible d'émettre des recommandations générales. Dans le cas d'espèce présenté ci-dessus, les proches et le home ne voient pas les choses de la même façon. Dans ces situations, il est capital que les deux parties dialoguent afin de chercher ensemble ce dont a réellement besoin la personne âgée. Elles doivent évidemment, ce faisant, faire participer autant que possible la personne incapable de discernement. Le dialogue permet aussi d'éviter que la personne concernée ou ses proches ne soient surpris par une mesure prise en leur absence.

Il convient aussi, naturellement, de s'assurer que les explications de la directrice du home n'ont pas pour but de couvrir des fautes de la part du personnel. Il est en effet possible que l'homme n'ait pas refusé de s'habiller, mais que l'employé-e chargé de l'aider n'ait pas eu le temps de le faire ce matin-là. Les ressources en personnel étant parfois très limitées, ce genre de négligence peut se produire. Il est par conséquent d'autant plus important que le personnel soit correctement formé en matière juridique, éthique et médicale, afin qu'il puisse réagir aux situations complexes de manière professionnelle et respectueuse des droits de la personne, même en période d'économies et de pénurie de personnel. Il semble tout aussi essentiel que le home offre son soutien pour gérer les cas lourds, adapte les grilles horaires si nécessaire et pratique une culture de l'erreur qui permet d'aborder les situations difficiles et les décisions problématiques.

## 4 Santé

Les prestations médicales ayant un coût élevé, on parle maintenant ouvertement en Suisse de les limiter. Nous montrons, à l'aide de deux cas d'espèce, les questions qui se posent en l'occurrence dans la perspective des droits humains. Cette limitation des prestations pouvant également venir des patient-e-s, qui décident d'eux-mêmes de ne pas subir un traitement ou de mettre un terme à leur existence, nous exposons aussi deux cas de ce genre.

### 4.1 Chasse aux « bons » risques

#### Cas d'espèce

*Une femme de 60 ans souhaite changer d'assurance de base et remplit un formulaire en ligne pour déposer une demande d'admission auprès d'un assureur. Celui-ci met un mois à lui répondre. Sa voisine, qui est sa contemporaine, lui rapporte qu'elle s'est adressée à la même caisse pour conclure une assurance complémentaire et qu'elle trouve que les primes demandées sont exorbitantes.*

#### Droits en jeu

Interdiction de la discrimination

Droit à la santé

#### Questions juridiques

Le niveau des primes des caisses-maladie est un sujet inépuisable du débat politique suisse. Les assureurs-maladie ont-ils le droit de moduler leurs primes en fonction de l'âge des personnes assurées ? Quelles règles s'appliquent à l'assurance de base ? Lesquelles aux assurances complémentaires ?

## Analyse juridique

Les assureurs qui pratiquent l'assurance de base et ceux qui proposent des assurances complémentaires sont soumis à des régimes différents. Étant donné que seuls les premiers réalisent une tâche qui incombe à l'État, ils sont les seuls à devoir respecter les droits fondamentaux.

L'assurée de *notre premier cas d'espèce* souhaite changer d'assureur de base. Toutes les personnes assurées d'un même canton paient les mêmes primes dans l'assurance de base, à quelques exceptions près. Les primes en fonction du risque étant interdites, une personne âgée versera le même montant qu'une jeune, même si, statistiquement, son risque de tomber malade est plus élevé. Les aîné-e-s sont donc des clientes et des clients moins intéressants pour les assureurs de base. Pour cette raison, le législateur a inscrit dans la loi sur l'assurance-maladie l'obligation pour l'assureur d'admettre toutes les personnes, afin d'éviter que les personnes âgées ou malades, les « mauvais risques », se retrouvent sans assurance : un assureur de base ne peut refuser d'assurer une personne qui dépose une demande d'admission.

Il n'est pas seulement interdit de refuser formellement une assurée ou un assuré, mais aussi d'empêcher l'admission ou le changement de caisse. Ainsi, l'assureur qui entrave l'admission ou la rend impossible en usant d'obstacles d'ordre administratif ou autre se rend punissable. Il ne peut notamment pas exiger de la personne qui dépose une demande d'admission qu'elle se présente personnellement ou qu'elle lui fournisse des renseignements concernant sa police d'assurance actuelle.

Dans le premier cas d'espèce, l'assureur a attendu un mois pour traiter la demande. Ce long délai pourrait laisser penser qu'il traite en priorité les demandes des jeunes, espérant que les personnes âgées, lassées d'attendre, s'adressent à un autre assureur. Si cette façon de procéder est sans aucun doute illicite, elle est toutefois difficile à prouver.

Dans le *deuxième cas d'espèce*, il s'agit d'une assurance complémentaire privée, un domaine régi par la liberté contractuelle. Ici, l'assureur a le droit de soumettre la requérante à un examen médical et de refuser de l'assurer si elle constitue un « mauvais risque ». Il est aussi tout à fait courant que les assureurs complémentaires fixent des âges d'admission maximaux pour certaines assurances.

L'assureur complémentaire peut aussi formuler des réserves ou majorer les primes des personnes âgées ou malades. Il a même le droit de réduire ses prestations à partir d'un âge déterminé. Ainsi, certaines polices d'assurance-vie prévoient de réduire de 10 000 à 30 000 francs, à partir de 70 ans, la somme assurée en cas de décès ou d'invalidité.

Ces exemples montrent que la liberté contractuelle est très étendue, et ne cesse de prévaloir que lorsque des dispositions contractuelles sont illicites ou contraires aux mœurs, ou constituent un engagement excessif pour la personne assurée. Les contrats conclus sur la base d'une erreur ou d'une menace, qui aboutissent à une

disproportion évidente entre prestation et contre-prestation ou qui résultent de l'exploitation d'une situation de détresse peuvent être attaqués en justice.

### **Conclusions et recommandations**

Les personnes en conflit avec l'assurance-maladie, que ce soient l'assurance de base ou les assurances complémentaires, peuvent soumettre leur cas à l'Office de médiation de l'assurance-maladie. Dans notre premier cas, l'assurée pourrait tout à fait obtenir gain de cause, car les assureurs de base sont liés par le principe de l'égalité des personnes, quel que soit l'âge de ces dernières. Dès lors, ils ne peuvent pas traiter plus lentement les demandes des personnes âgées que celles des jeunes. En revanche, les chances de la deuxième assurée d'obtenir un ajustement de ses primes sont faibles, car la liberté contractuelle s'applique au domaine des assurances complémentaires.

En 1999 déjà, le Préposé à la protection des données avait proposé une mesure simple pour prévenir toute discrimination dans l'assurance de base : utiliser des formulaires distincts pour l'admission dans l'assurance de base et dans les assurances complémentaires, et n'autoriser les questions sur l'âge et l'état de santé que dans le second cas. Le législateur n'a toutefois pas retenu cette solution<sup>94</sup>.

