



SENIORS ET DROIT SOCIAL DÉFIS ACTUELS

Edité par Stéphanie Dagron / Anne-Sylvie Dupont / Karine Lempen

DIKE 



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE



PÔLE BERENSTEIN
DROIT DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Stéphanie Dagron / Anne-Sylvie Dupont / Karine Lempen (édit)

Seniors et droit social

Stéphanie Dagron / Anne-Sylvie Dupont / Karine Lempen (édit)

Seniors et droit social

DIKE 

 UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

 PÔLE BERENSTEIN
DROIT DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Open-Access-Gold

Publié par :

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zurich

www.dike.ch

© Stéphanie Dagron / Anne-Sylvie Dupont / Karine Lempen (édit) 2023

ISBN (Paperback): 978-3-03891-525-6 (Dike Verlag AG, Zürich)

ISBN (PDF): 978-3-03929-035-2

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-035-2>



Cet ouvrage fait l'objet de
la licence Creative Commons CC BY-NC-ND.



Avant-propos

Depuis le début des années 1980, les plans d'action mondiaux sur le vieillissement des populations se succèdent : le Plan d'Action international de Vienne sur le vieillissement (1982), complété par les Principes des Nations Unies pour les personnes âgées (1991), et le Plan d'action international de Madrid sur le vieillissement (2002). Conformément à ce dernier Plan, les Etats se sont engagés à faire face aux défis liés à ce phénomène et à promouvoir une société pour tous les âges. A cette fin, trois axes prioritaires ont été définis : les personnes âgées et le développement, la promotion de la santé et du bien-être jusque dans le troisième âge, et la création d'environnements porteurs et favorables aux populations âgées.

Vingt ans après le plan d'action de Madrid, ces questions sont loin d'être résolues. Au contraire, les personnes âgées sont touchées de façon disproportionnée par les crises sanitaire, humanitaire, économique, climatique et environnementale qui se succèdent depuis le début du 21^e siècle, ce qui révèle la grande vulnérabilité de cette partie de la population et les graves lacunes des systèmes en place, notamment des systèmes sociaux.

La protection des droits des personnes âgées est actuellement discutée, ne disposant d'aucune garantie particulière en droit international (aucune convention internationale des droits humains ne les protège spécifiquement) ou national (la Constitution suisse ne prévoit pas davantage de protection particulière). Dans un discours prononcé au mois d'août dernier, Michelle Bachelet, Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, souligne qu'il est temps de modifier le cadre international des droits humains afin de protéger véritablement les personnes âgées contre les discriminations auxquelles elles continuent d'être confrontées du fait de leur âge, de leur genre, d'un handicap, de leur origine ou en raison d'une situation de pauvreté. Les discriminations touchent tous les aspects de la vie de ces personnes, qu'il s'agisse de l'accès au logement, au travail, aux soins et services de santé ou encore aux services publics marqués par la digitalisation.

Les contributions réunies dans cet ouvrage et présentées lors du colloque « Seniors et droit social : défis actuels », le 6 juin 2023 à l'Université de Genève, abordent un certain nombre de ces thèmes.

Le droit à la sécurité sociale des personnes âgées est-il respecté ? Que signifie pour elles la numérisation des services d'intérêt général ? Les travailleuses et travailleurs sont-ils suffisamment protégés contre la discrimination fondée sur l'âge ? La première partie du livre tente de répondre à ces questions fondamentales à la lumière du droit international et européen. Axée sur le droit suisse, la seconde partie analyse les conditions de travail des aides à domicile, les contrats d'hébergement en appartement protégé, l'organisation du patrimoine à l'arrivée de l'âge de la retraite ainsi que l'épineuse question du financement des soins à domicile et des séjours dans un établissement médico-social.

L'ouvrage est édité par le Pôle Berenstein de la Faculté de droit de l'Université de Genève. Sa réalisation n'aurait pas été possible sans l'aide de Monsieur Alexandre Leuba, auxiliaire de recherche et d'enseignement à la Faculté de droit, qui a fait preuve d'un grand professionnalisme lors des travaux d'édition du manuscrit. Nous sommes très reconnaissantes à Monsieur Raphaël Lourdin, graphiste, d'avoir confectionné une couverture illustrant si bien la solidarité intergénérationnelle et le droit social comme point d'appui. Nous avons également apprécié la façon efficace dont s'est déroulée la collaboration avec la maison d'édition DIKE et sa responsable de publication, Madame Elisabeth Tribaldos. Enfin, nous tenons à remercier chaleureusement nos collègues qui, depuis leur université ailleurs en Suisse ou en Belgique, ont contribué par des articles de grande qualité à cette œuvre collective.

Genève, mars 2023.

Stéphanie Dagron
Anne-Sylvie Dupont
Karine Lempen

Sommaire

Abréviations	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Le droit à la sécurité sociale des personnes âgées : un droit négligé ?	
STÉPHANIE DAGRON	1
Viellissement et numérisation des services d'intérêt général	
PATRICIA VENDRAMIN	37
Altersdiskriminierung im Arbeitsleben	
Rechtslage nach EU-Recht und schweizerischem Arbeitsrecht	
KURT PÄRLI	75
Assistance au quotidien pour les seniors	
Conditions de travail des aides à domicile	
KARINE LEMPEN	121
Contrats d'hébergement en appartement protégé	
Qualification contractuelle et éléments de procédure	
FRANÇOIS BOHNET / YAN WOJCIK	155
Ergänzungsleistungen zur AHV/IV und Vermögensplanung im Hinblick auf das Alter	
THOMAS GÄCHTER / CARLO LIENHARD	213
Financement des soins à domicile et des séjours en établissements médico-sociaux (EMS)	
ANNE-SYLVE DUPONT / MARCO MELI	241

Abréviations

AA	assurance-accidents
AEPC/FR	Arrêté d'exécution de la loi du 16 novembre 1965 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, modifiée par celle du 11 novembre 1970 (RS FR 841.3.11)
AFinRés/VD	Arrêté fixant les montants destinés à couvrir la part du coût, non prise en charge par l'assurance-maladie (financement résiduel), des soins effectués par des infirmiers et infirmières exerçant de façon professionnellement indépendante et par des organisations de soins à domicile privées (RS VD 832.11.2)
AGONU	Assemblée générale des Nations Unies
AI	assurance-invalidité
al.	alinéa(s)
AOS	assurance obligatoire des soins
art.	article(s)
ASI	Association suisse des infirmiers et infirmières
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
AVASAD	Association vaudoise d'aide et de soins à domicile
AVS	assurance-vieillesse et survivants
BESLPO	Politique scientifique fédérale
C189	Convention OIT n° 189 du 16 juin 2011 concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques (RS 0.822.728.9)
c.	considérant(s)
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCT	Convention collective de travail
CDB	Cahiers du bail
CDESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels

CDPH	Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées (RS 0.109)
CDS	Conférence des directrices et directeurs cantonaux de la santé
CDTM	Convention du 18 décembre 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille
CEACR	Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations
CEDEF	Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (RS 0.108)
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CEE	Communauté économique européenne
cf.	<i>confer</i>
CFC	Certificat fédéral de capacité
CGSS	Cahiers genevois et romands de sécurité sociale
ch.	chiffre(s)
Chap.	chapitre(s)
CHF	franc(s) suisse(s)
CIPDPA	Convention interaméricaine sur la protection des droits fondamentaux des personnes âgées, 2015
CIRIEC	Centre international de recherches et d'information sur l'économie publique, sociale et coopérative
CITP	Classification internationale type de professions
CMS	Centres médico-sociaux
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations ; RS 220)
CommFam	Commentaire du droit de la famille
comp.	comparer avec
coord.	coordinateur(s)/coordinatrice(s)
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
COVID-19	<i>Coronavirus disease</i>

CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPra	Commentaire pratique
CR	Commentaire romand
Crédoc	Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie
CS CIT	commentaire du contrat de travail
CSIAS	Conférence suisse des institutions d'action sociale
CSSS-N	Commission de la santé et de la sécurité sociale du Conseil national
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CTT	Contrat-type de travail
CTT-EDom/GE	Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs de l'économie domestique du 13 décembre 2011 (RS GE J 1 50 03)
DB	Droit du bail (revue)
DEG	<i>Digital Era Governance</i>
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DTA	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
EAE	Efficaces, appropriées et économiques
éd.	édition
édit.	éditeur(s)/éditrice(s)
EFAS	Financement uniforme des prestations ambulatoires et stationnaires de l'assurance-maladie
EMS	Etablissement(s) médico-social(aux)
et al.	<i>et alii</i>
etc.	<i>et cetera</i>
EU-27	Europe des 27
FamPra.ch	La pratique du droit de la famille
FF	Feuille fédérale
FR/TC	Tribunal cantonal fribourgeois
FSA	Fédération suisse des avocats
GE/CJ	Cour de justice du canton de Genève

i.e.	<i>id est</i>
<i>Ibid.</i>	<i>ibidem</i>
IGPDE	Institut de la gestion publique et du développement économique
IMAD	Institution genevoise de maintien à domicile
Ip	interpellation parlementaire
JdT	Journal des Tribunaux
JU/CC	Cour civile du canton du Jura
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
LAI	Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (RS 831.20)
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LAPRAMS/VD	Loi du 24 janvier 2006 d'aide aux personnes recourant à l'action médico-sociale (RS VD 850.11)
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LDét	Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (Loi sur les travailleurs détachés ; RS 823.20)
let.	lettre(s)
LFors	Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (RO 2000 2355)
LFR-EMS/VD	Loi du 24 avril 2012 sur le financement résiduel des soins de longue durée en EMS (RS VD 810.04)
LGEPA/GE	Loi du 4 décembre 2009 sur la gestion des établissements pour personnes âgées (RS GE J 7 20)
LIRT/GE	Loi du 12 mars 2004 sur l'inspection et les relations de travail (RS GE J 1 05)
LJ/FR	Loi du 31 mai 2010 sur la justice (RS FR 130.1)

LJB/VD	Loi du 9 novembre 2010 sur la juridiction en matière de bail (RS VD 173.655)
LL.M.	<i>Master of law</i>
LOG/JU	Loi du 16 juin 2010 sur l'organisation gériatrique (RS JU 810.41)
LOJ/GE	Loi du 9 octobre 2009 sur l'organisation judiciaire (RS GE E 2 05)
LORSDom/GE	Loi du 28 janvier 2021 sur l'organisation du réseau de soins en vue du maintien à domicile (RS GE K 1 04)
LPC	Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (RS 831.30)
LPFES/VD	Loi du 5 décembre 1978 sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public (RS VD 810.01)
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPMS/FR	Loi du 12 mai 2016 sur les prestations médico-sociales (RS FR 820.2)
LSE	Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
LSLD/VS	Loi du 14 septembre 2011 sur les soins de longue durée (RS VS 805.1)
LTBLF/JU	Loi du 30 juin 1983 instituant le Tribunal des baux à loyer et à ferme (RS JU 182.35)
LTN	Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (Loi sur le travail au noir ; RS 822.41)
LTr	Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail ; RS 822.11)
N	numéro(s) marginal(aux)
n°	numéro(s)
NPM	<i>New Public Management</i>
OAMal	Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (RS 832.102)

OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OCP	Ordonnance du 3 juillet 2002 sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux, les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie (RS 832.104)
ODPr	Ordonnance du 6 juin 2011 sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités (RS 192.126)
OEA	Organisation des Etats américains
OFS	Office fédéral des statistiques
OG	Observation générale
OHCHR	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme
OIT	Organisation internationale du Travail
OLAA	Ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (RS 832.202)
OLSLD/VS	Ordonnance du 15 octobre 2014 sur la planification et le financement des soins de longue durée (RS VS 805.10)
OLT 1	Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (RS 822.111)
OLT 2	Ordonnance 2 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (RS 822.112)
OMS	Organisation Mondiale de la Santé
ONU	Organisation des Nations Unies
OOG/JU	Ordonnance du 14 décembre 2010 sur l'organisation gérontologique (RS JU 810.411)
OPAS	Ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (RS 832.112.31)
OPC-AVS/AI	Ordonnance du 15 janvier 1971 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.301)
OSAD	Organisation(s) de soins à domicile

OSE	Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (Ordonnance sur le service de l'emploi ; RS 823.111)
p./pp.	page(s)
Pacte ONU I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (RS 0.103.1)
PC	petit commentaire
PC	Prestations complémentaires
PCADPA	Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits des personnes âgées, 2016
PJA	Pratique juridique actuelle
PMS	Planification médico-sociale
R201	Recommandation (n° 201) sur les travailleuses et travailleurs domestiques, 2011
R202	Recommandation (n° 202) concernant les socles de protection sociale, 2012
RAI	Règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RS 831.201)
RAVS	Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.101)
RCJU	République et Canton du Jura
RDS	Revue de droit suisse
REPRA/NE	Règlement du 16 septembre 2015 sur la planification et la reconnaissance des appartements avec encadrement (RS NE 820.223)
RFRLAMal/GE	Règlement du 29 mai 2019 fixant les montants destinés à déterminer le financement résiduel selon l'article 25a de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (RS GE J 3 05.23)
RFRS/NE	Règlement du 9 juillet 2018 sur le financement résiduel des soins en cas de maladie (RS NE 821.107)
RGEPA/GE	Règlement d'application du 16 mars 2010 de la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées (RS GE J 7 20.01)
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise

