

Ce texte, rédigé par les camarades de l'Union Départementale Interprofessionnelle des Retraités du Loiret, a servi de base à la réflexion du CA de l'UNIRS des 20 et 21 janvier 2022.

L'aide sociale à l'hébergement : une prestation à rebours de l'histoire

On ne peut pas détacher l'examen de l'ASH de celui des proches aidants et de la place qu'ils occupent auprès de leurs parents vieillissants, avant et après leur entrée en établissement. Que faire quand ses parents âgés manifestent le besoin d'être aidés dans leur autonomie ? Cette question arrive souvent brutalement à l'occasion d'un traumatisme psychologique tel qu'un veuvage, un épisode pathologique aigu, à l'issue d'une période d'hospitalisation ou/et d'un diagnostic médical couperet. Les enfants, surpris par l'inversion du rapport d'autorité entre les générations qui intervient souvent à ces occasions, doivent apprendre à devenir « parent de leur parent » et par là à devenir « aidants ». Si dans les couples les conjoints savent qu'ils se doivent mutuellement solidarité et assistance, si les parents connaissent leur devoir d'assistance à l'égard de leurs descendants, **les enfants perçoivent plus confusément leur obligation à l'égard de leurs ascendants**. Nos sociétés occidentales ont malmené, il est vrai, les solidarités intergénérationnelles au sein des familles, voire tendent à les considérer comme des archaïsmes. Le culte de l'autonomie y est pour beaucoup et les générations revendiquent leur autonomie les unes par rapport aux autres. « *Je ne veux pas dépendre de mes enfants* », peut-on

entendre de la bouche de nombre de personnes âgées. Selon le baromètre 2021 Petits frères des pauvres, solitude et isolement, l'isolement devient ainsi le lot de plus en plus de personnes âgées : ce sont plus de 25 % des personnes de plus de 75 ans qui sont concernées et plus de 530 000 personnes de plus de 60 ans.

Lorsque tout bascule dans le parcours de vie des personnes âgées, qu'il faut accroître la présence et les aides, envisager une entrée en établissement, les familles sont encore très souvent là et se mobilisent de façon spontanée dans un élan empreint de morale. Sans se douter que par cet acte ils pratiquent aussi un devoir civique. En effet, l'article 205 du Code civil définit ainsi l'obligation alimentaire à l'égard d'un ascendant : « *Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin* ». À noter toutefois que lorsqu'un parent est considéré comme n'ayant pas rempli ses obligations envers ses descendants, ceux-ci peuvent être dispensés de l'obligation alimentaire. Cet article 205 propose bien sûr une acception large du terme d'aliments puisqu'il s'agit autant du gîte, que du couvert et du prendre soin, le « care » pour reprendre un terme à la mode.

Peut-on qualifier l'assistance aux parents âgés de « naturelle » ?

Cette question n'est pas anodine. De sa réponse positive ou non dépend la légitimité de l'intervention des pouvoirs publics dans la sphère familiale. Ainsi, selon un rapport du Conseil d'État paru en 1999, « *l'assistance aux membres de la famille est normalement perçue comme une obligation naturelle et la prudence s'impose avant d'adopter une législation qui serait de nature à favoriser l'affaiblissement du lien familial* ». La famille était alors pensée

comme l'instance devant prendre en charge aussi les individus majeurs ayant besoin d'assistance. Cette affirmation est de moins en moins partagée au vu du vieillissement croissant de la population qui tend à identifier le risque de perte d'autonomie liée à l'âge comme un nouveau risque à inscrire à la charge de notre système de protection sociale.

À ce stade de la réflexion, se pose la question de l'identité des obligés alimentaires. L'obligation alimentaire ne repose que sur les descendants à l'égard de leurs ascendants. Elle n'existe pas entre frères et sœurs ; en revanche, elle incombe en théorie à tous les descendants : enfants, petits-enfants, voire arrière-petits-enfants, ainsi qu'aux gendres et belles-filles. Cette obligation civile est au cœur des pratiques de solidarité et d'entraide développées par quelque huit cent mille personnes recensées autour des bénéficiaires de l'allocation personnalisée d'autonomie à domicile, dont 80 % peuvent être qualifiés d'aidants familiaux (conjoint, enfants). Elle s'exerce quel que soit le lieu de vie des personnes âgées. À noter que 46 % de ces aidants sont à la retraite, et à ce titre, ils peuvent être considérés eux-mêmes, au moins administrativement, comme des personnes âgées, et d'autre part ce sont majoritairement des femmes.