### **Informations complémentaires**

Dans le cadre d'une étude, cinq demandes d'offres de « bons risques » (des hommes jeunes) et cinq de « mauvais risques » (des femmes âgées) ont été envoyées à 47 caisses-maladie actives dans le canton de Berne. Les « mauvais risques » ont dû attendre leur réponse significativement plus longtemps, ce qui porte à croire que les assureurs pratiquent la sélection des risques, que la loi interdit. Cette étude peut être consultée sur le site suivant : [www.hausarztmedizin.uzh.ch](http://www.hausarztmedizin.uzh.ch) > Presse/Medien > Communiqué du 20 mars 2012.

Le site internet de l'Office de médiation de l'assurance-maladie est le suivant : [www.om-kv.ch/fr](http://www.om-kv.ch/fr).

## **4.2 Quand la caisse-maladie refuse de prendre le traitement en charge**

### **Cas d'espèce**

*Un homme de 66 ans en forte surcharge pondérale souhaite se faire poser un anneau gastrique, mais sa caisse-maladie refuse de prendre le traitement en charge en invoquant son âge.*

94 PFPDT, Rapport d'activités, p. 72.

## **Droits en jeu**

Dignité de la personne

Interdiction de la discrimination

Droit à la santé

## **Questions juridiques**

Les caisses-maladie peuvent-elles décider de prendre ou non en charge une prestation en fonction de l'âge de la personne assurée ? Si oui, quelles conditions doivent-elles respecter ? Que penser, dans la perspective des droits humains, des limites d'âge générales que l'on trouve dans les lois et les ordonnances ?

## **Analyse juridique**

Les assureurs de base étant directement liés par les droits fondamentaux, une inégalité de traitement entre patient-e-s jeunes et patient-e-s âgés doit se fonder sur des motifs qualifiés, sans quoi il s'agit d'une discrimination condamnable.

Jusqu'au milieu de l'année 2009, une ordonnance de la Confédération disposait que les caisses-maladie ne prendraient pas en charge les frais occasionnés par le traitement chirurgical de l'obésité chez les patient-e-s âgés de plus de 60 ans, au motif qu'avec l'âge, le risque de complications entraîné par l'intervention en question augmentait tandis que la mortalité due à l'obésité diminuait.

Dans un arrêt rendu en 2010, le Tribunal fédéral a avalisé cette argumentation et conclu que la limite d'âge prévue par l'ordonnance se fondait sur des critères médicaux et était donc justifiée par des motifs objectifs<sup>95</sup>. La Cour de Mon-Repos ne s'est pas penchée sur les circonstances concrètes du cas en question, ce qui pose un problème dans la perspective des droits humains. En effet, il faut des motifs qualifiés – et pas seulement des motifs objectifs – pour qu'une inégalité de traitement fondée sur l'âge ne tombe pas sous le coup de l'interdiction de la discrimination.

Dans le cas que le Tribunal fédéral a été appelé à trancher, il s'agissait d'un homme de 67 ans qui présentait une surcharge pondérale importante. Deux médecins avaient conclu que la pose d'un anneau gastrique constituait le meilleur geste thérapeutique dans son cas et jugeaient limité le risque de complications, de sorte qu'aucune raison médicale ne s'opposait au traitement<sup>96</sup>. L'application intransigeante d'une limite d'âge ne semble par conséquent pas non plus justifiée dans ce cas.

<sup>95</sup> ATF 136 I 121, p. 127, consid. 5.1 et 5.2.

<sup>96</sup> ATF 136 I 121, p. 122 A.

Contrairement à l'ordonnance, la loi dont celle-ci dépend ne prévoit actuellement pas de limite d'âge ni n'en prévoyait à l'époque. Elle précise toutefois que les caisses-maladie ne sont tenues de prendre en charge que les prestations efficaces, appropriées et économiques. Dès lors, pour le Tribunal fédéral, l'ordonnance, en fixant un âge limite, ne faisait que concrétiser ces critères<sup>97</sup>. Cette argumentation pose néanmoins quelques problèmes. Ainsi, cette intervention chirurgicale peut être efficace et appropriée pour des personnes âgées dont la condition physique et psychique est par ailleurs bonne. En niant le caractère économique que revêt cette prestation dans ces circonstances, le tribunal accorde une moindre importance à la vie des personnes âgées, ce qui est incompatible avec l'interdiction de discriminer et avec la dignité de la personne humaine.

### Conclusions et recommandations

L'assurance-maladie qui refuse de prendre en charge un traitement pour le seul motif de l'âge se rend coupable d'un acte de discrimination condamnable. Toutefois, comme le montre l'arrêt du Tribunal fédéral dont il est question ci-dessus, il est souvent difficile de faire valoir une discrimination de ce genre dans un cas particulier.

On peut imaginer que cette sentence de la Cour de Mon-Repos n'est pas étrangère à la décision de relever, puis de supprimer la limite d'âge pour le traitement chirurgical de l'obésité. Aujourd'hui, l'ordonnance renvoie en la matière aux directives de la société médicale spécialisée dans ce domaine, qui, au lieu de fixer une limite d'âge, précisent que « pour les patients âgés de 65 ans ou plus, les risques opératoires seront balancés avec l'espérance de vie attendue en raison des comorbidités »<sup>98</sup>. Cette disposition sauvegarde les droits fondamentaux de l'assuré-e en cela qu'elle permet de juger au cas par cas. Il est en effet tout à fait licite de considérer l'âge comme un critère pour juger d'un cas concret, et notamment pour évaluer le risque de complications. Signalons toutefois que ces directives ont été adoptées par une association privée et que toute mesure qui restreint la jouissance des droits de la personne (comme le rationnement des actes médicaux) doit reposer sur une base légale édictée dans le respect des principes démocratiques.

La suppression de cet âge maximal est à saluer, car des limites d'âge abstraites, dans le domaine de l'assurance-maladie, empêchent de juger au cas par cas.

### Informations complémentaires

Ce cas d'espèce est inspiré de l'affaire sur laquelle le Tribunal fédéral a statué dans

<sup>97</sup> ATF 136 I 121, p. 128, consid. 5.3.

<sup>98</sup> Directives SMOB, ch. 4.2.



son arrêt ATF 136 I 121. Les coûts du traitement s'élevaient à 24,955 francs, soit un montant bien inférieur aux coûts maximaux que les juges de Lausanne avaient fixés dans un autre arrêt en tenant compte du rapport coût-bénéfice<sup>99</sup>.