RLAPRAMS/VD	Règlement d'application du 28 juin 2006 de la loi du 24 janvier 2006 d'aide aux personnes recourant à l'action médico-sociale (RS VD 850.11.1)
RO	Recueil officiel du droit suisse
RORSDom/GE	Règlement d'application du 10 mars 2021 de la loi sur l'organisation du réseau de soins en vue du maintien à domicile (RS GE K 1 04.01)
RPMS/FR	Règlement du 23 janvier 2018 sur les prestations médico-sociales (RS FR 820.21)
RS	Recueil systématique du droit suisse
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle
RSELS/GE	Règlement d'exécution du 14 décembre 1992 de la loi sur le service de l'emploi et la location de services (RS GE J 2 05.01)
RSPC	Revue suisse de procédure civile
s./ss	et suivant(e)/et suivant(e)s
s.l.	<i>sine loco</i>
SCP	<i>Sociaal en Cultureel Planbureau</i>
SDRCA	Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SHS	Sciences humaines et sociales
SIA	Société suisse des ingénieurs et des architectes
STCE	Série des Traités du Conseil de l'Europe
SVIT	Association suisse de l'économie immobilière
TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances
TIC	Technologies de l'information et de la communication
UA	Union africaine
UE	Union européenne
url	<i>uniform resource locators</i>
UVP	unité(s) de vie

VD/TC	Tribunal cantonal vaudois
vol.	volume

Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
ADEA	<i>American Age Discrimination in Employment Act</i>
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AHI	Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AJP	Aktuelle juristische Praxis
a.M.	anderer Meinung
AN	Arbeitnehmer/-in
ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz; SR 822.11)
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AT	Allgemeiner Teil
ATSG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BehiG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz; SR 151.3)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BN	Der Bernische Notar (Zeitschrift)

BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3)
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
BVGE	Amtliche Entscheidsammlung des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CHSS	Soziale Sicherheit
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
dr. iur.	<i>Doctor iuris</i>
DZV	Verordnung vom 7. Dezember 1998 über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung; AS 1999 229)
E.	Erwägung(en)
EAV	Einzelarbeitsverträgen
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungsleistung(en)
ELG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (SR 831.30)

ELV	Verordnung vom 15. Januar 1971 über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (SR 831.301)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f./ff.	Folgende Seite/Seiten
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts
FCL	<i>Fight Crew Licensing</i>
FlaM	Flankierende Massnahmen
Fn.	Fussnote(n)
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
gem.	gemäss
ggf.	gegebenfalls
GlG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz; SR 151.1)
GOG/ZH	Gesetz vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (SR ZH 211.1)
HRC	<i>Human Rights Committee</i>
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
inkl.	Inklusive
insb.	insbesondere
IV	Invalidenversicherung
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
KUKO	Kurzkommentar
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.10)
lit.	<i>Litera(e)</i>
LMV	Landesmantelvertrag

LwG	Bundesgesetz vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz; SR 910.1)
MEM	Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie
mp	mietrechtspraxis
MRA	MietRecht Aktuell
N	Note(n)
OECD	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>
OEWG-A	<i>Open Ended Working Group on Ageing</i>
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil : Obligationenrecht) (SR 220)
PK	Pensionskasse
RL	Richtlinie
Rn.	Randnote(n)
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SGK	St. Galler Kommentar
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
u.a.	und andere/unter anderem
ÜLG	Bundesgesetz vom 19. Juni 2020 über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose (SR 837.2)
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche

VN	Vereinte Nationen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VPOD	Verband des Personals öffentlicher Dienste
vs.	versus
VZV	Verordnung vom 27. Oktober 1976 über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (Verkehrszulassungsverordnung; SR 741.51)
WEL	Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZHAW	Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften
ZH/BezGer	Bezirksgericht des Kantons Zürich
ZH/OGer	Obergericht des Kantons Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZKE	Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz
ZMP	Zürcher Mietrechtspraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPOKomm	Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung
ZPR	Zivilprozessrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Le droit à la sécurité sociale des personnes âgées : un droit négligé ?

*Stéphanie Dagron**

Table des matières

I.	Introduction	2
II.	La réalité de la protection du droit à la sécurité sociale dans le monde à l'époque contemporaine	6
A.	Droit à la sécurité sociale des personnes âgées en temps normal : un droit peu respecté	6
1.	Le (non) respect du droit à la sécurité sociale des populations en général	6
2.	Le (non) respect du droit à la sécurité sociale des personnes âgées	8
B.	Droit à la sécurité sociale en temps de crise : un impact disproportionné sur les personnes âgées	11
1.	Crise économique et financière de 2008 : des failles prudemment révélées	12
2.	La crise sanitaire engendrée par la COVID-19 et la crise climatique : des failles confirmées et des besoins identifiés	14
III.	Cadre juridique : quel contenu pour le droit humain à la sécurité sociale des personnes âgées ?	17
A.	Le cadre normatif existant : une protection non spécifique du droit à la sécurité sociale des personnes âgées	18
1.	Les normes applicables : une garantie très générale du droit à la protection sociale pour toutes et tous	18
2.	L'interprétation des normes : des efforts importants de la part des comités en charge de la protection des droits humains	20
B.	La protection du droit à la sécurité sociale des personnes âgées au 21 ^e siècle : des lacunes à combler de manière urgente	23

* Professeure à la Faculté de droit, à la Faculté de médecine et au *Global Studies Institute* de l'Université de Genève.

1. Les insuffisances de la protection des droits humains des personnes âgées	24
2. Vers une concrétisation du droit à la sécurité sociale des personnes âgées : éléments essentiels	26
IV. Conclusion	29
Bibliographie	31

I. Introduction

Le droit à la sécurité sociale, tel que garanti par le droit international des droits humains¹ et par les normes développées par l'Organisation internationale du Travail (OIT)², est un droit pour toutes et tous à avoir accès, tout au long de sa vie, au minimum à des soins de santé essentiels ainsi qu'à une sécurité de revenu contre la perte liée à l'emploi, la maladie, l'âge, etc.³. La sécurité sociale est considérée comme un instrument central de la justice sociale dont le rôle est de contribuer « à la réduction et à l'atténuation de la pauvreté, en évitant l'exclusion sociale et en favorisant l'inclusion sociale »⁴. Les personnes âgées, comme tous les individus, bénéficient a priori de ce droit, dont la protection est assurée au niveau international par des comités composés d'expertes et d'experts, à l'instar du Comité des droits économiques, sociaux et culturels

¹ Voir notamment : art. 9 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I ; RS 0.103.1) ; art. 11 al. 1 let. e de la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF ; RS 0.108) ; art. 27 de la Convention du 18 décembre 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (CDTM) ; art. 28 de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées (CDPH ; RS 0.109).

² Les standards internationaux les plus importants développés par l'Organisation internationale du Travail (OIT) relatifs à la sécurité du revenu et à l'accès aux soins, sont notamment inclus dans les normes suivantes : Convention (n° 102) concernant la sécurité sociale (norme minimum), 1952 ; Convention (n° 128) concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et des survivants, 1967 ; Recommandation (n° 131) concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants, 1967 ; Recommandation (n° 202) concernant les socles de protection sociale, 2012 (R202).

³ Voir en ce sens CDESC, *OG 19*, § 59a ; R202, § 5.

⁴ CDESC, *OG 19*, § 3.

(CDESC) en charge de la mise en œuvre des garanties inscrites dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I). Cette protection est également assurée aux niveaux régionaux et nationaux, respectivement par les cours régionales et les juridictions internes.

Jusqu'à aujourd'hui, aucune convention internationale n'a traité spécifiquement des droits humains des personnes âgées sur le modèle des conventions destinées à la protection des enfants, des personnes handicapées, des femmes ou des travailleurs migrants. Une raison peut être trouvée dans la difficulté à définir les caractéristiques communes permettant de regrouper les personnes âgées dans une même catégorie. Pendant longtemps a ainsi été retenue l'idée qu'une catégorisation était non seulement non souhaitable, la catégorisation étant associée à une approche négative, mais encore, difficile, en raison de la très grande diversité des populations âgées⁵. La définition que l'on trouve dans le rapport Laroque, publié en 1962 en France, reflète clairement cette diversité, puisqu'il y est considéré que : « [L]'expression 'personnes âgées' recouvre elle-même une réalité disparate, qui ne correspond à aucune notion moyenne [...]. De même au regard de l'action sociale qui doit être dispensée au profit de la population âgée, l'âge chronologique ne constitue pas un critère valable, mais bien plutôt le degré de validité, l'état psychologique, l'aptitude ou l'incapacité à mener une vie relativement indépendante [...]. Non seulement le vieillissement se manifeste aussi de manière différente d'un individu à l'autre, mais la condition des personnes âgées varie également en fonction du milieu social auquel elles appartiennent, rural ou urbain [...], salarié ou travailleur indépendant »⁶. Par conséquent, les auteurs de ce rapport considèrent qu'il est difficile de différencier les problèmes des personnes âgées de ceux rencontrés par les autres membres de la société.

La catégorisation est cependant inéluctable, même si elle est conforme à la compréhension du vieillissement comme un problème pour la société. Elle est rendue possible grâce à l'identification de problèmes communs engendrés pour les individus par le phénomène de vieillissement, lequel va avoir un impact fondamental dans de nombreux secteurs : le travail, la fourniture de biens et services, l'habitat, ou bien encore les transports publics. En adoptant une

⁵ Pour une analyse historique, voir ENNUYER.

⁶ Cité dans ENNUYER, § 22.

approche plus systémique, on ne peut que constater que les conséquences du vieillissement sont multiples et touchent plus particulièrement la mise en place et le maintien de systèmes de santé et de protection sociale, dans un contexte dans lequel le « ratio de soutien potentiel, qui compare le nombre de personnes en âge de travailler à celles de plus de 65 ans »⁷, diminue drastiquement. Et cette diminution va continuer à s'accroître, si l'on en croit les prévisions de l'Organisation des Nations Unies (ONU), selon lesquelles la population mondiale vieillit incontestablement, avec une espérance de vie croissante associée à une baisse du taux de fécondité. Il est ainsi prévu que d'ici à « 2050, une personne sur six dans le monde aura plus de 65 ans (16 %) contre une sur onze en 2019 (9 %) »⁸. En d'autres termes, les changements démographiques qui incluent le vieillissement des populations représentent un réel défi pour le financement des programmes de protection sociale et de prise en charge des soins de santé et de longue durée nécessaires, dont le financement repose à la fois sur l'emploi formel et le contrat social.

Les demandes sont aujourd'hui nombreuses en faveur de la négociation et de l'adoption d'une convention internationale relative aux droits des personnes âgées. Elles ont notamment été formulées par l'Assemblée générale des Nations Unies (AGONU), qui a créé en 2012 un groupe de travail sur le vieillissement chargé d'examiner « les propositions relatives à l'élaboration d'un instrument juridique international visant à promouvoir et protéger les droits et la dignité des personnes âgées »⁹. Elles ont aussi été exprimées dans des rapports publiés par l'ONU, comme par exemple le rapport publié à l'occasion des 75 ans de l'Organisation¹⁰, ou par des comités d'expertes et d'experts indépendants intervenant dans le domaine des droits humains, à l'instar du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (OHCHR)¹¹ ou de l'Experte indépendante sur les droits des personnes âgées¹². Elles proviennent

⁷ ONU, *Perspectives de la population dans le monde*.

⁸ ONU, *Communiqué de presse*.

⁹ AGRNU, *A/Res/67/139*, § 1.

¹⁰ ONU, *Initiative UN75*, p. 30.

¹¹ Voir notamment AGRNU, *A/HRC/49/70* ; OHCHR.

¹² Voir AGRNU, *A/HRC/48/53*, § 95.

enfin d'acteurs non gouvernementaux engagés dans la protection des personnes âgées, comme HelpAge International¹³.

Les arguments avancés en faveur de l'adoption d'une telle convention sont multiples, les deux principaux étant les suivants : premièrement, les droits et la dignité des personnes âgées sont aujourd'hui insuffisamment protégés. Ainsi, non seulement les violations sont trop peu dénoncées et combattues¹⁴, mais encore, le manque de réalisation et de protection entraîne des conséquences encore plus catastrophiques et disproportionnées en cas de crise sanitaire, économique et humanitaire, les personnes âgées étant alors plus durement touchées dans leur santé et leurs conditions de vie que le reste de la population¹⁵. Deuxièmement, *a contrario*, il semblerait que les droits des femmes, des enfants, des personnes handicapées, voire des travailleurs migrants, sont mieux protégés, en raison de l'existence d'instruments spécifiques qui énoncent des droits et garanties plus précis et adaptés à leurs besoins, prévoient des mécanismes de promotion et de protection, et offrent un socle sur la base duquel des progrès peuvent être réalisés¹⁶.

Dans ce contexte, et afin de contribuer à la discussion sur la protection sociale en tant que droit des personnes âgées qui devrait trouver sa place dans une telle convention, il est nécessaire de s'interroger plus précisément sur la réalité de la protection du droit à la sécurité sociale (ou à la protection sociale) des personnes âgées à l'époque contemporaine (II) et d'identifier plus clairement les lacunes du droit international qui mériteraient d'être comblées, si jamais un droit spécifique à la sécurité sociale des personnes âgées devait être garanti par une nouvelle convention des droits humains et son contenu plus précisément élaboré (III).

¹³ HelpAge International, *Equal Rights Trust*, Chap. 1.

¹⁴ AGONU, *A/HRC/47/46*, § 7. Voir aussi pour la violation des droits des personnes âgées souffrant d'un handicap : AGONU, *A/74/186*, § 69.

¹⁵ HelpAge International, *Universal Health Coverage*, pp. 10 s.

¹⁶ Voir notamment en ce sens l'exemple des avancées réalisées pour la protection des personnes handicapées, sur la base de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées de 2006, dans HelpAge International, *Out of Sight, Out of Mind*, p. 22.