Le principe de l'obligation alimentaire s'exerce quel que soit le lieu de vie de la personne ; d'une façon spontanée et informelle lorsque la personne âgée vit à domicile, d'une façon plus contrainte et administrée lorsque la personne se trouve dans l'obligation d'intégrer un établissement d'hébergement sans être en capacité d'acquitter le tarif hébergement, sous réserve bien sûr que l'établissement soit partiellement ou totalement habilité à l'aide sociale.

Cette entraide a évolué. En effet, à domicile, l'assistance apportée par les proches s'avère extrêmement variable et se combine maintenant de plus en plus souvent avec les interventions de professionnels. Ce processus, amorcé depuis la généralisation dans les années 1980 des services d'aide et de soins

à domicile et l'instauration de la prestation spécifique dépendance en 1997, puis en 2001, de l'allocation personnalisée d'autonomie, a renforcé cette tendance et a permis à de nombreuses familles de se « décharger » au moins partiellement sur des professionnels de tâches d'aide et de soins.

Néanmoins, un certain nombre d'aidants continuent d'assumer seuls la globalité des actes d'assistance et n'ont recours qu'aux seuls professionnels de santé pour la dispensation des soins prescrits. Ce scénario est très fréquemment à l'œuvre en cas de cohabitation intergénérationnelle, une pratique souvent considérée comme obsolète alors qu'elle concerne encore près de 11 % des personnes de plus de 85 ans. Certes, elle accuse une diminution assez sensible puisqu'elle intéressait 31 % de ces mêmes personnes en 1982. Mais elle représente encore une solution pour tous les groupes familiaux qui pensent que « l'assistance aux vieillards » relève avant tout de la sphère familiale. Cette pratique encore bien vivante dans les milieux rural et semi-rural n'est paradoxalement que très peu soutenue par les pouvoirs publics qui peuvent même contribuer à la décourager en minorant le montant des aides professionnelles financées par l'allocation personnalisée d'autonomie de l'aide apportée par la famille. Ce même processus est à l'œuvre lorsque la personne âgée vit à son domicile et qu'elle est régulièrement aidée par un proche aidant pour les courses, les repas, voire l'aide au lever et au coucher. Au vu de ce qui précède, on voit que l'aide spontanée apportée par les proches à leurs parents vieillissants est une réalité qu'il est difficile de nier, le soutien familial s'exerce naturellement, sans qu'il soit besoin d'obligation.

Si l'obligation alimentaire n'est plus à l'œuvre pour les prestations à domicile, elle fonctionne encore pleinement pour l'aide sociale à l'hébergement.

En raison de leurs difficultés financières, de 32% des départements qui faisaient appel aux petits-enfants, on est passé en quelques années à presque 50%. Le principe de l'obligation alimentaire a été appliqué à l'origine au financement de toutes les prestations d'aide sociale départementale, à domicile comme en établissement, notamment la prestation d'aide-ménagère. Mais il a été très vite abandonné pour l'aide à domicile en raison de son caractère très dissuasif, de même que le recours sur la succession. L'abandon de l'obligation alimentaire pour les prestations d'aide à domicile marque une étape importante. La prestation d'aide-ménagère au titre de l'aide sociale a évolué ainsi peu à peu d'une logique d'assistance à caractère subsidiaire vers une logique de prestation légale fondée

sur un droit ouvert sur critères de ressources reposant sur le minimum vieillesse. L'instauration de l'APA a également contribué à marginaliser cette prestation.

L'ASH est régie par le Code de l'action sociale et des familles ; elle est financée par les départements en s'appuyant sur le principe discutable de la subsidiarité, c'est à dire l'articulation entre l'article 205 et suivants du code civil qui fixe les obligés alimentaires et l'article L132-6 du CASF qui fixe les modalités de l'aide que doit apporter la famille avant la mise en œuvre éventuelle de l'ASH. Autrement dit, **la prise en charge des frais de séjour par le département prend d'abord en compte la contribution obligatoire des obligés alimentaires.** A noter que le Code civil ne donne aucune définition

de la famille, ce sont les liens du mariage, eux largement codifiés, qui entraînent les obligations. L'existence de ces deux lois et l'absence de définition juridique de ce principe démontrent que, contrairement à l'entraide familiale spontanée, le principe de subsidiarité n'a rien de naturel, et pourtant la seule proclamation de son existence suffit à l'appliquer et à le légitimer, il vient forcer le passage pour justifier la mise à contribution préalable de la famille.