### 4.3 Médication forcée ?

#### Cas d'espèce

*Depuis peu, une femme de 92 ans souffrant de démence avancée ne reconnaît plus personne, pas même ses proches. Quand son mari lui rend visite, elle se comporte de manière grossière envers lui. Un jour, elle tente de lui jeter un verre d'eau froide. Le médecin de l'EMS lui administre alors un puissant calmant.*

#### Droits en jeu

Droit à l'intégrité physique et psychique

Liberté de mouvement

#### Questions juridiques

Lorsqu'une personne est incapable de discernement, qui décide de sa médication ?  
Quel rôle jouent en l'occurrence les directives anticipées, à supposer qu'il y en ait ?

#### Analyse juridique

L'administration de somnifères et de calmants constitue une atteinte à l'intégrité physique et psychique. Dans des circonstances normales, elle n'est par conséquent admissible que si l'intéressé-e y consent. On ne peut déroger à ce principe que lorsque cette personne met autrui gravement en danger et qu'aucune autre mesure ne permet d'écarter ce risque. Ce n'est plutôt pas le cas dans notre exemple, car la personne démente n'a fait que jeter un verre d'eau froide en direction de son mari. Une autorisation est donc nécessaire pour lui administrer un calmant.

Seules les personnes saines d'esprit peuvent donner leur consentement au sens juridique du terme. Dans l'exemple qui nous intéresse, la personne n'est probablement plus capable de discernement puisqu'elle présente une démence avancée. Elle ne peut donc plus donner de consentement valable à une intervention médicale. Il faut par conséquent trouver un instrument juridique qui puisse s'y substituer, comme les directives anticipées.

En adoptant des directives anticipées, la patiente ou le patient indique les mesures médicales auxquelles il consent et celles qu'il refuse en cas d'incapacité de

<sup>99</sup> ATF 136 V 395, pp. 408 s., consid. 7.4 et 7.5 et pp. 413 s., consid. 7.8.

discernement, ou désigne une personne qui sera habilitée à les autoriser. Si, dans notre exemple, la personne démente a rédigé des directives anticipées qui autorisent l'administration de somnifères ou de calmants et en précisent les modalités, le traitement qui lui est prescrit doit respecter ces directives. Le médecin doit s'y conformer même si, en se fondant sur un raisonnement médical, il parvenait à une autre conclusion. Il en va de même de la représentante ou du représentant, dont l'avis importe peu.

En revanche, la représentante ou le représentant joue un rôle essentiel lorsque la personne intéressée n'a pas adopté de directives anticipées. Elle doit alors donner son consentement à tous et à chacun des actes médicaux d'une certaine importance ; il ne lui est pas permis d'octroyer une autorisation en blanc, c'est-à-dire un accord général donné pour tous les actes médicaux qui s'avéreront nécessaires. Ce principe ne concerne toutefois pas les mesures de routine : dans ce cas, la représentante ou le représentant peut autoriser d'avance toutes les mesures nécessaires.

L'injection d'un puissant calmant n'étant pas une mesure de routine, il faut requérir l'autorisation de la représentante ou du représentant avant de l'administrer, sauf en cas d'urgence. L'institution peut aussi se mettre d'accord avec cette personne pour ajouter les calmants aux médicaments que prend habituellement la personne démente. Elle devra alors le consigner par écrit sur le plan de traitement et, si elle souhaite augmenter la dose, consulter à nouveau la représentante ou le représentant.

Il n'y a pas de principe général applicable à la désignation de la représentante ou du représentant, mais il s'agit souvent du conjoint dans le cas des personnes mariées. Dans notre cas, le médecin aurait donc dû demander en premier lieu l'autorisation du mari. Certains milieux médicaux critiquent cette solution, car ils estiment que les proches autorisés à représenter la personne incapable de discernement ne disposent généralement pas des connaissances requises, de sorte qu'ils doivent prendre des décisions qui dépassent leurs compétences. Un problème supplémentaire se pose dans le cas qui nous occupe : le mari est en proie à un conflit entre les intérêts de son épouse et ses propres intérêts. Signalons toutefois ici que si le législateur a choisi de poser comme condition le consentement de la représentante ou du représentant, c'est pour empêcher que ce soit une seule et même personne qui décide d'un acte médical et l'exécute.

L'institution peut faire appel à l'autorité de protection de l'adulte si cette disposition occasionne des problèmes. Ce sera par exemple le cas si le mari ne respecte pas la volonté présumée de sa femme ou s'il refuse de donner son consentement à une mesure médicalement indiquée.

En l'absence d'un consentement indirect – par les dispositions anticipées ou par accord donné par la représentante ou le représentant –, l'atteinte à l'intégrité

physique et intellectuelle sera illicite, à moins que les circonstances ne soient exceptionnelles. Toutefois, on ne parlera pas de médication forcée dans les cas où le comportement de la personne intéressée est passif, comme dans notre exemple, mais uniquement lorsque le traitement est administré contre la volonté clairement exprimée de la ou du pensionnaire ou en dépit d'une vive résistance.

### **Conclusions et recommandations**

Des calmants ne peuvent être administrés à cette vieille dame atteinte de démence que si elle a adopté des directives anticipées allant dans ce sens ou si sa représentante ou son représentant y consent. Dans certaines circonstances, l'EMS peut se contenter de demander ce consentement la première fois que ce genre de médicaments est administré et lorsque la dose ou la composition en est modifiée. Dans notre exemple, l'acte du médecin est illicite, car il n'a pas été autorisé.

Il est certes possible de se passer d'autorisation si la situation relève de l'urgence, mais ce n'était plutôt pas le cas ici.

Dans la pratique, le geste du médecin est sans doute la norme. En effet, les EMS considèrent que l'administration de somnifères et de calmants entre dans les soins et actes médicaux de routine, de sorte qu'ils ne demandent pas d'autorisation au cas par cas. Cette politique est critiquable compte tenu de la gravité de l'atteinte à l'intégrité tant physique et psychique. Les personnes qui entendent s'y opposer peuvent s'adresser à l'autorité de protection de l'adulte ou à l'autorité de surveillance des établissements médico-sociaux.

## **4.4 Décider de sa mort ?**

### **Cas d'espèce**

*Atteinte d'un cancer, une femme de 83 ans aimerait faire appel à une organisation d'aide au suicide pour mettre fin à ses jours.*

### **Droits en jeu**

Droit à la liberté personnelle

### **Questions juridiques**

La Suisse a la réputation d'avoir réglementé l'assistance au suicide de façon relativement libérale. Quelles règles s'appliquent dans notre cas ? Et comment la Suisse prévient-elle les abus dans ce domaine ?