II. La réalité de la protection du droit à la sécurité sociale dans le monde à l'époque contemporaine

L'OIT, qui est l'organisation onusienne spécialisée dans les domaines du travail et de la sécurité sociale créée en 1919¹⁷, publie depuis 2010¹⁸ des rapports sur l'état des systèmes de protection sociale dans le monde qui révèlent que le droit à la sécurité sociale est un droit peu respecté (A). Les analyses de l'impact des crises survenues depuis le début du 21^e siècle, sur la réalisation de ce droit pour les personnes âgées, confirment ce point en mettant à jour les failles et lacunes les plus importantes des systèmes de protection sociale (B).

A. Droit à la sécurité sociale des personnes âgées en temps normal : un droit peu respecté

Les analyses générales réalisées par l'OIT, depuis quelques années, sur l'état des systèmes de protection sociale dans le monde et sur le respect des standards internationaux de l'OIT en matière de protection sociale et du droit à la sécurité sociale – dont le contenu repose largement sur ces standards¹⁹ – aboutissent toutes à la même conclusion : le droit à la sécurité sociale des populations d'une manière générale (1), et des personnes âgées en particulier (2), est un droit peu respecté.

1. Le (non) respect du droit à la sécurité sociale des populations en général

L'OIT a réalisé de nombreuses études sur l'état des systèmes de protection sociale dans le monde et le respect des standards internationaux de la sécurité sociale développés et adoptés dans son cadre. Les deux derniers rapports, pu-

¹⁷ OIT, Constitution de l'Organisation internationale du Travail, 1919 et son annexe, Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail (Déclaration de Philadelphie), 1944.

¹⁸ OIT, *Providing coverage*.

¹⁹ Voir en ce sens CDESC, *OG 19*, notamment §§ 12-21.

bliés en 2017 et 2021²⁰, donnent ainsi des informations très précises sur le niveau de réalisation du droit à la sécurité sociale dans le monde. Ces rapports offrent en outre des réponses aux demandes d'analyses engendrées par l'adoption en 2015, par la communauté internationale, du Programme de développement durable pour 2030²¹. Ils suivent ainsi une structure bien précise orientée par l'objectif 1 de ce programme relatif à l'élimination de la pauvreté et par sa cible 1.3, qui demande plus précisément aux Etats de mettre en place d'ici à 2030 des systèmes et mesures de protection sociale pour toutes et tous, y compris des socles nationaux de protection sociale. On trouve ainsi dans les deux rapports une analyse de la réalisation des quatre garanties élémentaires de sécurité sociale identifiées par l'OIT comme étant les éléments fondamentaux de ces socles de protection sociale²² : l'accès à un ensemble de biens et services considérés à l'échelle nationale comme étant des soins de santé essentiels (garantie 1) ; la sécurité élémentaire de revenu pour les enfants (garantie 2), pour les personnes d'âge actif dans l'incapacité de gagner un revenu suffisant (garantie 3), et pour les personnes âgées (garantie 4).

Selon ces deux rapports de l'OIT, d'une manière générale, le droit à la protection sociale n'était pas réalisé dans le monde en 2017, du moins pour 71 % de la population mondiale, n'ayant pas accès (ou alors uniquement partiellement) à un système de sécurité sociale. En 2021, ce sont 53,1 % de la population mondiale qui ne disposaient d'aucune protection²³.

²⁰ Voir OIT, *Rapport 2017* ; OIT, *Rapport 2021*.

²¹ Voir AGONU, *A/RES/70/1*. Les rapports de l'OIT peuvent servir de référence pour le suivi des indicateurs choisis pour la réalisation des objectifs de développement durable suivants en lien avec la sécurité sociale : objectif 1 (éliminer la pauvreté) et cible 1.3 (mettre en place des systèmes et mesures de protection sociale pour tous) ; objectif 3 (santé et bien-être) et cible 3.8 (mettre en place couverture sanitaire universelle pour tous) ; objectif 5 (égalité des sexes) et cible 5.4 (valorisation des soins et travaux domestiques non rémunérés par l'apport de politiques de protection sociale) ; objectif 8 (promotion du travail décent) ; objectif 10 (réduire les inégalités dans les pays et d'un pays à l'autre) et cible 10.4 (adopter des politiques dans le domaine de la protection sociale).

²² R202, § 4.

²³ OIT, *Rapport 2021*, p. 19.

2. Le (non) respect du droit à la sécurité sociale des personnes âgées

Une conclusion identique est tirée par l'OIT concernant les personnes âgées²⁴, même si elle peut sembler surprenante au regard des chiffres donnés sur le développement important dans le monde des pensions (appelées pensions de retraite ou de vieillesse), qui sont un élément central de la protection sociale pour les personnes âgées. En effet, d'après les rapports de l'OIT, les pensions de vieillesse sont la forme la plus répandue dans le monde de protection sociale, avec 68 % de la population en 2017 et 77,5 % en 2021²⁵ de la population mondiale en âge d'être à la retraite recevant une pension. Cependant, et malgré ces chiffres, plusieurs raisons expliquent pourquoi l'existence de ces régimes et de ces prestations est insuffisante dans de nombreux pays pour permettre de considérer que le droit à la sécurité sociale des personnes âgées est respecté.

La première est liée aux différences extrêmement importantes entre les régions du monde quant à la protection des personnes âgées par un régime contributif, non-contributif ou mixte : en 2021, dans les pays à haut revenu, 97,5 % de la population était couverte, contre 39,2 % des individus en âge de la retraite en Asie du Sud et 19,8 % en Afrique subsaharienne²⁶. Les différences entre les Etats et les défis identifiés pour les différentes régions du monde sont expliqués ainsi par l'OIT : « [P]our les pays dotés de systèmes de protection sociale complets et matures, qui ont une population vieillissante, le principal enjeu est de préserver l'équilibre entre viabilité financière et caractère adéquat des prestations de vieillesse. A l'autre extrémité, de nombreux pays ont encore de la peine à étendre leur système de protection vieillesse et à le financer en raison d'obstacles structurels qui tiennent, entre autres, à leur niveau de développement, à leur niveau élevé d'informalité, à une faible capacité contributive, à la pauvreté et à des moyens budgétaires insuffisants »²⁷.

Une seconde raison, expliquant pourquoi l'OIT peut considérer que le droit à la sécurité sociale n'est pas respecté, découle des profondes inégalités entre les hommes et les femmes au moment de la retraite, inégalités reflétant celles

²⁴ OIT, *Rapport 2017*, p. 83 ; OIT, *Rapport 2021*, p. 22.

²⁵ *Ibid.*, respectivement pp. 83 et 177.

²⁶ OIT, *Rapport 2021*, p. 184.

²⁷ *Ibid.*, p. 177.

qui existent déjà dans le monde du travail²⁸. Ainsi, les femmes étant plus largement engagées dans un travail informel ou non-rémunéré, l'adhésion à un régime de retraite est plus aléatoire et les pensions de retraite, dépendantes des revenus dans un système uniquement contributif, sont plus limitées. Les chiffres publiés en 2021 révèlent ainsi qu'alors que 38,7 % des hommes en âge de travailler étaient couverts par un régime de retraite, une telle protection ne concernait que 26,3 % des femmes²⁹. Les chiffres obtenus dans les pays à faible revenu mettent plus clairement encore en évidence ces disparités avec 20,8 % des hommes en âge de travailler couverts par un régime de retraite, contre 8,1 % des femmes³⁰.

Une troisième raison est liée à la question du caractère approprié de la pension de retraite, au regard des besoins essentiels des personnes âgées et des services fondamentaux qui leurs sont nécessaires pour mener une vie digne et indépendante au moment de la retraite et sur le long terme. Ainsi, afin que les pensions puissent réellement couvrir les besoins, elles doivent être réajustées pour prendre en compte l'augmentation éventuelle du coût de la vie et des salaires³¹. Dans l'hypothèse où aucun réajustement n'est prévu, le manque d'adéquation entraîne des conséquences lourdes pour les individus et plus encore pour les femmes, dont la longévité est plus importante que celle des hommes³². Pour l'OIT, même s'il reste difficile d'apprécier le caractère adéquat des prestations et de faire des comparaisons entre pays, la perception de ce qui est adéquat dépendant notamment de nombreuses variables culturelles et économiques, il semble que d'une manière générale, la question de l'adéquation n'est pas bien réglée dans de nombreux systèmes qui n'offrent pas des pensions de retraite suffisantes³³.

La dernière raison concerne l'accès aux soins et services de santé. Les chiffres concernant plus spécifiquement l'accès des personnes âgées aux programmes de sécurité sociale de la santé, sur lesquels reposent le financement de l'accès aux soins, ne sont pas connus. L'OIT – tout comme de nombreux chercheurs

²⁸ *Ibid.*, p. 60.

²⁹ *Ibid.*, p. 190.

³⁰ *Ibid.*, p. 190.

³¹ CDESC, *OG 19*, § 22.

³² OIT, *Rapport 2021*, p. 61.

³³ *Ibid.*, p. 194.

et chercheuses³⁴ – relève l'absence de données relatives non seulement à la réalisation de la couverture sanitaire aux niveaux mondial, régional et national, mais encore à l'accès aux services de santé d'une catégorie en particulier³⁵. Pour autant, même en l'absence de ces données, l'OIT considère que les personnes âgées ne sont pas suffisamment protégées dans leur ensemble, leur accès aux soins étant limité³⁶. Cette conclusion s'appuie sur différents éléments, à commencer par le constat de la pénurie mondiale de services et de personnels qualifiés, qui entraîne des conséquences encore plus importantes sur les populations rurales et les personnes âgées³⁷. Un autre élément sur lequel l'OIT prend appui est lié à l'absence quasi-généralisée de prise en charge et d'organisation des soins de longue durée. Les soins de longue durée, définis comme comprenant des soins de santé et des services sociaux, font partie intégrante, selon l'OIT, de la couverture sanitaire et sociale, et ce malgré le fait qu'il n'existe aucun standard international applicable. Pour l'OIT, sont considérés par conséquent comme lacunaires les systèmes qui ne prévoient aucun mécanisme pour répondre à la demande en termes de services sanitaires et sociaux appropriés et faire face aux coûts engendrés par la perte d'autonomie des personnes âgées en raison de leur état physique ou mental. Les deux rapports de l'OIT font état des chiffres semblables suivants : « [P]lus de 48 pour cent de la population mondiale n'est pas couverte et les femmes sont les premières concernées. [E]galement, une grande partie des 46,3 pour cent des personnes âgées dans le monde est exclue des soins de longue durée en raison de critères de ressources très restrictifs qui limitent ces services aux personnes pauvres. Seulement 5,6 pour cent de la population mondiale vit dans des pays dont la législation nationale prévoit une prise en charge des soins de longue durée pour l'ensemble de la population »³⁸.

Enfin, d'une manière plus générale encore, il est possible de faire le lien entre la pauvreté, les personnes âgées et l'accès effectif ou non aux soins de santé. Le niveau de richesse ou de pauvreté est un déterminant social de la santé bien

³⁴ Voir notamment DIAZ et al., pp. E336-E443 ; WOO, pp. 457-464 ; WALSH/SCHARF/KEATING, pp. 81-98.

³⁵ OIT, *Rapport 2017* et *Rapport 2021*, respectivement pp. 114 et 205.

³⁶ *Ibid.*, respectivement pp. 111 et 217.

³⁷ *Ibid.*, respectivement pp. 111 et 213, 217.

³⁸ OIT, *Rapport 2017*, p. 111. Voir aussi OIT, *Rapport 2021*, p. 217.

connu³⁹, et la capacité des individus d'avoir accès aux services et aux biens nécessaires dépend de leur statut socio-économique dans de nombreux pays du monde. Les personnes âgées étant surreprésentées dans la catégorie des personnes souffrant ou menacées de pauvreté, il est possible d'avancer que leur droit à la protection sociale, qui inclut l'accès aux soins, n'est pas ou trop peu respecté⁴⁰.

B. Droit à la sécurité sociale en temps de crise : un impact disproportionné sur les personnes âgées

La question de la réalisation du droit à la sécurité sociale des populations dans leur ensemble et du droit à la sécurité sociale des personnes âgées en particulier, est une question qui a commencé à attirer l'attention des Etats, de la communauté internationale et des organes en charge de la protection des droits humains depuis relativement peu de temps. En témoigne l'absence de la protection sociale en tant que mécanisme indispensable à la réalisation du programme d'élimination de la pauvreté, adopté en 2000 lors du sommet du millénaire⁴¹. Concrètement, c'est la crise économique et financière de 2008 qui a déclenché une large réflexion sur le rôle de la sécurité sociale pour lutter contre la pauvreté et permettre le développement économique des Etats, et sur les faiblesses des systèmes existants (1). Les analyses plus récentes de l'impact de la crise sanitaire en lien avec la pandémie de COVID-19, d'une part, et de la crise climatique, d'autre part, ont clairement confirmé les faiblesses des systèmes de protection sociale et le niveau insuffisant de réalisation du droit à la protection sociale des personnes âgées (2).

³⁹ Sur la définition et l'importance des déterminants sociaux de la santé, voir : OMS, *Rapport 2008* ; MARMOT, pp. 1099-1104.

⁴⁰ Sur les liens entre pauvreté et personnes âgées, voir l'analyse suivante, qui insiste notamment sur la pauvreté des femmes âgées et leur exclusion des programmes de sécurité sociale et d'assurance maladie : AGONU, *A/HRC/14/31*, pp. 5 s. Concernant les liens entre santé, pauvreté et personnes âgées, voir : OMS, *Global Report*, p. 55 ; BUSSOLO/KOETTL/SINNOTT, p. 213.

⁴¹ Voir la présentation du programme du Millénaire dans AGONU, *A/54/2000*.