En France le champ politique privilégié du principe de subsidiarité est celui des relations entre l'état et les collectivités territoriales, régions et départements, issu en particulier des lois de décentralisation de 1983 et celle de la réforme constitutionnelle de 2003 qui va encore plus loin mais ne mentionnent jamais dans leur rédaction le principe de subsidiarité. On n'en retrouve la mention que dans les

RDAS (règlements départementaux d'aide sociale) qui n'ont pas valeur de loi mais définissent les règles applicables aux prestations sociales départementales.

Mais pourquoi donc n'existe-t-il pas une définition claire en droit du principe de subsidiarité ?

Il suffit de se reporter à l'histoire de l'émergence de ce principe pour comprendre qu'il est impossible de n'en retenir qu'une seule définition. Personne, juristes, constitutionnalistes, ou autres, n'est capable de se mettre d'accord sur une définition soutenable en droit, on sait définir ce qui est subsidiaire, notamment en procédure, mais on ne sait où commence et où s'arrête la subsidiarité qui est une notion relativement récente. Et en définitive ce flou juridique sert les intérêts de ceux qui usent et abusent de la subsidiarité.

Les familles en proie à des règles à géométrie variable et à la confusion du droit

Un mot sur les RDAS que sont tenus d'élaborer les départements. Je vous invite à consulter si ce n'est déjà fait celui de vos départements, une espèce de bible des prestations sociales, mais apparemment leurs croyances sont variables, j'en veux pour preuve la consultation des RDAS en région Centre qui comportent de 76 pages pour l'Indre et Loire à 753 pages pour l'Indre, en passant par exemple à 376 pages pour le Loir et Cher.

Non seulement le principe de la contribution des obligés alimentaire ne va pas de soi, mais de surcroît son montant n'est pas régi par un barème national, mais par des barèmes hétérogènes dont se sont dotés les départements à leur initiative, ce qui les rend juridiquement attaquables. D'autre part le périmètre des obligés alimentaires peut varier d'un département à l'autre. Ce manque de cohérence, entre autres, contribue à générer des disparités interdépartementales et des pratiques particulièrement dommageables et ne garantit pas l'égalité de tous devant la loi. Dans le grand flou actuel, les juges aux affaires familiales seuls compétents pour fixer la participation de chacun des obligés alimentaires aux frais d'hébergement s'appuient sur l'article 208 du Code civil qui stipule que « les

aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit ». Dans la mesure où aucune précision n'est donnée sur la manière d'évaluer à la fois le besoin et la fortune, la plus grande subjectivité est nécessairement de mise. D'autre part, il a été maintenant démontré que l'obligation alimentaire creuse les inégalités entre les familles, les créances pèsent davantage sur les ménages modestes et pour des montants plus élevés dans un rapport de un à cinq. En effet, les familles pauvres ont plus fréquemment des proches ne pouvant pas assumer la charge d'un hébergement et se voient souvent demander une part plus importante de leurs revenus que les familles plus aisées. Ajoutons que l'information fournie par les interlocuteurs des familles demandeuses d'ASH est notoirement insuffisante pour leur permettre de faire valoir leurs droits, et les RDAS font l'impasse sur cet aspect. Comment peuvent-elles s'y retrouver entre droit administratif et tribunal administratif, droit social des familles et tribunal judiciaire, juge administratif et juge aux affaires familiales, procédure écrite et procédure orale ? Elles ne peuvent concevoir la justice que comme un maquis judiciaire auquel elles sont tentées de renoncer faute de lisibilité.

Le recours sur succession ou comment légaliser la captation d'héritage

Le recours sur succession est en principe l'ultime démarche engagée par les départements auprès des obligés alimentaires. Il consiste à récupérer la totalité du montant de l'ASH versée dès le premier euro sur le montant de la succession. Pour assurer

leurs arrières la plupart des départements prennent une hypothèque sur le bien à léguer voire ponctionnent les éventuelles assurances-vie souscrites par le parent décédé. Tout est prévu pour que le département récupère l'avance octroyée au bénéficiaire.