### Analyse juridique

La liberté personnelle comprend le droit de décider quand et comment on souhaite mourir, de sorte que le suicide et l'assistance au suicide ne sont généralement pas punissables. Ainsi, dans notre exemple, une organisation qui fournirait une substance mortelle à cette vieille dame qui le demande expressément ne commettrait pas d'infraction. Toutefois, cette personne doit avaler elle-même cette substance, afin de rester maître de son acte jusqu'au dernier moment. En revanche, si l'organisation administrait elle-même la substance, par exemple en la lui injectant, elle se rendrait coupable d'un acte condamnable, même si la personne le lui avait demandé avec insistance.

Il n'est pas facile de se procurer les substances létales nécessaires au suicide assisté, délivrées uniquement sur ordonnance. L'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) a fixé dans ses directives des conditions précises à remplir pour qu'une telle ordonnance soit établie : la patiente ou le patient doit être capable de discernement par rapport au suicide assisté et doit avoir mûrement réfléchi, sans subir de pressions extérieures ; en outre, les symptômes de la maladie ou les limitations fonctionnelles doivent lui causer des souffrances insupportables<sup>100</sup>. Dans les anciennes directives, l'aide au suicide était réservée aux personnes souffrant d'une maladie mortelle. Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il refusé le droit de se procurer une substance létale à une femme qui souhaitait mettre un terme à ses jours parce qu'elle ne cessait de vieillir et de s'affaiblir et qu'elle ne voyait aucun sens à continuer à supporter cette dégénérescence de son corps et de son esprit<sup>101</sup>. Avec les nouvelles directives de l'ASSM, il sera sans doute possible de prescrire une substance mortelle aux personnes dans cette situation, qui ne devront plus se rabattre sur d'autres méthodes de suicide bien plus risquées ou plus douloureuses.

Dans la perspective des droits de la personne, le fait de continuer à exiger une ordonnance pour les substances létales ne pose pas problème, car cela permet à l'État de mieux contrôler que la personne a bel et bien décidé librement de mettre un terme à ses jours<sup>102</sup>.

### Conclusions et recommandations

Dans notre exemple, cette dame est en principe libre de décider de mettre un terme à ses jours. Il y a toutefois lieu de s'assurer qu'elle est capable de discernement et qu'elle s'est formée elle-même sa volonté, sans être influencée par des

<sup>100</sup> ASSM, Fin de vie et mort, pp. 26 s.

<sup>101</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_9/2010 du 12 avril 2010, consid. 3.1.

<sup>102</sup> ATF 133 I 58, p. 68, consid. 6.2.1.

tiers. Les directives de l'ASSM fournissent de précieux éléments pour en juger. Les conditions fixées par l'ASSM semblent ici réunies. Cette vieille dame devrait donc pouvoir exaucer son vœu. Si elle vit en institution, elle devrait s'entendre suffisamment tôt avec la direction sur l'endroit où le suicide assisté pourra avoir lieu. Le faire dans le home comporte tant des avantages que des inconvénients : si l'intéressé-e apprécie souvent la possibilité de finir ses jours dans un cadre qui lui est familier, son suicide peut toutefois être une épreuve pour le personnel et pour les autres résident-e-s. Il faut donc peser le pour et le contre. Un home financé par les pouvoirs publics ne saurait interdire toute aide au suicide dans ses locaux, car il ne respecterait pas la liberté personnelle de ses pensionnaires<sup>103</sup>.

### **Informations complémentaires**

Ces dernières années, le nombre de personnes résidant en Suisse à avoir choisi l'aide au suicide a bondi : de 205 en 2005, il est passé à 965 dix ans plus tard, soit près de cinq fois plus<sup>104</sup>.

## **4.5 Liberté de refuser un traitement médical**

### **Cas d'espèce**

*Un homme de 74 ans qui a déjà eu une tumeur maligne fait une rechute. Après mûre réflexion, il décide de ne pas se soumettre à une nouvelle chimiothérapie. Ses proches n'acceptent pas cette décision et prient l'oncologue d'appliquer tout de même ce traitement. Or, cette spécialiste dispose des directives anticipées du patient, qui refuse, dans le doute, les actes médicaux qui prolongent artificiellement la vie.*

### **Droits en jeu**

Droit à la liberté personnelle

### **Questions juridiques**

La fin de vie soulève souvent des questions très délicates. Qui décide si un acte médical est posé ou non ? Les personnes gravement atteintes dans leur santé doivent-elles avoir le droit de refuser une mesure indispensable pour les maintenir en vie ?

<sup>103</sup> ATF 142 I 195, p. 212, consid. 5.8.

<sup>104</sup> OFS, Statistique du suicide.

### **Analyse juridique**

En Suisse, si le débat autour du suicide assisté est parfois houleux, le nombre réel de cas est relativement faible. Il est bien plus fréquent que des malades renoncent à un acte thérapeutique en sachant qu'ils réduisent ainsi leur espérance de vie. Une telle décision, puisqu'elle relève de la liberté personnelle, bénéficie des garanties relatives aux droits de la personne.

Les proches ont parfois de la peine à accepter des décisions de ce genre, comme il en va dans notre exemple. Toutefois, l'oncologue ne devra prendre en compte que la volonté du patient, tant que celui-ci est capable de discernement. Elle ne doit en effet pas agir en fonction des souhaits des proches.

Les proches feront peut-être valoir que quiconque prend une décision de cette nature ne peut être en pleine possession de ses moyens. Or, pour juger de la capacité de discernement, peu importe si une décision semble raisonnable aux yeux des tiers. Ce qui compte, c'est de savoir si la personne peut peser correctement le pour et le contre du traitement et prévoir quelles seront les conséquences si elle y renonce. Si la personne ne se trouve pas au stade terminal d'une maladie, il faut par ailleurs s'assurer scrupuleusement qu'elle a formé librement sa volonté de mourir et qu'il s'agit d'une décision irrévocable, pour éviter qu'elle découle d'une maladie psychique ou du choc provoqué par le diagnostic.

Il se peut que l'oncologue s'aperçoive que le malade ne refuse la chimiothérapie que parce qu'il ne veut plus être une charge, financière ou autre, pour la société ou ses proches ou parce qu'il souffre de dépression de la personne âgée. Dans un tel cas, elle devrait lui rappeler son droit à la vie et au traitement.

Si le patient a décidé de manière irrévocable de refuser la chimiothérapie, l'oncologue aura alors l'obligation de l'accompagner dans la suite du processus thérapeutique et de lui indiquer par exemple les traitements antalgiques possibles. Si le patient n'est plus capable de discernement, le médecin doit s'en tenir à ses directives anticipées. Les dispositions de ces directives sont considérées comme l'expression de la volonté réelle et actuelle de la personne et priment même les déclarations que pourrait faire ultérieurement le patient, une fois qu'il n'est plus capable de discernement. L'oncologue ne pourra s'en écarter que lorsqu'elle a de bonnes raisons de douter que les directives anticipées renferment réellement la volonté librement exprimée de l'individu. Ces doutes doivent cependant se fonder sur des indices concrets et atteindre une certaine intensité. Il ne suffit ainsi pas que les proches prétendent que ces directives ne renferment pas la volonté véritable du malade.