1. Crise économique et financière de 2008 : des failles prudemment révélées

Depuis le début du 21^e siècle, les crises de toute nature se sont multipliées, mettant à jour la grande vulnérabilité de certains individus. C'est le cas notamment des personnes âgées, dont la faible protection a attiré plus spécialement l'attention du Conseil des droits de l'homme de l'ONU qui a établi, en 2013, le premier mandat d'expert indépendant chargé de promouvoir l'exercice par les personnes âgées de tous les droits de l'homme⁴². Pour le Conseil, étant donné que les personnes âgées rencontrent « des obstacles à l'exercice de tous les droits de l'homme dans des domaines tels que la prévention et la protection contre la violence et la maltraitance, la protection sociale, l'alimentation et le logement, l'emploi, la capacité juridique, l'accès à la justice, les soins de santé, les soins palliatifs et de longue durée »⁴³, il s'agissait d'analyser les conditions de la protection de cette catégorie de personnes vulnérables, identifier les lacunes et définir une stratégie de réponse.

Pour autant, le constat d'une violation du droit à la sécurité sociale des personnes âgées a été lent à être formulé. Ainsi, le premier rapport de l'OIT sur l'état des systèmes de protection sociale dans le monde, bien que traitant de la crise économique et financière de 2008, ne conclut pas à une violation de ce droit dans ce contexte de crise⁴⁴. Dans ce rapport sont uniquement constatées, d'une part, les difficultés (financières) des personnes retraitées selon les régimes de retraite, et rappelés, d'autre part, les standards de l'OIT en matière de pension de retraite et de garantie minimale de revenu⁴⁵. Les questions de l'accès aux soins de santé et de réalisation de la protection sociale de la santé sont aussi traitées, car la crise économique a un effet important sur l'accès aux soins de santé ; cependant, les personnes âgées ne sont pas identifiées comme des personnes pouvant souffrir d'un accès limité aux soins, les personnes vulnérables ici étant les femmes et les enfants⁴⁶. Dans le même sens, dans le rapport publié en 2010 par l'Experte indépendante sur la question des droits de

⁴² Voir AGONU, *A/HRC/RES/24/20* et *A/HRC/RES/42/12*.

⁴³ AGONU, *A/HRC/RES/24/20*, § 1.

⁴⁴ OIT, *Providing coverage*.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 117-119.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 119.

l'homme et de l'extrême pauvreté, la violation éventuelle du droit à la protection sociale des personnes âgées n'est pas mentionnée ; pour l'Experte, il s'agit principalement de souligner le rôle central des pensions de retraite pour les systèmes de sécurité sociale et pour la réalisation du droit à la sécurité sociale des personnes âgées⁴⁷.

Les mesures adoptées dans certains Etats européens pour faire face à la crise économique de 2008 ont cependant clairement entraîné des limitations, voire des violations des droits des personnes âgées à la protection sociale. Une violation a ainsi été reconnue par le Comité européen des droits sociaux (CEDS) en 2012, dans une affaire concernant des décisions touchant à certaines prestations vieillesse adoptées par l'Etat grec⁴⁸. Pour le Comité, ces mesures « étaient de nature à entraîner une dégradation significative du niveau de vie et des conditions de vie d'un nombre important de pensionnés »⁴⁹ et elles devaient être considérées comme une violation de l'art. 12 § 3 de la Charte sociale européenne garantissant le droit à la sécurité sociale, car le gouvernement grec n'avait pu établir qu'il s'était « préoccupé de sauvegarder une protection suffisante pour les membres les plus vulnérables de la société »⁵⁰. Il est intéressant de noter que pour le CEDS – à l'opposé de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH)⁵¹ –, une crise financière ou économique ne peut être confondue avec une guerre ou un danger public, seules circonstances pouvant justifier des mesures dérogatoires aux exigences de la Charte⁵². Ainsi, selon le Comité en 2013, une crise économique et financière ne doit pas se

⁴⁷ AGONU, *A/HRC/14/31*.

⁴⁸ Comité européen des droits sociaux (CEDS), Fédération panhellénique des pensionnés de la fonction publique c. Grèce, Réclamation n° 77/2012, 7 décembre 2012.

⁴⁹ *Ibid.*, § 67.

⁵⁰ *Ibid.*, § 68.

⁵¹ La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), dans une affaire similaire impliquant une réduction au Portugal de certaines prestations vieillesse, n'a pas considéré qu'il y avait violation de la Convention européenne des droits de l'homme et de son Protocole 1 (art. 1) sur la protection du droit à la propriété. Voir : Cour EDH, *Da Conceição Mateus et Santos Januário c. Portugal*, applications n° 62235/12 and 57725/12, 8 octobre 2013, § 29.

⁵² Charte sociale européenne révisée, STCE n° 163, 1996, art. F.

traduire par une baisse de la protection des droits sociaux reconnus par la Charte⁵³.

2. La crise sanitaire engendrée par la COVID-19 et la crise climatique : des failles confirmées et des besoins identifiés

Les analyses réalisées respectivement par l'Experte indépendante en 2020⁵⁴ et par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme en 2021⁵⁵ sur l'incidence des crises (sanitaire pour l'une et climatique pour l'autre) sur l'exercice par les personnes âgées de leurs droits, ont abouti aux éléments principaux de conclusion suivants : ces crises ont eu un impact disproportionné sur les personnes âgées et leur capacité à exercer pleinement leurs droits⁵⁶ ; leurs effets négatifs ont été largement renforcés par l'âgisme⁵⁷, défini comme « un phénomène qui peut conduire les personnes âgées à être négligées, ignorées et marginalisées dans les lois et les politiques »⁵⁸ ; les femmes âgées – pour les mêmes raisons que celles mentionnées plus haut – sont davantage exposées aux conséquences des changements climatiques ou des crises sanitaires que les hommes ; enfin, l'âge et le handicap, tout comme l'âge et l'appartenance à une minorité ethnique et raciale ou à un peuple autochtone, ont des effets négatifs cumulatifs⁵⁹. Concernant plus précisément l'exercice par les personnes âgées de leur droit à la protection sociale, ces analyses ont mis en évidence différentes faiblesses propres aux systèmes nationaux mais aussi, en définitive, au cadre international de protection des droits humains.

Pour l'Experte indépendante, la pandémie a ainsi révélé que les personnes âgées étaient largement laissées pour compte et leur droit à la protection sociale non respecté. Ce dernier point ressort *a contrario* de la mise en place par de très nombreux Etats de programmes *ad hoc* de protection sociale dès le début de la pandémie, pour compenser l'absence ou l'insuffisance des régimes

⁵³ Voir CEDS, Introduction générale aux Conclusions XIX-2, 2009.

⁵⁴ AGONU, A/75/205.

⁵⁵ AGONU, A/HRC/47/46, § 4.

⁵⁶ *Ibid.*, § 4.

⁵⁷ *Ibid.*, § 4 ; AGONU, A/75/205, §§ 30-32.

⁵⁸ *Ibid.*, § 7.

⁵⁹ Voir en ce sens : AGONU, A/75/205, § 65 ; AGONU, A/HRC/47/46, §§ 34-36, 38-40.

de pensions de retraite et permettre d'assurer l'accès aux personnes âgées à des revenus de base essentiels⁶⁰. Ainsi, selon l'Experte, en juin 2020, 195 Etats avaient introduit ou adapté leurs programmes, « dont 68 pays ciblant en cela les personnes âgées, notamment par une augmentation des pensions, par des aides en nature, par un octroi en avance et sécurisé des pensions, par des transferts en espèces et par une extension de la couverture des pensions »⁶¹. La conclusion sur le non-respect du droit à la sécurité sociale des personnes âgées découle aussi, pour l'Experte indépendante, des nombreux cas de discriminations. Ainsi, notamment, la survenance de la pandémie a entraîné dans de nombreux Etats la mise en place de systèmes de triage et l'obligation de faire des choix entre les individus susceptibles ou non de recevoir des soins. Cette démarche, rendue nécessaire par la faiblesse des systèmes de soins⁶², a engendré un « accès limité aux soins et à l'assistance en matière de santé »⁶³. Enfin, selon l'Experte, le manque d'intérêt dans la plupart des pays pour l'autonomie des personnes âgées et l'absence de système de prise en charge des soins de longue durée ont aussi été très problématiques. Pendant la pandémie, le respect des éléments nécessaires à l'autonomie et à l'indépendance des personnes âgées ont ainsi été négligés : notamment, les maisons de retraite et institutions spécialisées n'ont pas été priorisées dans les stratégies étatiques de lutte contre la propagation de la maladie, et les services d'aide sociale et de soins aux personnes âgées ont été sous-financés⁶⁴.

Il est à noter que des études, menées au niveau national sur les conséquences de la pandémie sur les personnes âgées vivant en établissement spécialisé, ont confirmé cette analyse de l'Experte indépendante. Elles ont révélé l'insuffisance des moyens humains et financiers attribués à ces établissements⁶⁵, l'amointrissement du respect de l'autonomie et de l'indépendance des per-

⁶⁰ Voir d'une manière générale sur l'introduction dans les Etats de nouvelles prestations de sécurité sociale ou le renforcement des mesures existantes : RAZAVI/BEHRENDT/BIERBAUM/ORTON/TESSIER, p. 65.

⁶¹ AGONU, A/75/205, § 29.

⁶² *Ibid.*, § 36.

⁶³ *Ibid.*, § 31.

⁶⁴ *Ibid.*, §§ 40-42.

⁶⁵ Voir l'analyse réalisée sur les conditions de travail et les difficultés rencontrées par les personnels des institutions pour personnes âgées : JONES/SCHNITZLER/BORGSTROM, pp. E3493-E3506.

sonnes âgées⁶⁶, mais aussi des situations de maltraitance en institution, les mesures sanitaires ayant amplifié les situations de violence à l'égard des personnes résidentes. Concernant ce dernier point, les conclusions d'une analyse réalisée au Canada sont éloquentes : « [C]ette crise a démontré l'incapacité à garantir une approche humaniste et holistique, centrée sur la personne et sensible au genre, pour répondre aux besoins physiques, psychosociaux et spirituels des résidents. Protéger radicalement les personnes âgées contre la contagion peut offrir un sentiment accru de sécurité et d'ordre, mais cela ne suffit pas. Cette manière de faire ne favorise pas la dignité, l'aide spirituelle et sociale, et peut avoir des conséquences indésirables involontaires, telles que l'isolement social et la solitude, qui se traduisent par une incidence négative sur la santé physique et mentale »⁶⁷.

Pour le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme – et ainsi qu'il en ressort de son analyse de l'impact de la crise climatique sur les personnes âgées⁶⁸ –, il est certain que les perturbations climatiques engendrent (ou vont engendrer à l'avenir) des difficultés pour cette catégorie de personnes plus spécialement, notamment en raison de la faiblesse des systèmes de santé et de protection sociale. Concernant l'accès aux soins de santé (et notamment les soins de santé primaire), tout d'abord, il est noté dans ce rapport que cet accès est essentiel, les personnes âgées étant particulièrement sensibles aux conséquences négatives des changements climatiques, parmi lesquelles on compte l'augmentation des températures, mais aussi les événements extrêmes comme les feux de forêt, les tornades, les tempêtes hivernales ou encore les longues périodes de sécheresse estivale sans précipitation (autant d'événements qui ont une incidence disproportionnée sur leur santé physique et mentale). Or, selon le rapport – et ainsi que cela a été montré dans des études sur la surmortalité liée aux personnes âgées lors de différents événements récents⁶⁹ –, les réponses stratégiques des Etats ne prennent pas en compte cet élément.

Concernant l'accès à un revenu suffisant, le Haut-Commissariat considère non seulement que les systèmes de protection sociale risquent d'être financièrement déstabilisés en raison de la migration des plus jeunes décidant de quitter

⁶⁶ PICCOLI/TANNOU/HERNANDORENA/KOEBERLE.

⁶⁷ BUREAU DU CONSEILLER SCIENTIFIQUE EN CHEF DU CANADA, p. 17.

⁶⁸ AGONU, *A/HRC/47/46*.

⁶⁹ *Ibid.*, § 9.

les régions les plus touchées par le dérèglement climatique, mais encore, que les systèmes nationaux de protection sociale ne sont pas prêts pour permettre la mobilité des personnes âgées. Or il est évident que les personnes âgées vont aussi être éventuellement dans l'obligation de quitter leur pays d'origine, et seront dans l'incapacité de bénéficier de leurs pensions de retraite si aucun arrangement n'a été organisé au préalable pour le transfert des pensions⁷⁰.

Enfin, il note aussi que les femmes sont (ou vont être) encore plus touchées que les hommes par les conséquences des changements climatiques, en raison de leurs activités dans le domaine de l'agriculture. Ainsi, dans certaines régions du monde, non seulement les revenus tirés de l'agriculture sont (ou vont être) menacés – ce qui a (ou aura) un impact sur le montant des prestations vieillesse – mais encore, les personnes âgées ne pourront profiter des mesures d'adaptation et d'atténuation des effets du changement climatique adoptées par les Etats, qui tendent à définir des limites d'âge pour leur application⁷¹.

III. Cadre juridique : quel contenu pour le droit humain à la sécurité sociale des personnes âgées ?

Il n'existe pas, pour l'instant, d'instrument juridique destiné à la protection expresse des personnes âgées qui donnerait un cadre précis aux Etats et orienterait le développement de leurs systèmes de protection sociale pour offrir aux personnes âgées une protection spécifique. Les incertitudes ne sont par conséquent pas levées concernant le contenu concret du droit à la sécurité sociale des personnes appartenant à cette catégorie. L'analyse des normes internationales des droits humains applicables aujourd'hui révèle que si un cadre normatif existe et est aussi applicable aux personnes âgées (A), ce cadre est lacunaire, et des précisions importantes sont nécessaires afin d'offrir une protection adéquate aux personnes âgées répondant à leurs besoins en toutes circonstances (B).

⁷⁰ *Ibid.*, § 27.

⁷¹ *Ibid.*, § 30.