Sur un plan symbolique, cette transmission patrimoniale est la rétribution des soins et de l'assistance que la personne âgée a reçu de ses descendants. Une interdépendance au cœur des relations intergénérationnelles au sein des familles qui s'exerce avant tout sous forme d'échanges financiers et patrimoniaux et que les pouvoirs publics ont pris le risque de perturber en instituant des prestations à caractère subsidiaire qui encadrent les solidarités par des textes issues d'un autre âge où le sort des vieux incombaient avant tout aux familles. Les pouvoirs publics n'intervenaient à l'origine qu'en termes d'assistance dans les anciens hospices, au profit avant tout de personnes sans ressources, sans famille ou abandonnées par elle. En cela, ils se substituaient aux familles et se considéraient comme légitimes pour récupérer les sommes engagées sur les obligés alimentaires et la succession.

Mais aujourd'hui, notre système de protection sociale, confronté au vieillissement de la population, se doit de s'organiser pour assurer la prise en charge des aides à l'autonomie et des soins en établissement et bien sûr à domicile, sans qu'il soit besoin de solliciter financièrement les familles en contrepartie des aides professionnelles reçues alors que celles-ci s'impliquent déjà affectivement et matériellement. La récupération sur succession met véritablement en œuvre un régime de double peine pour les familles qui non contentes de contribuer financièrement se voient priver du bénéfice d'un patrimoine que leurs parents âgés envisageaient de leur transmettre.

Le glissement opéré entre la notion d'obligation d'aliment et celle de prise en charge des frais d'hébergement des personnes âgées dites « dépendantes ».

En cumulant l'obligation alimentaire avec le recours sur la succession du bénéficiaire qui s'applique au premier euro, l'aide sociale à l'hébergement revêt un caractère particulièrement dissuasif. C'est ainsi que seuls 20 % des résidents demandent le bénéfice de l'aide sociale. Avec un taux de « non-recours » de près de 75 %, l'ASH n'est pas loin d'emporter la palme de la prestation la plus inadaptée à son objet. À l'évidence, l'ASH ne remplit pas sa mission de solvabilisation d'un hébergement de plus en plus onéreux (soixante-dix euros par jour en moyenne) auquel ont recours les personnes non par choix d'un lieu de vie confortable mais parce qu'elles ont besoin d'accompagnement et de soins dans une proportion telle qu'elles ne peuvent plus les mobiliser à leur domicile.

Ce besoin de soins devrait incomber à la protection sociale à qui devrait ainsi revenir de financer la plus grande part des frais d'hébergement, d'accompagnement et de soins, et ne laisser éventuellement à la charge du résident qu'un forfait hébergement à l'image du forfait hospitalier appliqué dans les hôpitaux. De fait on a assisté à un glissement de l'obligation d'aliment par la famille à une obligation de paiement des frais d'hébergement, les diverses récupérations opérées s'avérant très pénalisantes pour les bénéficiaires eux-mêmes mais aussi pour les ayants droit. La sollicitation de la contribution financière des enfants et des petits-enfants est très humiliante et peut être à l'origine de conflits intra-familiaux dont la personne âgée est souvent l'otage.

Du proche aidant au proche payant

Après le rôle de proche aidant endossé naturellement par la famille auprès d'un parent vieillissant à domicile, l'obligation alimentaire brandie par les départements dans le cadre de l'ASH fait de chaque membre de la famille un proche payant, avec le recours sur succession, c'est la double peine. L'intervention brutale de l'obligation alimentaire couplée avec l'immixtion des pouvoirs publics dans l'intimité de la sphère familiale ne peut que perturber gravement l'équilibre fragile pouvant s'installer dans les fratries autour de la répartition des rôles et des tâches afin d'assurer la mise en œuvre de la présence et des aides à l'égard du parent âgé. Ainsi, il n'est pas rare de voir des familles refuser l'entrée au titre de l'aide sociale en établissement de leur parent âgé dépendant, au motif du coût et des effets conjugués de l'obligation

alimentaire et de la récupération sur succession. Le même phénomène s'observe après quelques années de séjour en EHPAD alors que les économies de la personne âgée se sont progressivement épuisées. La perspective offerte par l'article L 231-5 du Code de l'action sociale et des familles d'une prise en charge individuelle à l'aide sociale après cinq années de séjour dans un établissement non habilité à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale revêt le même caractère dissuasif de par la mise en œuvre des mêmes mécanismes de récupération sur les obligés alimentaires et la succession. De ce fait, l'échéance des cinq ans revêt parfois un caractère couperet car elle peut entraîner un retour contraint à domicile quand cela est possible, ou à défaut l'orientation vers un établissement choisi essentiellement en raison d'un tarif hébergement moins onéreux.