### **Conclusions et recommandations**

Dans notre exemple, le malade a clairement exprimé sa volonté d'interrompre le traitement, et cette volonté est en phase avec les directives anticipées qu'il a

adoptées. L'oncologue devrait par conséquent interrompre le traitement, même si elle doutait de la capacité de discernement de son patient. Quant aux proches, ils doivent respecter cette volonté.

Cet exemple montre que les directives anticipées clairement formulées peuvent aider à faire respecter la volonté des patientes et des patients. Les personnes qui tiennent à décider pour et par elles-mêmes ont tout avantage à envisager d'en rédiger. Pour avoir l'assurance que les souhaits qu'elles y expriment seront interprétés conformément à leur volonté, elles devraient se faire conseiller, par exemple par leur médecin de famille. Les EMS devraient eux aussi aborder le sujet des directives anticipées avec les pensionnaires encore capables de discernement. Il est également recommandé de renouveler régulièrement cette déclaration, afin que personne ne puisse douter qu'elle est conforme à la volonté actuelle du signataire. Si des doutes de ce genre surgissent, il peut être fait appel à l'autorité de protection de l'adulte.

### **Informations complémentaires**

Actuellement, les directives anticipées sont le seul moyen dont dispose un individu pour exercer son droit de mener sa vie comme il l'entend même s'il devait perdre sa capacité de discernement. Malgré cela, un cinquième seulement des personnes vivant en Suisse en ont rédigé<sup>105</sup>.

**105** Les différences entre régions linguistiques sont marquées : si 27 % des Suisses alémaniques indiquent avoir rédigé des directives anticipées, ce pourcentage chute à 10 % en Suisse romande et à 5 % au Tessin (Pro Senectute 2017).





## Liste des abréviations

<b>AI</b>	Assurance-invalidité
<b>Al.</b>	Alinéa
<b>Art.</b>	Article
<b>ASSM</b>	Académie suisse des sciences médicales
<b>AVS</b>	Assurance-vieillesse et survivants
<b>EMS</b>	Établissement médico-social
<b>Fig.</b>	Figure
<b>CC</b>	Code civil
<b>CDPH</b>	Convention relative aux droits des personnes handicapées
<b>CEDH</b>	Convention européenne des droits de l'homme
<b>CO</b>	Code des obligations
<b>CourEDH</b>	Cour européenne des droits de l'homme
<b>CSDH</b>	Centre suisse de compétence pour les droits humains
<b>Cst.</b>	Constitution fédérale
<b>LAA</b>	Loi sur l'assurance-accidents
<b>LAMal</b>	Loi sur l'assurance-maladie
<b>Let.</b>	Lettre
<b>LHand</b>	Loi sur l'égalité pour les handicapés
<b>Loi sur l'égalité</b>	Loi sur l'égalité entre femmes et hommes
<b>LPP</b>	Loi sur la prévoyance professionnelle
<b>ONU</b>	Organisation des Nations Unies
<b>ORP</b>	Office régional de placement
<b>Pacte civil des Nations Unies</b>	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
<b>Pacte social des Nations Unies</b>	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
<b>PC</b>	Prestations complémentaires

## Bibliographie

- Akkaya Gülcan, Grund- und Menschenrechte in der Sozialhilfe – Ein Leitfaden für die Praxis, Lucerne 2015.
- Akkaya Gülcan, Belser Eva Maria, Egbuna-Joss Andrea et Jung-Blattmann Jasmin, Grund- und Menschenrechte von Menschen mit Behinderungen – Ein Leitfaden für die Praxis der sozialen Arbeit, Lucerne 2016.
- Belser Eva Maria, Kaufmann Christine, Egbuna Andrea et Ghielmini Sabrina, Différents en âge, égaux en droits – Catalogue des droits fondamentaux des personnes âgées en Suisse, [http://www.skmr.ch/cms/epaper/CSDH\\_personnes\\_agees/#page=1](http://www.skmr.ch/cms/epaper/CSDH_personnes_agees/#page=1) (consulté le 10 avril 2018).
- Belser Eva Maria, Kaufmann Christine, Egbuna-Joss Andrea, Ghielmini Sabrina et Medici Gabriela, Menschenrechte im Alter – Ein Überblick über die menschenrechtliche Situation älterer Personen in der Schweiz, [http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/180423\\_Studie\\_Menschenrechte\\_im\\_Alter.pdf](http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/180423_Studie_Menschenrechte_im_Alter.pdf) (consulté le 1<sup>er</sup> mai 2018).
- Belser Eva Maria, Waldmann Bernhard et Molinari Eva, Grundrechte I – Allgemeine Grundrechtslehren, Zurich, Bâle et Genève 2012.
- Belser Eva Maria et Waldmann Bernhard, Grundrechte II – Die einzelnen Grundrechte, Zurich, Bâle et Genève 2012.
- Bucher Eugen, Das Horror-Konstrukt der « Zwangsmedikation » : zweimal (ohne Zuständigkeit) ein Ausflug ins juristische Nirwana. Au sujet des ATF 126 I 112 et 127 I 6-30, in : Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 137/2001, pp. 764–807.
- Cherubini Marie, Les droits fondamentaux des personnes âgées en EMS, thèse de doctorat, Fribourg, Genève, Zurich et Bâle 2016.
- Ehrenzeller Bernhard, Schindler Benjamin, Schweizer Rainer J. et Vallender Klaus A. (Éd.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 3e édition, Zurich, Bâle, Genève et Saint-Gall 2014.
- Eugster Gebhard, Kommentar zu Art. 25 KVG, in : Murer Erwin et Stauffer Hans-Ulrich (Éd.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), Zurich, Bâle et Genève 2010.