A. Le cadre normatif existant : une protection non spécifique du droit à la sécurité sociale des personnes âgées

Le droit à la sécurité sociale des personnes âgées est garanti par le droit international des droits humains, les normes les plus importantes étant ici le Pacte ONU I, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), la Convention sur les droits des travailleurs migrants (CDTM) et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH), adoptés respectivement en 1966, 1979, 1990 et 2006. Ces normes ne protègent pas expressément les droits des personnes âgées, à l'exception de certaines dispositions que l'on peut trouver dans la CDPH (1). Pour autant, les comités en charge de leur mise en œuvre ont progressivement développé leur interprétation pour mieux tenir compte des besoins spécifiques de cette catégorie (2).

1. Les normes applicables : une garantie très générale du droit à la protection sociale pour toutes et tous

Plusieurs observations peuvent être formulées concernant le droit à la protection sociale des personnes âgées tel que garanti par ces différentes conventions. Premièrement, il faut noter que le Pacte ONU I, tout comme la CEDEF ou bien encore la CDTM, garantit ce droit sans faire de référence particulière aux personnes âgées comme constituant une catégorie avec des besoins particuliers. L'art. 9 Pacte ONU I protège ainsi « le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales », tandis que l'art. 27 § 1 CDTM précise qu'en « matière de sécurité sociale, les travailleurs migrants et les membres de leur famille bénéficient dans l'Etat d'emploi, de l'égalité de traitement avec les nationaux dans la mesure où ils remplissent les conditions requises par la législation applicable dans cet Etat ». L'art. 11 § 1 let. e CEDEF consacre pour sa part le droit des femmes « de bénéficier directement des programmes de sécurité sociale » et précise uniquement que les prestations doivent être aussi des « prestations de retraite [...] et de vieillesse »⁷².

⁷² Pour une analyse plus détaillée de l'art. 11 CEDEF, voir LEMPEN, pp. 287-321.

Deuxièmement, il est nécessaire de noter que dans le Pacte ONU I comme dans la CEDEF, l'âge n'est pas expressément mentionné comme cause de discrimination prohibée. Ainsi, si l'art. 2 CEDEF ne mentionne pas de façon expresse de facteurs de discrimination, l'art. 2 § 2 Pacte ONU I – sur le modèle de l'art. 2 § 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme – interdit expressément les discriminations qui pourraient être fondées « sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion publique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Seule la CDTM introduit l'âge dans la liste des causes possibles de discrimination⁷³. Pour autant, il s'agit de la seule mention de l'âge dans cette convention, les garanties énoncées ayant été pensées pour des personnes en âge de travailler et non des personnes âgées. En ce sens, il est nécessaire de préciser ici que même s'il n'existe pas de définition légale, précise et uniforme des « personnes âgées », le critère de l'âge biologique est très souvent utilisé comme critère de définition et correspond généralement à l'âge légal de départ en retraite dans beaucoup de pays. Ainsi, le CDESC considère que sont des personnes « âgées » celles âgées de 60 ans et plus en accord avec l'usage au sein de l'ONU et tel qu'appliqué par le bureau onusien des statistiques⁷⁴. Cette approche est aussi celle qui a été retenue au niveau régional par l'Organisation des Etats américains (OEA) et par l'Union africaine (UA), qui ont adopté respectivement la Convention interaméricaine sur la protection des droits fondamentaux des personnes âgées en 2015 (CIPDPA) et le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits des personnes âgées en 2016 (PCADPA). Les deux textes retiennent le critère de l'âge biologique comme unique critère de définition des personnes âgées⁷⁵. Ce choix a d'ailleurs été fortement critiqué par la doctrine comme ne correspondant ni à la réalité culturelle africaine, ni à l'âge légal de départ à la retraite dans de nombreux pays africains⁷⁶.

En définitive, troisièmement, seule la CDPH inclut expressément les personnes âgées dans son champ d'application, l'âge constituant pour cette Convention un élément additionnel de vulnérabilité (les enfants et les femmes sont

⁷³ Art. 1 § 1 et art. 7 CDTM.

⁷⁴ CDESC, OG 6, § 9.

⁷⁵ Voir respectivement art. 2 CIPDPA et art. 1 PCADPA.

⁷⁶ CHIRWA/RUSHWAYA, p. 63.

aussi mentionnés à ce même titre). Certains droits sont par conséquent énoncés comme impliquant des obligations particulières pour les Etats qui doivent tenir compte des besoins des personnes handicapées en lien avec l'âge. Ainsi, l'art. 25 relatif au droit à la santé des personnes handicapées prévoit, dans sa lettre b, que les Etats doivent fournir à ces personnes « les services de santé dont celles-ci ont besoin en raison spécifiquement de leur handicap, y compris des services [...] destinés à réduire au maximum ou à prévenir de nouveaux handicaps, notamment chez [...] les personnes âgées ». L'art. 28 relatif au niveau de vie adéquat et à la protection sociale prévoit pour sa part, dans son paragraphe 2 lettre b, que les Etats doivent prendre « des mesures appropriées pour protéger et promouvoir l'exercice de ce droit, y compris des mesures destinées à [...] assurer aux personnes handicapées, en particulier [...] aux personnes âgées, l'accès aux programmes de protection sociale et aux programmes de réduction de la pauvreté ».

2. L'interprétation des normes : des efforts importants de la part des comités en charge de la protection des droits humains

Les comités d'expertes et d'experts en charge d'encadrer la mise en œuvre des différentes conventions se sont intéressés plus particulièrement à la protection spécifique des personnes âgées, et ont apporté des indications complémentaires importantes sur la façon dont les garanties doivent être comprises et appliquées.

Ainsi, tout d'abord, le CDESC a précisé en 1995 dans son Observation générale (OG) n° 6 sur les droits économiques, sociaux et culturels des personnes âgées⁷⁷ qu'il ne pouvait faire de doute que les personnes âgées étaient protégées par les dispositions du Pacte. Pour le Comité, « les dispositions du Pacte s'appliquent pleinement à tous les membres de la société [et] il est évident que les personnes âgées doivent pouvoir jouir de la totalité des droits reconnus dans le Pacte »⁷⁸. En conséquence, le Comité a aussi élargi la protection apportée aux droits humains par le mécanisme des rapports, en exigeant des Etats

⁷⁷ CDESC, OG 6.

⁷⁸ *Ibid.*, § 10.

qu'ils rendent compte dans leurs rapports périodiques de la protection des droits des personnes âgées⁷⁹. Conformément à l'art. 16 Pacte ONU I, les Etats sont en effet dans l'obligation d'établir des rapports sur les mesures adoptées pour assurer la protection et la promotion des droits et sur les progrès accomplis. Dans la même Observation générale, le CDESC a aussi précisé que si l'interdiction des discriminations en raison de l'âge n'avait pas été explicitement mentionnée dans le Pacte, cette omission pouvait être expliquée par le fait que lorsque le Pacte avait été adopté, « le problème du vieillissement de la population n'était pas aussi évident ni aussi urgent qu'il l'est à l'heure actuelle »⁸⁰. En conséquence, le Comité – rejoint d'ailleurs sur ce point par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (Comité CEDEF)⁸¹ – considère qu'une discrimination fondée sur l'âge ne pourra être que rarement acceptable⁸².

Ces efforts de prise en compte par le CDESC des droits des personnes âgées ne sont pas négligeables et s'étendent au contenu du droit à la sécurité sociale des personnes âgées. Ainsi, concernant le contenu exact de ce droit, quelques éléments concrets sont mentionnés dans l'Observation générale n° 6 ainsi que dans l'Observation générale n° 19, adoptée en 2008 et relative à l'art. 9 Pacte ONU I. Dans le premier texte, le CDESC a ainsi précisé que les Etats devaient « instituer des prestations vieillesse non contributives ou d'autres aides en faveur des personnes âgées qui [...] n'ont pas droit au versement d'une pension de vieillesse ou à d'autres prestations au titre de la sécurité sociale et ne bénéficient pas d'autres sources de revenus »⁸³. Dans l'Observation générale n° 19, le Comité a repris cette même demande concernant les prestations vieillesse et a ajouté l'obligation, pour les Etats de mettre en place des « services sociaux et d'autres formes d'aide en faveur de toutes les personnes âgées »⁸⁴ qui, pour différentes raisons, n'ont pas droit à bénéficier d'une pension relevant d'un régime d'assurance ou d'autres formes d'assistance. Au-delà, le CDESC a précisé que les prestations devaient « être d'un montant et d'une durée adé-

⁷⁹ *Ibid.*, § 15.

⁸⁰ *Ibid.*, § 11.

⁸¹ Comité CEDEF, *Recommandation générale n° 28*, §§ 5 et 18.

⁸² *Ibid.*, § 12.

⁸³ *Ibid.*, § 30.

⁸⁴ CDESC, *OG 19*, § 15.

quats »⁸⁵, que les personnes âgées, au même titre que les personnes handicapées, devaient bénéficier d'« installations spéciales »⁸⁶, et insisté sur la nécessité pour les Etats d'être spécialement attentifs aux personnes âgées en tant que catégorie identifiée comme éprouvant des difficultés à exercer leur droit à la sécurité sociale⁸⁷.

Le Comité CEDEF a publié en 2010 une Recommandation générale sur les femmes âgées et la protection de leurs droits humains⁸⁸. Cette Recommandation ne livre pas une interprétation concrète d'un droit en particulier ; le Comité y expose des sujets de préoccupation et formule des recommandations qui concernent plus spécifiquement les conditions de vie et d'accès aux soins de santé et services sociaux des femmes âgées. Les sujets de préoccupation, tout d'abord, sont semblables à ceux formulés par l'OIT et tels que mentionnés plus haut. Le Comité confirme ainsi que l'existence d'inégalités profondes entre hommes et femmes dans le monde du travail a un impact non seulement sur les salaires, mais aussi sur les niveaux des prestations de retraite⁸⁹. Au-delà, il considère que les soins de santé ne sont non seulement pas adaptés aux besoins des femmes âgées qui souffrent de maladies et d'affection incorrectement prises en charge⁹⁰, mais encore, que nombre d'entre elles ne peuvent bénéficier de régimes publics d'assurance-maladie (voire d'assurances privées) « pour avoir passé toute une vie à travailler dans le secteur non structuré ou à s'occuper d'autres personnes sans être rémunérées »⁹¹. Des éléments sont aussi relevés qui viennent aggraver les difficultés d'une partie des femmes âgées qui sont forcées de se déplacer à l'intérieur de leur propre pays, voire au-delà des frontières⁹², ou bien encore de celles vivant dans les zones rurales⁹³ : les premières comme les secondes sont confrontées à un accès limité

⁸⁵ *Ibid.*, § 22.

⁸⁶ *Ibid.*, § 28.

⁸⁷ *Ibid.*, § 31.

⁸⁸ Comité CEDEF, *Recommandation générale* n° 27.

⁸⁹ *Ibid.*, § 20.

⁹⁰ *Ibid.*, § 14.

⁹¹ *Ibid.*, § 21.

⁹² *Ibid.*, § 18.

⁹³ *Ibid.*, § 24.

aux services de santé et sociaux⁹⁴ ; toutes seront en outre défavorisées lors de catastrophes naturelles⁹⁵.

Pour répondre à ces sources de vulnérabilité et assurer une meilleure protection aux femmes âgées, le Comité CEDEF énonce différentes obligations à la charge des Etats – plus ou moins précises – visant à apporter une réponse aux questions d'accès à un revenu minimum permettant de mener une vie digne et à des soins de santé. Concernant le premier point – et dans la même ligne que le CDESC –, le Comité considère non seulement que les Etats sont dans l'obligation de veiller à ce que les conditions de travail des femmes ne soient pas discriminatoires et « que toutes les femmes qui ont travaillé bénéficient d'une pension acceptable »⁹⁶, mais encore que le bénéfice d'une pension contributive soit assuré pour celles « qui n'ont pas d'autre pension ou qui n'ont pas de sécurité de revenu suffisante » et que des allocations soient prévues « en particulier pour [les femmes âgées vivant] dans des zones reculées ou des zones rurales ». Concernant le second point, le Comité précise notamment que toutes les femmes âgées devraient avoir accès à des soins de santé à un coût abordable (en les dispensant par exemple de payer des honoraires), mais aussi à « des soins de santé et de services sociaux de longue durée, notamment des soins qui permettent de vivre seule et des soins palliatifs »⁹⁷.

B. La protection du droit à la sécurité sociale des personnes âgées au 21^e siècle : des lacunes à combler de manière urgente

Le sentiment d'urgence, qui ressort des rapports relatifs à la protection des droits humains des personnes âgées publiés depuis 2020 par différents organes des Nations Unies⁹⁸, s'explique par référence à l'évolution démographique très rapide des dernières années et au phénomène mondial de vieillissement des

⁹⁴ *Ibid.*, §§ 21 et 24.

⁹⁵ *Ibid.*, § 25.

⁹⁶ *Ibid.*, § 42.

⁹⁷ *Ibid.*, § 45 ; le thème des soins de longue durée est aussi abordé au § 48.

⁹⁸ Voir notamment AGONU, *A/HRC/49/70* et *A/HRC/47/46* ; voir aussi AGONU, *A/HRC/48/53* et *A/75/205*.

populations, ainsi que par l'impact disproportionné des crises récentes sur les personnes âgées. Il s'explique aussi par référence à l'incapacité des mécanismes internationaux de protection des droits humains à offrir une protection satisfaisante aux personnes âgées (1). Une définition plus précise des éléments constitutifs du droit à la sécurité sociale des personnes âgées doit être proposée afin de contribuer à la mise en place et/ou à l'adaptation des systèmes de sécurité sociale dans le monde (2).