Une machine à déconstruire les solidarités familiales

À l'analyse, l'obligation alimentaire se révèle être un perturbateur pour ne pas dire un déconstructeur des solidarités familiales. Cette récupération pouvait avoir un sens à une époque où l'assistance aux personnes âgées consistait essentiellement en des aides matérielles ciblées sur le gîte et le couvert. D'ailleurs, l'hospice était la seule réponse apportée par les pouvoirs publics à la situation des « vieillards nécessiteux ». Il s'agissait de la seule alternative – très manichéenne – à la famille, dépositaire naturelle et légale de la mission d'assistance aux vieux. En même temps que les politiques publiques se sont immiscées dans la sphère familiale et domestique, les pouvoirs publics intègrent progressivement dans leurs politiques sanitaires, sociales et médico-sociales un volet d'aide aux proches aidants, moins coûteux et en cohérence avec l'objectif affiché du maintien à domicile renforcé. Après l'accueil de jour et l'hébergement temporaire, dès les années 1970, ces politiques concernent maintenant les plates-formes de répit mais tardent cependant à élaborer un statut pour les proches aidants. Le maintien en parallèle de l'obligation alimentaire pour les descendants à l'égard de leurs ascendants pour les seules dépenses d'hébergement révèle une incohérence à laquelle il serait grand temps de remédier. L'ex future loi « Grand âge et autonomie » tant de fois annoncée, tant de fois repoussée, doit s'atteler à la réforme de la tarification et du financement des EHPAD. Le gouvernement, en sortie de

période de confinement de la crise de la Covid-19, devant le lourd tribut payé au coronavirus par les personnes âgées et singulièrement les résidents d'EHPAD, n'a pas pris le risque politique d'une loi grand âge même rebaptisée « générations solidaires », signe du probable manque d'ambition qu'elle aurait contenu. Pour ne pas sombrer une fois de plus dans un effet d'annonce, il conviendrait aussi que le gouvernement précise sa conception et l'architecture du cinquième risque de Sécurité sociale qui ressemble davantage aujourd'hui à une auberge espagnole qu'à un vrai projet de réforme de notre Sécurité sociale issue des ordonnances de 1945. À l'époque, les textes fondateurs avaient annoncé qu'il cantonnait dans un premier temps son champ de compétence assurancielle à la couverture des quatre risques gérés par les branches que sont la vieillesse, la maladie, l'invalidité et l'accident du travail et la famille. En fonction de l'évolution des besoins de protection sociale, il avait été prévu que puisse être créé un nouveau risque (le cinquième), voire une cinquième branche s'ajoutant aux quatre autres. Le nouveau besoin est maintenant parfaitement identifié autour du droit à compensation des incapacités et de l'aide à l'autonomie, ouvert à toutes les personnes quel que soit leur âge, l'amélioration du dispositif APA et la promotion des solutions d'habitat alternatives à l'EHPAD ne sauraient suffire, au risque de faire des EHPAD le parent pauvre, sans jeu de mots, de cette loi.

Le rapport Libault : une petite lueur dans un horizon bouché

Le rapport préparatoire à un projet de loi « Grand âge et autonomie » de Dominique Libault (mars 2019) établit sur cette délicate question plusieurs propositions.

La première vise la publication d'un barème national garantissant un peu plus d'équité entre les territoires.

La deuxième se propose d'exclure les petits-enfants de l'obligation alimentaire. Dans la mesure où il ressort des dernières estimations de l'Insee qu'environ la moitié des départements la pratiquent, on peut mesurer la portée d'une telle préconisation.

Mais le rapport Libault va plus loin en préconisant, à l'horizon 2024, l'abrogation de l'obligation alimentaire pour tous les descendants. Ces préconisations sont inédites dans ce genre de rapport ; alors que nous en sommes à la quatrième grande réforme de la tarification des établissements d'hébergement de personnes âgées, c'est la première fois que la réforme de l'ASH est abordée aussi clairement. C'est sans doute parce que la réduction de ce qu'il est convenu d'appeler le « reste à charge » des résidents en EHPAD est devenue une impérieuse nécessité que cette préconisation émerge.

C'est au futur gouvernement, pour ne pas dire au futur président de la République qu'il appartiendra d'opérer un choix stratégique entre la solution d'une loi minima qui donnera le sentiment d'être une fois de plus passé à côté des enjeux du vieillissement, et la solution du courage politique et du respect des engagements en dotant la cinquième branche de Sécurité sociale des moyens nécessaires à la réforme attendue depuis plus de vingt ans.