- Flückiger Thomas, Kommentar zu Art. 16 BV, in : Schneider Jacques-André, Geiser Thomas, Gächter Thomas (Éd.), Stämpfli Handkommentar, BVG und FZG, Bundesgesetze über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung sowie über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, Berne 2010.
- Hausheer Heinz, Geiser Thomas et Aebi-Müller Regina E., Das neue Erwachsenenschutzrecht, Berne 2010.
- Honsell Heinrich, Vogt Nedim Peter et Geiser Thomas (Éd.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Art. 1–465 ZGB), 5e édition, Bâle 2014.
- Höpflinger François, Bayer-Oglesby Lucy et Zumbrunn Andrea, La dépendance des personnes âgées et les soins de longue durée, Scénarios actualisés pour la Suisse, [https://www.obsan.admin.ch/sites/default/files/publications/2015/2011\\_hh\\_pflegebed\\_f.pdf](https://www.obsan.admin.ch/sites/default/files/publications/2015/2011_hh_pflegebed_f.pdf) (consulté le 4 décembre 2017).
- Jud Andreas, Fallzahlen im Kindes- und Erwachsenenschutz in den Jahren 2002–2011 : Eine ständige Zunahme ?, *Revue de la protection des mineurs et des adultes* 2014 69 (5), pp. 375 à 393 (en allemand, avec un résumé en français).
- Kälin Walter et Locher Reto, Accès à la justice en cas de discrimination – Rapport de synthèse, [http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160526\\_etude\\_discrimination\\_rapport\\_synthese.pdf](http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160526_etude_discrimination_rapport_synthese.pdf) (consulté le 7 novembre 2017).
- Kälin Walter, Künzli Jörg, Wyttenbach Judith, Schneider Annina et Akagündüz Sabiha, Mögliche Konsequenzen einer Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Schweiz, Avis de droit à l'intention du Secrétariat général du DFI et du Bureau fédéral pour l'égalité des personnes handicapées, [https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/gutachten\\_zur\\_uno-behindertenkonvention.pdf.download.pdf/gutachten\\_zur\\_uno-behindertenkonvention.pdf](https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/gutachten_zur_uno-behindertenkonvention.pdf.download.pdf/gutachten_zur_uno-behindertenkonvention.pdf) (consulté le 30 janvier 2018).
- Kiener Regina et Kälin Walter, Grundrechte, Berne 2013.
- Kieser Ueli, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2e édition, Zurich et Saint-Gall 2017.
- Künzli Jörg, Frei Nula et Fernandes-Veerakatty Vijitha, Normes à respecter en matière de droits humains lors d'un placement non volontaire en maison de retraite ou en EMS, Avis de droit illustré par le cas de personnes atteintes de démence sénile, [http://skmr.ch/cms/upload/pdf/160308\\_placement\\_force\\_en\\_EMS.pdf](http://skmr.ch/cms/upload/pdf/160308_placement_force_en_EMS.pdf) (consulté le 7 novembre 2017).
- Lindemann Ruth, Schmucki Simone et Schmid Christoph, Mesures restreignant la liberté de mouvement – seulement en dernier recours, in : CURAVIVA Suisse, domaine spécialisé Personnes âgées (Éd.), Le nouveau droit de la protection de l'adulte, Informations générales, outils de travail et modèles de documents pour les EMS et les homes médicalisés, <https://www.curaviva.ch/files/HPH3TG9/Le-nouveau-droit-de-la-protection-dadulte.pdf> (consulté le 29 mai 2018).
- Meier Isaak et Schindler Riccarda, Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung des Zugangs zum Gericht ?, HAVE 2015.
- Naguib Tarek, Pärli Kurt, Copur Eylem et Studer Melanie : Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist\_innen, Berater\_innen und Diversity-Expert\_innen, Berne 2014.
- Pärli Kurt, commentaire de l'arrêt du 10 octobre 2005 du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne (T 304.021563) et de l'affaire du 13 janvier 2006 de l'Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung (AN 050401/U 1), in DTA 2006, pp. 23 à 26. Cité comme Pärli 2006.

- Pärli Kurt, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierungsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, thèse d'habilitation présentée à l'Université de Saint-Gall, Berne 2009. Cité comme Pärli 2009.
- Rehberg Walter et Moser Benjamin, Discrimination liée à l'âge en Europe et en Suisse : le point de vue des personnes concernées, in : Bühlmann Felix, Botkine Céline Schmid, Farago Peter, Höpflinger François, Joye Dominique, Levy René, Perrig-Chiello Pasqualina et Suter Christian (Éd.), Rapport social 2012 : Générations en jeu, Zurich 2012, pp. 156 à 174.
- Scartazzini Gustavo et Hürzeler Marc, Bundessozialversicherungsrecht, 1re édition, Bâle 2012.
- Schefer Markus et Hess-Klein Caroline, Droit de l'égalité des personnes handicapées, Berne 2014.
- Schefer Markus et Rhinow René, Zulässigkeit von Altersgrenzen für politische Ämter aus Sicht der Grundrechte, Avis de droit mandaté par le Conseil suisse des aînés, [https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/060410\\_altersgrenzen.pdf](https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/060410_altersgrenzen.pdf) (consulté le 7 novembre 2017).
- Schmid Hermann, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zurich et Saint-Gall 2010.
- Schuler Daniela, Tuch Alexandre et Peter Claudio, Placements en établissement psychiatrique à des fins d'assistance, in : Observatoire suisse de la santé (Éd.), OBSAN Bulletin 02/2018, [https://www.obsan.admin.ch/sites/default/files/publications/2018/obsan\\_bulletin\\_2018\\_02\\_f.pdf](https://www.obsan.admin.ch/sites/default/files/publications/2018/obsan_bulletin_2018_02_f.pdf) (consulté le 12 juin 2018).
- Weber Linda, Die Prozesskosten und der Zugang zum Gericht – Eine kritische Würdigung der Kostenregelung im schweizerischen Zivilprozess, [https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/160916\\_Prozesskosten\\_und\\_der\\_Zugang\\_zum\\_Gericht\\_Linda\\_Weber.pdf](https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/160916_Prozesskosten_und_der_Zugang_zum_Gericht_Linda_Weber.pdf) (consulté le 20 juin 2018).

## Documentation

ASSM, Directives médico-éthiques sur le traitement et la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance, 18 mai 2004, [https://www.samw.ch/dam/jcr:286c9bb7-2dd1-48cf-8d1f-15a74f305185/directives\\_assm\\_personnes\\_agees.pdf](https://www.samw.ch/dam/jcr:286c9bb7-2dd1-48cf-8d1f-15a74f305185/directives_assm_personnes_agees.pdf) (consulté le 9 novembre 2018). Cité comme ASSM, Personnes âgées.

ASSM, Directives médico-éthiques sur l'attitude face à la fin de vie et à la mort, juin 2018, [https://www.samw.ch/dam/jcr:c336fd1b-1751-40e1-a1b0-36a80cf487ed/directives\\_assm\\_fin\\_de\\_vie\\_et\\_mort.pdf](https://www.samw.ch/dam/jcr:c336fd1b-1751-40e1-a1b0-36a80cf487ed/directives_assm_fin_de_vie_et_mort.pdf) (consulté le 11 juin 2018). Cité comme ASSM, Fin de vie et mort.

Bureau BASS (Bureau d'études de politique du travail et de politique sociale), Évaluation de la loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées – LHand, Rapport d'évaluation, version intégrale (en allemand), <https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/gleichstellung/evaluationsberichtintegralefassung.pdf.download.pdf/evaluationsberichtintegralefassung.pdf> (consulté le 14 novembre 2018). Cité comme Bass 2015.