1. Les insuffisances de la protection des droits humains des personnes âgées

L'affirmation par le CDESC ou le Comité CEDEF de l'application non questionnable des garanties des droits humains aux personnes âgées, voire les références expresses à cette catégorie inscrites dans la CDPH, n'offrent en définitive qu'une protection partielle, lacunaire et insuffisante aux personnes âgées.

Une protection partielle tout d'abord, en raison du champ d'application limité de la CEDEF et de la CDPH⁹⁹. Ainsi, la CEDEF n'est applicable qu'à la partie féminine des populations, alors que la CDPH n'offre des garanties qu'aux personnes âgées qui souffriraient d'un handicap. Or toutes les personnes âgées ne souffrent pas forcément d'un handicap, même si leur nombre est très important¹⁰⁰. Concernant ce dernier point, il est certain que le handicap ayant reçu une définition très large, de nombreuses personnes âgées pourraient en théorie se réclamer de la protection offerte par la CDPH. Ainsi, le handicap est présenté dans le préambule de la Convention comme résultant « de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres »¹⁰¹. Pour autant, il semble difficile de considérer que toutes les personnes âgées sont concernées

⁹⁹ Voir nos remarques sur le champ d'application limité de la CDTM, *supra* III.A.1.

¹⁰⁰ Voir en ce sens les chiffres donnés par la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées, selon laquelle on peut considérer que les personnes âgées constituent la majorité de la population totale des personnes handicapées ; AGONU, A/74/186, §§ 3-4.

¹⁰¹ CDPH, préambule, lettre e.

et peuvent par conséquent se référer largement aux droits garantis par la Convention. En réalité, les personnes âgées souffrant d'un handicap doivent être considérées comme constituant un groupe de personnes vulnérables au sein de la catégorie plus large des personnes handicapées. Il s'agit d'ailleurs de l'approche retenue par le Comité des droits des personnes handicapées, qui considère que les personnes âgées constituent une catégorie marginalisée des personnes handicapées, au même titre notamment que les femmes ou les enfants, et telle que susceptible de subir des discriminations croisées¹⁰².

Une protection lacunaire ensuite, car les besoins spécifiques des personnes âgées en termes de protection sociale ne sont pas tous proprement identifiés et le contenu du droit à la protection sociale pas concrètement défini. Ainsi, les interprétations données par le CDESC et le Comité CEDEF – au-delà du fait qu'elles datent de plus de dix années au minimum – ne concernent que certains éléments essentiels plus « traditionnels » : les pensions de retraite, qui devraient être assurées par un régime mixte offrant des prestations contributives et non-contributives, et l'accès aux soins de santé à un coût abordable. Les autres besoins des personnes âgées demandant une réponse plus précise, voire innovante, sont laissés de côté.

Une protection insuffisante enfin, ainsi qu'il en ressort de différentes études générales relatives à la réalité de la protection des droits humains des personnes âgées. L'étude conduite par l'OHCHR sur le travail d'encadrement et de contrôle réalisé par les comités spécialisés, tout d'abord, révèle que les comités d'expertes et d'experts ne s'intéressent aux droits des personnes âgées que de façon irrégulière. Ainsi, et malgré la demande expresse formulée par le CDESC et telle qu'imposant aux Etats de fournir les éléments d'information nécessaires concernant le respect des droits des personnes âgées, il ressort de cette étude que les rapports nationaux ne font pas ou trop peu état des efforts et des réalisations en faveur de cette catégorie de personnes et de la réalisation de leurs droits¹⁰³. Ensuite, les multiples constats de discriminations en raison de l'âge formulés par l'Experte indépendante sur les droits des personnes âgées¹⁰⁴, ou bien encore par la Rapporteuse spéciale sur les droits des per-

¹⁰² COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES, §§ 33 et 73 lettre o.

¹⁰³ OHCHR, pp. 21-27.

¹⁰⁴ Voir notamment AGONU, *A/HRC/48/53*, pp. 10 ss.

sonnes handicapées¹⁰⁵, confirment l'insuffisance de la protection. L'identification du phénomène de l'âgisme enfin, qui est présenté comme un phénomène qui survient lorsque l'âge est utilisé pour catégoriser et diviser les populations d'une façon qui conduit au préjudice, à des désavantages, à l'injustice et qui érode la solidarité entre les nations, va aussi dans ce sens¹⁰⁶.

2. Vers une concrétisation du droit à la sécurité sociale des personnes âgées : éléments essentiels

Les mesures concrètes à adopter dans le cas particulier des personnes âgées, pour satisfaire aux exigences de base en lien avec le droit à sécurité sociale d'accès à des revenus et à des soins de santé¹⁰⁷, peuvent être synthétisés à l'aide des deux normes des droits humains adoptées récemment au niveau régional, prenant en compte les éléments épars mentionnés par les comités d'expertes et d'experts dans leurs interprétations respectives de ce droit. Un réel effort d'identification des éléments concrets du droit à la sécurité sociale des personnes âgées a été réalisé par l'OEA d'une part, et par l'UA d'autre part. Convaincues de l'importance de l'adoption d'une norme juridique pour la protection et la promotion des droits des personnes âgées en général, ces deux organisations ont adopté respectivement les deux textes suivants : la CIPDPA et le PCADPA. Ces textes, dont le contenu n'est pas forcément identique, apportent des informations très précises sur le contenu de certains droits¹⁰⁸ et prévoient des nouveaux mécanismes de protection¹⁰⁹.

Parmi ces éléments concrets, on trouve tout d'abord les pensions de retraite, permettant aux personnes âgées de recevoir un revenu afin de vivre une vie digne et indépendante. La sécurité du revenu est présentée comme l'élément

¹⁰⁵ Voir plus précisément AGONU, A/74/186, §§ 7-9.

¹⁰⁶ OMS, *Global Report*, p. 2.

¹⁰⁷ CDESC, OG 19, § 59.

¹⁰⁸ Le but affirmé de l'OEA était de « faciliter la formulation et l'application des lois et programmes de prévention des abus, de l'abandon, de la négligence, de la maltraitance et de la violence contre les personnes âgées » (CIPDPA, préambule). Dans le même sens, voir le préambule du PCADPA ainsi que l'interprétation générale du Protocole par CHIRWA/RUSHWAYA.

¹⁰⁹ Ces mécanismes ne sont pas traités dans cette étude. Voir Chap. VI CIPDPA ; art. 22 PCADPA.

clé de la protection sociale, dans le cadre africain comme dans le cadre américain. Le Protocole à la Charte africaine – alors que la Charte elle-même ne garantit pas le droit à la sécurité sociale¹¹⁰ – prévoit ainsi que « les personnes âgées qui prennent la retraite [doivent] bénéficier de pensions adéquates »¹¹¹, que ces personnes aient eu ou non la possibilité de contribuer à un régime de pensions, et que « les processus et procédures d'accès aux pensions soient décentralisés, simplifiés et décents »¹¹². Le même droit à des prestations, indépendamment de toute participation à un régime contributif, est aussi inscrit dans la Convention interaméricaine, qui prévoit de façon très large que les Etats parties doivent promouvoir progressivement « le versement de prestations permanentes aux personnes âgées qui leur assurent une vie digne par le biais des systèmes de sécurité sociale et d'autres mécanismes souples dans ce domaine »¹¹³. La Convention prévoit en outre que l'accessibilité aux pensions de retraite doit être aussi assurée pour les personnes âgées en situation de déplacement ; elle demande en conséquence aux Etats de faciliter, « au moyen d'accords institutionnels, d'accords bilatéraux ou d'autres mécanismes continuentaux, la reconnaissance des prestations de vieillesse, des contributions à la sécurité sociale ou des droits de pension des personnes âgées migrantes »¹¹⁴. Il est à noter que ce dernier élément a été souligné comme indispensable à la réalisation du droit à la protection sociale par l'Experte indépendante sur les droits des personnes âgées. Dans son analyse sur la protection des droits en période de crise¹¹⁵, l'Experte insiste ainsi sur la nécessité pour les personnes âgées de bénéficier de la protection sociale et de la « solidarité intergénérationnelle »¹¹⁶, mais aussi sur la fragilité des personnes se trouvant dans une situation de déplacement forcé engendrée par « les catastrophes naturelles, un

¹¹⁰ La Charte africaine reconnaît néanmoins les personnes âgées comme relevant d'une catégorie à part et ayant « droit à des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques ou moraux ». Voir art. 18 § 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981).

¹¹¹ Art. 7 § 1 PCADPA.

¹¹² *Ibid.*, art. 7 § 3.

¹¹³ Art. 17 CIPDPA.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ AGONU, A/HRC/42/43.

¹¹⁶ *Ibid.*, § 28.

conflit armé ou une calamité agricole »¹¹⁷, fragilité à laquelle il est nécessaire de répondre en permettant l'accès à des prestations, où que ces personnes se trouvent.

Parmi les éléments concrets essentiels au droit à la sécurité sociale des personnes âgées, on trouve, ensuite, ceux concernant l'accès aux soins. Ces éléments ne sont pas présentés comme relevant de la « protection sociale » (Protocole africain) ou du « droit à la sécurité sociale » (Convention interaméricaine), mais comme relevant de soins et services ou du droit à la santé. Le Protocole africain, tout d'abord, contient certaines dispositions intéressantes, malgré leur caractère limité, relatives à la prise en charge des personnes âgées sur le long terme : des mesures doivent être adoptées pour promouvoir et renforcer les systèmes de prise en charge traditionnels, au sein des familles¹¹⁸ ; les soins en établissements existants doivent être abordables et répondre à certains standards minimaux¹¹⁹ ; l'accès aux services de santé doit être rendu possible pour tous à travers l'accès à la couverture d'assurance médicale¹²⁰ et ces soins, finalement, doivent répondre aux besoins spécifiques des personnes âgées¹²¹ et être dispensés par un personnel de santé formé à la gériatrie et à la gérontologie¹²².

La Convention interaméricaine propose en revanche un nombre de détails beaucoup plus important sur des mesures qui doivent favoriser l'accès à des soins de santé comme à des soins de longue durée¹²³. Ainsi, conformément à la Convention, il s'agit notamment pour les Etats de garantir l'accès non seulement « à des prestations et services de santé accessibles et de qualité »¹²⁴, mais encore à des « services socio-sanitaires intégrés et spécialisés pour la prise en charge des personnes âgées souffrant de maladie générant de la dépendance »¹²⁵ ; au-delà, il s'agit aussi de s'occuper de la compétence des ser-

¹¹⁷ *Ibid.*, § 39.

¹¹⁸ Art. 10 PCADPA.

¹¹⁹ *Ibid.*, art. 11.

¹²⁰ *Ibid.*, art. 15 § 2.

¹²¹ *Ibid.*, art. 15 § 1.

¹²² *Ibid.*, art. 15 § 3.

¹²³ Art. 19 CIPDPA.

¹²⁴ *Ibid.*, art. 19 let. f.

¹²⁵ *Ibid.*, art. 19 let. h.

vices et de leur disponibilité, de la formation des personnels de santé, de l'accès aux traitements, aux médicaments et aux informations contenues dans les dossiers personnels¹²⁶. La Convention s'occupe aussi de façon très détaillée des soins de longue durée et demande aux Etats de prendre des mesures multiples afin d'assurer la réalisation du droit des personnes âgées « à un système intégral de soins qui leur offre la protection et la promotion de la santé, la couverture de services sociaux, la sécurité alimentaire et nutritionnelle, l'eau, l'habillement, et encourageant les personnes âgées à décider de rester chez elles et à maintenir leur indépendance et leur autonomie »¹²⁷. Les mesures proposées visent à la fois à apporter un soutien aux familles, qui assument en majorité le poids de ces soins, et à encadrer les pratiques afin de protéger au mieux les personnes âgées.

Enfin, les deux normes proposent aussi des mesures destinées à permettre la réalisation de tous les droits, et notamment du droit à la protection sociale. Il s'agit par exemple de mesures relatives à la protection de l'autonomie et de l'indépendance¹²⁸ – droit qui va de pair avec le droit d'accès à des soins de longue durée –, à la lutte contre les discriminations et l'âgisme¹²⁹, ainsi que de mesures spécifiques adressant les besoins particuliers de certaines catégories comme les femmes âgées ou les personnes handicapées¹³⁰, ou encore de mesures nécessaires dans les situations de risque¹³¹.

IV. Conclusion

En 2019, l'Experte indépendante sur les droits des personnes âgées s'était intéressée plus particulièrement aux vulnérabilités des personnes âgées dans les situations d'urgence¹³². Plusieurs messages importants ressortaient de cette analyse. Le premier concernait les sources de vulnérabilité des personnes

¹²⁶ *Ibid.*, art. 19 let. i, j, l, n, et o.

¹²⁷ *Ibid.*, art. 12.

¹²⁸ Art. 3 et 7 CIPDPA ; art. 5 PCADPA.

¹²⁹ Art. 32 CIPDPA ; art. 3 et 19 PCADPA.

¹³⁰ Art. 5 CIPDPA ; art. 9 et 13 PCADPA.

¹³¹ Art. 29 CIPDPA ; art. 14 PCADPA.

¹³² AGONU, A/HRC/42/43.

âgées qui « peuvent être intrinsèques (mauvaise santé, handicap ou fragilité), extrinsèques (revenu faible, niveau d’instruction peu élevé ou lieu de résidence reculé) ou dues à des facteurs systémiques (manque de données ventilées ou impossibilité d’évaluer correctement les besoins ou de contrôler l’efficacité de l’aide fournie) ». Le second message concernait l’importance de la protection sociale pour le bien-être des personnes âgées et « leur capacité à exercer pleinement leurs droits de l’homme, notamment dans les situations d’urgence »¹³³. Enfin, le dernier message concernait l’idée selon laquelle l’ampleur des difficultés rencontrées pendant les crises reflétait en réalité les difficultés préexistantes – en temps normal – dans l’exercice des droits¹³⁴.

Au regard de ce dernier constat et de l’analyse conduite ici, il nous est permis d’insister sur l’urgente nécessité d’améliorer les systèmes de sécurité sociale dans le monde, de façon à assurer une meilleure protection des personnes âgées. Une telle amélioration s’impose au nom du droit international des droits humains ainsi qu’en conséquence des engagements politiques et moraux acceptés en 2015 par les Etats avec l’adoption de l’Agenda 2030 sur le développement durable¹³⁵. Ce programme, bien qu’il omette de mentionner expressément les personnes âgées dans ses objectifs et ses cibles¹³⁶, vise clairement la protection de tous les individus au cours du cycle de vie et demande aux Etats de tenir compte en particulier des besoins des groupes vulnérables, parmi lesquels les personnes âgées ont (malheureusement) une place de choix¹³⁷.

¹³³ *Ibid.*, § 28.

¹³⁴ *Ibid.*, § 25.

¹³⁵ AGONU, A/RES/70/1.

¹³⁶ BENNETT, pp. 104-126.

¹³⁷ AGONU, A/RES/70/1, § 23.

Bibliographie

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES (AGONU), Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Normes et obligations du droit international en ce qui concerne la promotion et la protection des droits de l'homme des personnes âgées, A/HRC/49/70, 28 janvier 2022 (cité : *A/HRC/49/70*).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES (AGONU), Conseil des droits de l'homme, Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Etude analytique pour la promotion et la protection des droits des personnes âgées dans le contexte des changements climatiques, A/HRC/47/46, 30 avril 2021 (cité : *A/HRC/47/46*).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES (AGONU), Conseil des droits de l'homme, Droits de l'homme des personnes âgées, A/HRC/RES/24/20, 8 octobre 2013 (cité : *A/HRC/RES/24/20*).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES (AGONU), Conseil des droits de l'homme, Résolution 42/12, Droits de l'homme des personnes âgées (renouvellement du mandat), A/HRC/RES/42/12, 4 octobre 2019 (cité : *A/HRC/RES/42/12*).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES (AGONU), Rapport de l'Experte indépendante chargée de promouvoir l'exercice par les personnes âgées de tous les droits de l'homme, A/HRC/48/53, 4 août 2021 (cité : *A/HRC/48/53*).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES (AGONU), Rapport de l'Experte indépendante chargée de promouvoir l'exercice par les personnes âgées de tous les droits de l'homme, Incidences de la maladie à coronavirus (COVID-19) sur l'exercice sur les personnes âgées de tous les droits de l'homme, A/75/205, 21 juillet 2020 (cité : *A/75/205*).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES (AGONU), Rapport de l'Experte indépendante chargée de promouvoir l'exercice par les personnes âgées de tous les droits de l'homme, A/HRC/42/43, 4 juillet 2019 (cité : *A/HRC/42/43*).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES (AGONU), Rapport de l'Experte indépendante sur la question des droits de l'homme et de l'extrême pauvreté, A/HRC/14/31, 31 mars 2010 (cité : *A/HRC/14/31*).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES (AGONU), Rapport établi par la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées, Droits des personnes handicapées, A/74/186, 17 juillet 2019 (cité : *A/74/186*).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES (AGONU), Secrétaire général, Nous, les peuples : le rôle des Nations Unies au XXI^{ème} siècle, A/54/2000, 27 mars 2000 (cité : *A/54/2000*).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES (AGONU), Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030, A/RES/70/1, 25 septembre 2015 (cité : *A/RES/70/1*).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES (AGONU), Vers un instrument international global et intégré pour la promotion et la protection des droits et de la dignité des personnes âgées, A/RES/67/139, 20 décembre 2012 (cité : *A/RES/67/139*).

BUREAU DU CONSEILLER SCIENTIFIQUE EN CHEF DU CANADA, Rapport d'un groupe de travail spécial préparé pour la conseillère scientifique en chef du Canada, Ottawa 2020.

BENNETT BELINDA, Older persons, the sustainable development goals, and human rights, in : Griffith Journal of Law and Human Dignity 10/1 (2022), pp. 104-126.

BUSSOLO MAURIZIO/KOETTL JOHANNES/SINNOTT EMILY, Golding ageing : prospects for healthy, active and prosperous aging in Europe, World Bank Group, Washington 2015, pp. 1-331.

CHIRWA DANWOOD M./RUSHWAYA CHIPO I., Guarding the Guardians : A Critical Appraisal of the Protocol to the African Charter on the Rights of Older Persons in Africa, in : Hum Rts L Rev 19/1 (2019), pp. 53-82.

COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES, Observation générale n° 6 : Egalité et non-discrimination, CRPD/C/GC/6, 26 avril 2018.

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS (CDESC), Observation générale n° 6 : Droits économiques, sociaux et culturels des personnes âgées, 1995 (cité : OG 6).

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS (CDESC), Observation générale n° 19 : Le droit à la sécurité sociale (article 9), 2008 (cité : OG 19).

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES (Comité CEDEF), Recommandation générale n° 27 sur les femmes âgées et la protection de leurs droits d'êtres humains, CEDAW/C/GC/27, 16 décembre 2010 (cité : *Recommandation générale n° 27*).

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES (Comité CEDEF), Recommandation générale n° 28 concernant les obligations fondamentales des Etats parties découlant de l'article 2 de la CEDEF, CEDAW/C/GC/28, 16 décembre 2010 (cité : *Recommandation générale n° 28*).

DIAZ THERESA et al., A call for standardised age disaggregated health data, in : *The Lancet Healthy Longevity* 2/7 (2021), pp. E436-E443.

ENNUYER BERNARD, La discrimination par l'âge des « personnes âgées » : conjonction de représentations sociales majoritairement négatives et d'une politique vieillesse qui a institué la catégorie « personnes âgées » comme posant problème à la société, in : *La Revue des droits de l'homme* 17 (2020), <http://journals.openedition.org/revdh/8756> (consulté le 21 février 2023).

HELPAge INTERNATIONAL, Advancing Universal Health Coverage fit for an ageing world, Londres 2022 (cité : *Universal Health Coverage*).

HELPAge INTERNATIONAL, Equal Rights Trust, Advancing equality for older people, Londres 2022 (cité : *Equal Rights Trust*).

HELPAge INTERNATIONAL, Out of Sight, Out of Mind : The inclusion and use of data on older people in the humanitarian programme cycle, Londres 2022 (cité : *Out of Sight, Out of Mind*).

JONES KERRY/SCHNITZLER KATY/BORGSTROM ERICA, The implications of Covid-19 on health and social care personnel in long-term care facilities for older people : An international scoping review, in : *Health and Social Care in the Community* 30/6 (2022), pp. E3493-E3506.

LEMPEN KARINE, Article 11 CEDEF, in : Hertig Randall/Hottelier/Lempen, *La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard*

des femmes et son Protocole facultatif : Commentaire, Genève 2019, pp. 287-321.

MARMOT MICHAEL, Social determinants of health inequalities, in : The Lancet 365/9464 (2005), pp. 1099-1104.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR), Update to the 2012 Analytical outcome Study on the normative standards in international human rights in relation to older persons, Working paper, mars 2021.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU), Initiative UN75, Shaping our future together, Listening to people's priorities for the future and their ideas for action, Concluding report of the UN75 Office, New York 2020 (cité : *Initiative UN75*).

ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU), Communiqué de presse, Points essentiels du rapport Perspectives de la population dans le monde 2019, New York 2019, <https://www.un.org/fr/global-issues/ageing> (consulté le 25 février 2023) (cité : *Communiqué de presse*).

ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU), Département des affaires économiques et sociales, Perspectives de la population dans le monde 2019 : principaux résultats, New York 2019 (cité : *Perspectives de la population dans le monde*).

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), Rapport mondial sur la protection sociale 2020-2022 : La protection sociale à la croisée des chemins – bâtir un avenir meilleur, Genève 2021 (cité : *Rapport 2021*).

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), Rapport mondial sur la protection sociale 2017-19 : protection sociale universelle pour atteindre les objectifs de développement durable, Genève 2017 (cité : *Rapport 2017*).

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), World Security Report 2010/11 : Providing coverage in times of crisis and beyond, Genève 2010 (cité : *Providing coverage*).

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS), Global Report on Ageism, Genève 2021 (cité : *Global Report*).

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS), Rapport de la Commission des Déterminants sociaux de la Santé, Genève 2008 (cité : *Rapport 2008*).

PICCOLI MATTHIEU/TANNOU THOMAS/HERNANDORENA INTZA/KOEBERLE SEVERINE, Une approche éthique de la gestion du confinement des personnes âgées en contexte de pandémie COVID-19 : la prévention des fragilités face au risque de vulnérabilité, in : *Ethics, Medicine and Public Health* 14 (2020), pp. 1-8.

RAZAVI SHAHRA/BEHRENDT CHRISTINA/BIERBAUM MIRA/ORTON IAN/TESSIER LOU, Reinvigorating the social contract and strengthening social cohesion : Social protection responses to COVID-19, in : *International Social Security Review* 73/3 (2020), pp. 55-80.

WALSH KIERAN/SCHARF THOMAS/KEATING NORAH, Social exclusion of older persons : a scoping review and conceptual framework, in : *European Journal of Ageing* 14 (2017), pp. 81-98.

WOO JEAN, Designing Fit for Purpose Health and Social Services for Ageing Populations, in : *Int J Environ Res Public Health* 14/5 (2017), pp. 457-464.

Vieillissement et numérisation des services d'intérêt général

*Patricia Vendramin**

Table des matières

I.	Introduction	38
II.	Bref état des lieux des usages du numérique	39
	A. Les usages d'Internet et les compétences numériques	39
	B. Le recours aux services publics en ligne	45
III.	Nouveaux modes de gouvernance des organismes publics et numérisation	48
	A. Une lame de fond qui s'impose au tournant des années 2000	49
	B. Une nouvelle norme sociale	51
IV.	La vision des usagères et des usagers faibles dans les processus de numérisation : études de cas en Belgique	53
	A. Des compromis composites autour d'une vision floue de ce que signifie l'inclusion numérique	54
	B. Des usagères et des usagers fragilisés qui disparaissent derrière un profil standard	57
V.	La numérisation des services d'intérêt général au cœur de nouvelles fragilités sociales	59
	A. Multiples fractures et processus d'inclusion/exclusion	59
	B. Inégalités et non-recours aux droits	61
VI.	Vieillissement et numérique	63
	A. Diversité des personnes âgées et des pratiques numériques	63
	B. Apprentissages et univers de vie	66
VII.	Conclusion : maintenir la participation des personnes âgées à la société numérique	68
	Bibliographie	69

* Professeure à l'Université catholique de Louvain, Belgique.

I. Introduction

Tout au long d'un parcours de vie et dans tous les espaces de la vie professionnelle, citoyenne et quotidienne, le recours à des outils numériques devient incontournable. Ces derniers s'imposent de plus en plus comme des médias obligés et omniprésents dont l'évidence n'est plus discutée. Les services d'intérêt général sont à présent conçus sur ce même modèle, ce qui n'est pas sans poser problème pour des services censés pouvoir être accessibles à toute la population, d'une manière égalitaire. Ce n'est pas neuf, tous les groupes sociaux et tous les groupes d'âge ne sont pas égaux face aux outils numériques, pour de multiples raisons. Aussi, la société de plus en plus numérisée contribue à la création de nouvelles formes d'exclusion ainsi qu'au creusement de celles qui existent. La numérisation des services d'intérêt général est au cœur de ce chapitre, plus spécifiquement la manière dont elle est mise en œuvre et les retombées sociales de la dématérialisation administrative, ceci en particulier au regard d'une population vieillissante. Après un bref état des lieux des usages du numérique, et en particulier du recours aux services en ligne, un arrêt est proposé sur le contexte : celui de l'installation des nouveaux modes de gouvernance dans les organismes publics et de l'instauration progressive d'une nouvelle norme sociale qui s'impose dans tous les échanges. La vision des usagères et usagers faibles dans ces processus de numérisation est ensuite développée, à travers les enseignements d'une étude réalisée en Belgique. Cette dernière montre comment ces usagères et ces usagers fragilisés disparaissent derrière un profil standard. Un focus sur les services d'intérêt général sera proposé, notamment sur les enjeux que représente leur dématérialisation en termes d'inclusion et de recours aux droits. Enfin, ce chapitre se clôturera par l'examen de différents enjeux concernant plus spécifiquement la population âgée, des enjeux pratiques et symboliques, et en termes de formation et d'inclusion sociale. La conclusion ouvrira la réflexion sur le rôle des politiques publiques.

II. Bref état des lieux des usages du numérique

L'évolution rassurante des taux d'équipement et de connexion en Europe masque une réalité complexe qui questionne la dimension inclusive d'une société de plus en plus numérisée, qui peine à inclure les usagères et usagers fragilisés, dont les personnes âgées. Dans cette section, une série de chiffres donnent la mesure du rapport qu'entretient la population européenne, spécifiquement la catégorie la plus âgée, à Internet, et en particulier aux services publics en ligne. Plusieurs vagues¹ de l'enquête annuelle de l'Union européenne (UE) sur l'utilisation des technologies de l'information et de la communication (TIC) dans les ménages et par les particuliers sont utilisées. Si cette enquête fournit un éventail de données très détaillé sur les taux d'équipement, les usages et les compétences, elle comprend cependant des limites, dont l'une des principales est sans doute la limitation de son échantillon aux personnes âgées de maximum 74 ans. Cette limite d'âge dans l'échantillon laisse dans l'ombre la population la plus vulnérable au regard de l'âge. De plus, la taille des échantillons de certains pays compte de petites cohortes pour le groupe des 65-74 ans. Néanmoins, tenant compte des limites énoncées, cette enquête donne une bonne mesure des tendances. Celles-ci peuvent, par ailleurs, être complétées par les données issues de baromètres nationaux qui proposent des données ponctuelles plus détaillées sur les profils des usagères et des usagers des technologies numériques. Dans ce chapitre consacré au vieillissement et aux usages du numérique, la dimension « âge » sera privilégiée.