Rapport d'évaluation, version abrégée (en français), [https://www.edi.admin.ch/dam/edi/fr/dokumente/gleichstellung/evaluationsberichtkurzfassung.pdf.download.pdf/rapport\\_d\\_evaluationversionabreege.pdf](https://www.edi.admin.ch/dam/edi/fr/dokumente/gleichstellung/evaluationsberichtkurzfassung.pdf.download.pdf/rapport_d_evaluationversionabreege.pdf) (consulté le 14 novembre 2018).

CFE, CCT CFE – Convention collective de travail 2015, [https://company.sbb.ch/content/dam/sbb/fr/pdf/fr\\_sbb-konzern/fr\\_jobs-karriere/arbeitgeberin-sbb/CCT-CFE\\_2015.pdf](https://company.sbb.ch/content/dam/sbb/fr/pdf/fr_sbb-konzern/fr_jobs-karriere/arbeitgeberin-sbb/CCT-CFE_2015.pdf) (consulté le 29 mai 2018). Cité comme CFE, CCT.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations finales : Suisse, 26 novembre 2010, document des Nations Unies E/C.12/CHE/CO/2-3, <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW%2bALqOml1btoJd4YxREVf2XSAk769%2fl3br4CyaryWlJVksmkTQ1m4jqpUCb7SMok6TlckodAVGI3mUIMDX4liDtv9A91PUXJEzOAKFlmXlv2&usg=AOvVaw3Y2Al85Uy-OuvYMXdFle-N4> (consulté le 11 juin 2018). Cité comme Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations finales.

Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, Rapport explicatif du 3 octobre 2013, Mise en œuvre dans les cantons de la loi fédérale sur le nouveau régime de financement des soins du 13 juin 2008, <https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/bericht-sgk-n-10-09-pflegefinanzierung-2013-10-03-f.pdf> (consulté le 29 mai 2018). Cité comme CSSS-N 2013.

Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes, 5 années d'APEA : priorité aux aides à bas seuil et aux solutions amiables en ce qui concerne les enfants et les adultes vulnérables, communiqué de presse du 29 août 2017, [https://www.copma.ch/application/files/3815/0399/0928/Communique\\_de\\_presse\\_COPMA\\_29.8.2017.pdf](https://www.copma.ch/application/files/3815/0399/0928/Communique_de_presse_COPMA_29.8.2017.pdf) (consulté le 19 février 2018). Cité comme COPMA, 5 années d'APEA.

Conseil fédéral, Message relatif à la modification de la loi sur les prestations complémentaires (LPC) ; montants maximaux pris en compte au titre du loyer, 17 décembre 2014, FF 14.098, <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2015/805.pdf> (consulté le 29 mai 2018). Cité comme Conseil fédéral, Message PC.

Conseil fédéral, Soutien aux proches aidants, Analyse de la situation et mesures requises pour la Suisse, Rapport du Conseil fédéral, 5 décembre 2014, [https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/nat-gesundheitspolitik/aktionsplan\\_pflug\\_angehoerige/bericht\\_des\\_br\\_angehoerige.pdf.download.pdf/rapport\\_soutiens\\_aux\\_proches\\_aidants.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/nat-gesundheitspolitik/aktionsplan_pflug_angehoerige/bericht_des_br_angehoerige.pdf.download.pdf/rapport_soutiens_aux_proches_aidants.pdf) (consulté le 19 février 2018). Cité comme Conseil fédéral, Soutien aux proches aidants.

Curaviva, Directive relative aux prises de vues et de sons dans l'institution, août 2017, [https://www.curaviva.ch/files/S5GEY7Q/2\\_richtlinien\\_bild\\_\\_und\\_tonaufnahmen\\_d.docx](https://www.curaviva.ch/files/S5GEY7Q/2_richtlinien_bild__und_tonaufnahmen_d.docx) (consulté le 12 avril 2018). Cité comme Curaviva, Directive.

Fonds national suisse de la recherche scientifique, Rapport de synthèse du PNR 67 Fin de vie, <http://www.nfp67.ch/SiteCollectionDocuments/nfp67-synthesebericht-fr.pdf> (consulté le 10 avril 2018). Cité comme FNS, Rapport de synthèse du PNR 67.

Inclusion Handicap, Rapport de la société civile présenté à l'occasion de la première procédure de rapport des États devant le Comité de l'ONU relatif aux droits des personnes handicapées, 16 juin 2017, [https://www.inclusion-handicap.ch/admin/data/files/asset/file\\_fr/424/rapport\\_alternatif\\_cdph\\_inclusion\\_handicap\\_1\\_o\\_23082017\\_f.pdf?lm=1528210534](https://www.inclusion-handicap.ch/admin/data/files/asset/file_fr/424/rapport_alternatif_cdph_inclusion_handicap_1_o_23082017_f.pdf?lm=1528210534) (consulté le 20 juin 2018). Cité comme Inclusion Handicap, Rapport alternatif CDPH.

Office fédéral de la santé publique, Égalité des chances : compenser l'influence des facteurs socio-économiques sur la santé, communiqué de presse du 18 janvier 2018, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-69527.html> (consulté le 19 février 2018). Cité comme OFSP, Égalité des chances.

Office fédéral de la santé publique, La Confédération entend soutenir les proches aidants en leur accordant un congé et en les déchargeant sur le plan financier, communiqué de presse du 1<sup>er</sup> février 2017, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-65472.html> (consulté le 19 février 2018). Cité comme OFSP, Proches aidants.

- Office fédéral de la statistique, La pauvreté des personnes âgées, 2014, <https://www.bfs.admin.ch/bfsstatic/dam/assets/349391/master> (consulté le 6 novembre 2017). Cité comme OFS, Statistique de la pauvreté.
- Office fédéral de la statistique, Suicide assisté selon le sexe et l'âge, publié le 14 novembre 2017, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home.assetdetail.3742886.html> (consulté le 1<sup>er</sup> mai 2018). Cité comme OFS, Statistique du suicide.
- Office fédéral de la statistique, Utilisation d'internet, publié le 29 mai 2018, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/culture-medias-societe-information-sport/societe-information/indicateurs-generaux/menages-population/utilisation-internet.html> (consulté le 20 juin 2018). Cité comme OFS, Statistique de l'utilisation d'internet.
- Office fédéral de la statistique, Espérance de vie, publié le 30 août 2017, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/naissances-deces/esperance-vie.html> (consulté le 19 février 2018). Cité comme OFS, Statistique de l'espérance de vie.
- Office fédéral des assurances sociales, Statistique des prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, 2017, [https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/el/statistiken/el\\_stat\\_2017\\_d.pdf.download.pdf/Statistique%20des%20prestations%20complémentaires%20à%20l'AVS%20et%20à%20l'AI%202017.pdf](https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/el/statistiken/el_stat_2017_d.pdf.download.pdf/Statistique%20des%20prestations%20complémentaires%20à%20l'AVS%20et%20à%20l'AI%202017.pdf) (consulté le 10 septembre 2018). Cité comme OFAS, Statistique PC.
- Office fédéral des assurances sociales, Statistique des prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, 2017, Tableaux détaillés, [https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/el/statistiken/el-tab\\_2017\\_d.pdf.download.pdf/Statistique%20des%20prestations%20complémentaires%20à%20l'AVS%20et%20à%20l'AI%202017,%20tableaux%20détaillés.pdf](https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/el/statistiken/el-tab_2017_d.pdf.download.pdf/Statistique%20des%20prestations%20complémentaires%20à%20l'AVS%20et%20à%20l'AI%202017,%20tableaux%20détaillés.pdf) (consulté le 1<sup>er</sup> mai 2018). Cité comme OFAS, Statistique PC, tableaux détaillés.
- Office fédéral des transports, Égalité de traitement des personnes à mobilité réduite dans les transports publics : état d'avancement de la mise en œuvre, novembre 2017, [https://www.bav.admin.ch/dam/bav/fr/dokumente/themen/barrierfreiheit/faktenblatt-umsetzung-behig-2017.pdf.download.pdf/Faktenblatt\\_Umsetzung\\_BehiG\\_2017.pdf](https://www.bav.admin.ch/dam/bav/fr/dokumente/themen/barrierfreiheit/faktenblatt-umsetzung-behig-2017.pdf.download.pdf/Faktenblatt_Umsetzung_BehiG_2017.pdf) (consulté le 19 février 2018). Cité comme OFT, Accessibilité des transports publics.
- Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, Rapport d'activités 1998/99, [https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/fr/dokumente/2006/04/6\\_taehtigkeitsbericht19981999.pdf.download.pdf/6e\\_rapport\\_d\\_activitesde19981999.pdf](https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/fr/dokumente/2006/04/6_taehtigkeitsbericht19981999.pdf.download.pdf/6e_rapport_d_activitesde19981999.pdf) (consulté le 13 mars 2018). Cité comme PFPDT, Rapport d'activités.
- Pro Senectute, L'autodétermination en cas d'incapacité de discernement – faits et chiffres, 1<sup>er</sup> octobre 2017, [https://www.prosenectute.ch/dam/jcr:1f03b254-951d-4785-87d5-b5b36dc756f5/Autodetermination-et-incapacite-de-discernement\\_faits-chiffres\\_01.10.2017.pdf](https://www.prosenectute.ch/dam/jcr:1f03b254-951d-4785-87d5-b5b36dc756f5/Autodetermination-et-incapacite-de-discernement_faits-chiffres_01.10.2017.pdf) (consulté le 19 février 2018). Cité comme Pro Senectute 2017.
- Secrétariat d'État à l'économie, Chômeurs âgés, [https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/arbeitslosigkeit/aeltere\\_arbeitnehmende.html](https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/arbeitslosigkeit/aeltere_arbeitnehmende.html) (consulté le 19 février 2018). Cité comme SECO, Chômeurs âgés.

Swiss Society for the Study of Morbid Obesity and Metabolic Disorders, Directives pour le traitement chirurgical de l'obésité (directives médicales), valables à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2018, [https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/kuv-leistungen/referenzdokumente-klv-anhang-1/01-1-richtlinien-smob-operativen-behandlung-uebergewicht-medizinische-richtlinien-gueltig-1-1-2018.pdf.download.pdf/01.1%20Directives%20du%20SMOB%20pour%20le%20traitement%20chirurgical%20de%20l%27ob%C3%A9siti%C3%A9%20\(Directives%20m%C3%A9dicales\)%20Valable%20%C3%A0%20partir%20du%2001.01.2018.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/kuv-leistungen/referenzdokumente-klv-anhang-1/01-1-richtlinien-smob-operativen-behandlung-uebergewicht-medizinische-richtlinien-gueltig-1-1-2018.pdf.download.pdf/01.1%20Directives%20du%20SMOB%20pour%20le%20traitement%20chirurgical%20de%20l%27ob%C3%A9siti%C3%A9%20(Directives%20m%C3%A9dicales)%20Valable%20%C3%A0%20partir%20du%2001.01.2018.pdf) (consulté le 18 janvier 2018). Cité comme Directives SMOB.

Ville de Zurich, Abschluss der Administrativuntersuchungen im Fall Entlisberg, communiqué de presse du 10 décembre 2009, <https://www.stadt-zuerich.ch/gud/de/index/departement/medien/medienmitteilungen/2009/dezember/091210a.html> (consulté le 19 février 2018). Cité comme Ville de Zurich, Entlisberg.



## Arrêts

ATF 144 V 280

ATF 142 V 249

ATF 142 I 195

ATF 138 I 265

ATF 136 V 395

ATF 136 I 121

ATF 133 V 504

ATF 133 I 110

ATF 133 I 58

ATF 132 III 115

ATF 131 V 271

ATF 127 I 6

ATF 126 I 240

ATF 124 I 297

ATF 124 V 225

ATF 122 I 101

ATF 121 I 367

ATF 120 la 1

ATF 98 la 508

Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_384/2014 du 12 novembre 2014

Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_9/2010 du 12 avril 2010

Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_72/2008 du 2 avril 2008

Arrêt de la CourEDH 63748/00 (Taştan c. Turquie) du 4 mars 2008

## Auteurs

### **Sandra Egli**

Lic. phil., bachelor en droit, collaboratrice scientifique auprès de l'Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg et auprès du domaine thématique Questions institutionnelles du CSDH.

### **Eva Maria Belser**

Docteure en droit, professeure ordinaire de droit public et de droit administratif, co-directrice de l'Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg et responsable du domaine thématique Questions institutionnelles du CSDH.

### **Andrea Egbuna-Joss**

Docteure en droit, collaboratrice scientifique auprès de la chaire de droit international public et de droit européen de l'Université de Fribourg, ancienne collaboratrice scientifique auprès du domaine thématique Questions institutionnelles du CSDH.

### **Sabrina Ghielmini**

Master en droit, avocate, collaboratrice scientifique auprès du Centre de compétence pour les droits humains (MRZ) de l'Université de Zurich et auprès du domaine thématique Droits humains et économie du CSDH.

### **Christine Kaufmann**

Docteure en droit, professeure ordinaire de droit public, de droit international et de droit européen, présidente du Comité directeur du Centre de compétence pour les droits humains (MRZ) de l'Université de Zurich et responsable du domaine thématique Droits humains et économie du CSDH.