A. Les usages d'Internet et les compétences numériques

En 2021, selon les données de l'office statistique de l'Union européenne (Eurostat), 93 % des ménages européens (EU-27) avaient accès à Internet. La même année, toujours pour l'EU-27, 70 % des particuliers utilisaient Internet pour la recherche d'information sur des biens ou des services, 60 % pour des

¹ L'enquête annuelle de l'UE sur l'utilisation des technologies de l'information et de la communication (TIC) dans les ménages et par les particuliers est réalisée sous l'égide d'Eurostat, l'office statistique de l'Union européenne. Plusieurs vagues de l'enquête sont utilisées car les modules de questions peuvent varier d'une année à l'autre. L'ensemble des questions n'est pas repris systématiquement chaque année.

services bancaires, et 77 % pour envoyer ou recevoir des messages électroniques. Toujours en 2021, et au cours des trois mois précédant l'enquête, 60 % avaient effectué des achats en ligne.

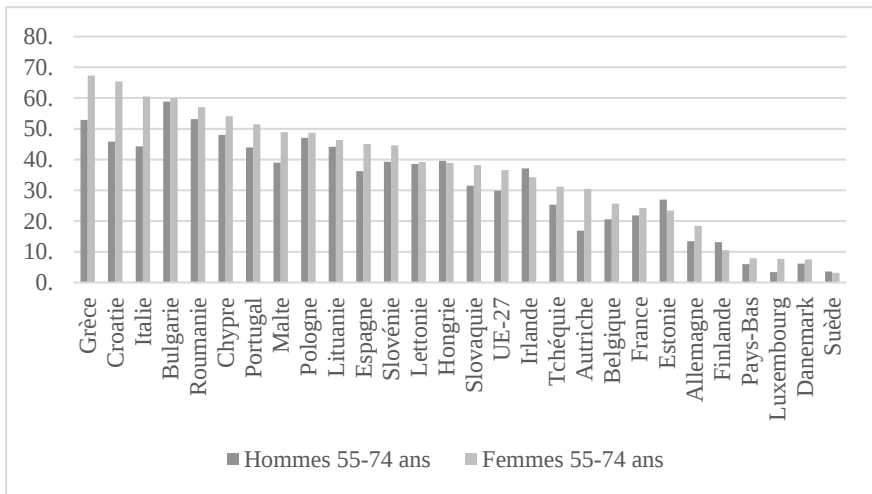
La croissance des taux de connexion et des usages parmi la population masque toutefois des pratiques qui sont loin d'être homogènes notamment selon les âges, les sexes, les catégories socioprofessionnelles, les pays, les villes et les campagnes. De nombreux travaux pointent depuis des années la persistance, voire le renforcement, d'inégalités numériques affectant les publics les plus fragiles sur les plans économique et socioculturel. Les personnes sans accès ou disposant de mauvaises conditions d'accès aux technologies numériques (qualité de l'équipement informatique et/ou de la connexion Internet, par exemple), ainsi que celles moins autonomes sur le plan de leur utilisation sont généralement plus pauvres, plus âgées, moins diplômées, moins souvent actives professionnellement, et/ou plus isolées que les autres. Les recherches sociologiques soulignent depuis longtemps que les fragilités numériques épousent de près les formes de fragilités sociales et économiques.

En 2017 (graphique 1), il y avait encore un quart (25 %) des personnes âgées de 55 à 64 ans et plus de deux cinquièmes (44 %) des personnes âgées de 65 à 74 ans dans l'Europe des 27 (EU-27) qui n'avaient jamais utilisé un ordinateur. La part des femmes âgées de 55 à 74 ans qui n'avaient jamais utilisé d'ordinateur était de 37 %, alors qu'elle était de 30 % pour les hommes de la même tranche d'âge. Dans la plupart des Etats membres de l'UE, les femmes âgées de 55 à 74 ans étaient plus susceptibles que leurs homologues masculins de n'avoir jamais utilisé un ordinateur, même si l'inverse était vrai en Estonie, en Irlande, en Finlande, en Suède et en Hongrie, tandis qu'il n'y avait pas de différence entre les sexes en Lettonie.

Cet écart entre les femmes et les hommes reste plus prononcé que dans les autres groupes d'âge. Les hommes âgés sont plus nombreux que les femmes âgées à utiliser les technologies numériques ; cela peut être lié au fait que les hommes âgés ont été davantage exposés à ces outils sur le lieu de travail (soit en raison de leur profession, soit aussi parce qu'une plus grande proportion d'hommes que de femmes travaillent). Ces différences entre les sexes peuvent expliquer, du moins en partie, pourquoi l'utilisation des TIC diminue pour les groupes d'âge de plus en plus âgés (une évolution amplifiée par le fait que les

femmes représentent une part beaucoup plus importante des personnes survivantes dans ce groupe)².

Graphique 1 : Personnes âgées de 55 à 74 ans n'ayant jamais utilisé un ordinateur, par sexe et par pays, 2017, %



Source : Eurostat, enquête 2017 sur l'utilisation des TIC dans les ménages et par les particuliers.

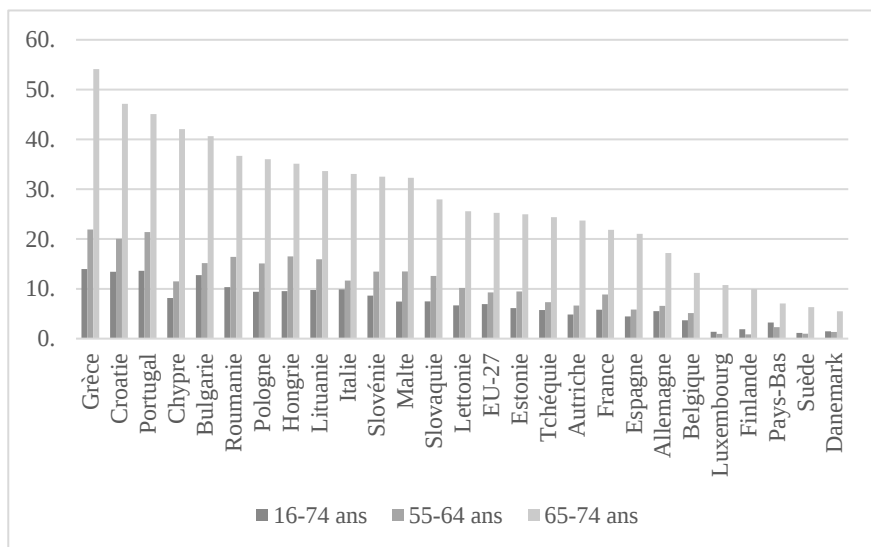
En 2022, parmi les 65-74 ans, on compte dans l'EU-27 un quart des individus n'ayant jamais utilisé Internet. Les écarts de pourcentages entre les 16-74 ans et les 65-74 ans sont très importants dans tous les pays. Les écarts sont aussi très conséquents entre les pays, avec 5 % dans ce même groupe d'âge au Danemark et plus de dix fois plus (54 %) en Grèce (graphique 2).

De plus, parmi les utilisatrices et les utilisateurs, en 2022, presque un tiers (32 %) de la population de l'EU-27 âgée de 65 à 74 ans n'avait pas utilisé Internet au cours des trois mois précédant l'enquête communautaire sur l'utilisation des TIC. Les personnes âgées (de 65 à 74 ans) étaient trois fois plus

² EUROSTAT.

susceptibles que l'ensemble des adultes (âgés de 16 à 74 ans ; 14 %) de ne pas avoir utilisé Internet.

Graphique 2 : Particuliers n'ayant jamais utilisé Internet, par âge et par pays, 2022, %

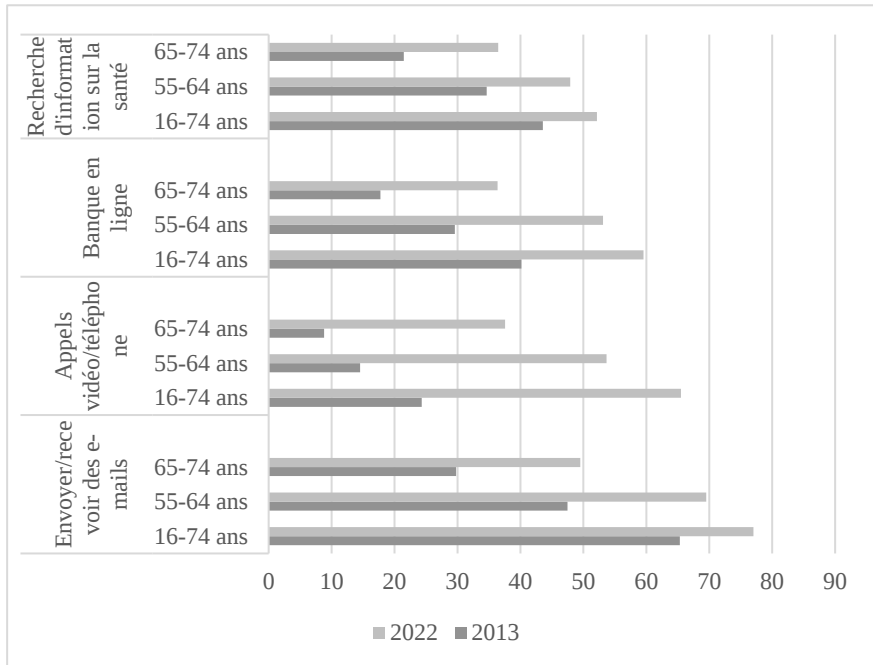


Source : Eurostat, enquête 2022 sur l'utilisation des TIC dans les ménages et par les particuliers.

Le graphique 3 montre une série d'activités sur Internet, telles qu'elles ont été réalisées par les personnes (à des fins privées) au cours des trois mois précédant l'enquête. Parmi les personnes âgées (65-74 ans) dans l'EU-27, une proportion inférieure à la moyenne a participé à chacune des quatre activités présentées. L'envoi et/ou la réception de courriels était l'activité la plus courante chez les personnes âgées (49,5 % en 2022). Elles étaient moins susceptibles de réaliser les trois autres activités suggérées (communication vidéo ou téléphonique, services bancaires, recherche d'information sur la santé) sur Internet, soit un peu plus d'un tiers des personnes âgées pour chacune de ces activités. Si ces chiffres restent nettement inférieurs à la moyenne de la population adulte (16-74 ans) dans son ensemble, l'augmentation entre 2013 et 2022 de la part des personnes effectuant chacune de ces activités a été substantielle

chez les personnes âgées. On relèvera notamment l'augmentation importante du nombre des usagères et usagers du téléphone et de la communication en ligne, un effet très probable du confinement lié à la pandémie de COVID-19.

Graphique 3 : Activités sur Internet par groupes d'âge, EU-27, 2013-2022, %



Source : Eurostat, enquêtes 2013 et 2022 sur l'utilisation des TIC dans les ménages et par les particuliers.

Dans l'EU-27, les personnes âgées de 65 à 74 ans restent moins susceptibles d'utiliser une série d'activités de communication sur Internet que l'ensemble de la population (16 à 74 ans). En 2022, environ un quart (24 %) des personnes âgées avaient utilisé les réseaux sociaux, contre une moyenne de 58 % pour l'ensemble des adultes.

Une part croissante de personnes âgées utilise Internet pour faire des achats en ligne ; toutefois, ces dernières restent moins susceptibles que les autres groupes d'âge de faire des achats sur Internet. En 2022, un peu plus d'un tiers

(36 %) de la population de l'EU-27 âgée de 65 à 74 ans avait effectué au moins un achat en ligne (à des fins privées) au cours des 12 mois précédant l'enquête. La part correspondante pour les personnes âgées de 55 à 64 ans était de 57 %, tandis que la moyenne pour l'ensemble des adultes (âgés de 16 à 74 ans) était de 68 %³.

Des indicateurs de compétences numériques ont également été construits par Eurostat. Il s'agit d'indicateurs composites basés sur l'utilisation déclarée d'une sélection d'activités liées à l'utilisation d'Internet ou de logiciels dans quatre domaines spécifiques : l'information, la communication, la résolution de problèmes et les compétences informatiques. Selon ces mesures, en 2021, 26 % des particuliers européens (EU-27) déclaraient des compétences numériques générales avancées, 27 % des compétences numériques de base, 32 % des compétences numériques faibles (somme des indicateurs de compétences numériques faibles, restreintes et limitées), 3 % déclaraient n'avoir aucune compétence, et 11 % n'avaient pas pu être évalués, n'ayant fait aucun usage les trois mois précédents la collecte des données.

Etant donné qu'une proportion plus élevée de personnes âgées n'a jamais utilisé d'ordinateur, ni utilisé récemment Internet, il n'est pas surprenant que les personnes âgées aient tendance à posséder moins de compétences numériques. En 2022, si 31 % de la population adulte de l'EU-27 déclarait des compétences numériques avancées, les parts des personnes âgées déclarant des compétences élevées étaient beaucoup plus faibles, soit 16 % pour les personnes âgées de 55 à 64 ans et 7 % pour celles âgées de 65 à 74 ans. La question des compétences est complexe ; elle se décline en différents niveaux, et son acquisition est faite d'accrochages et de décrochages. Les modalités d'apprentissage varient aussi en fonction des publics et de l'âge. Ces aspects seront développés plus loin. La section suivante propose d'abord un focus sur le rapport aux services publics en ligne en fonction de l'âge.

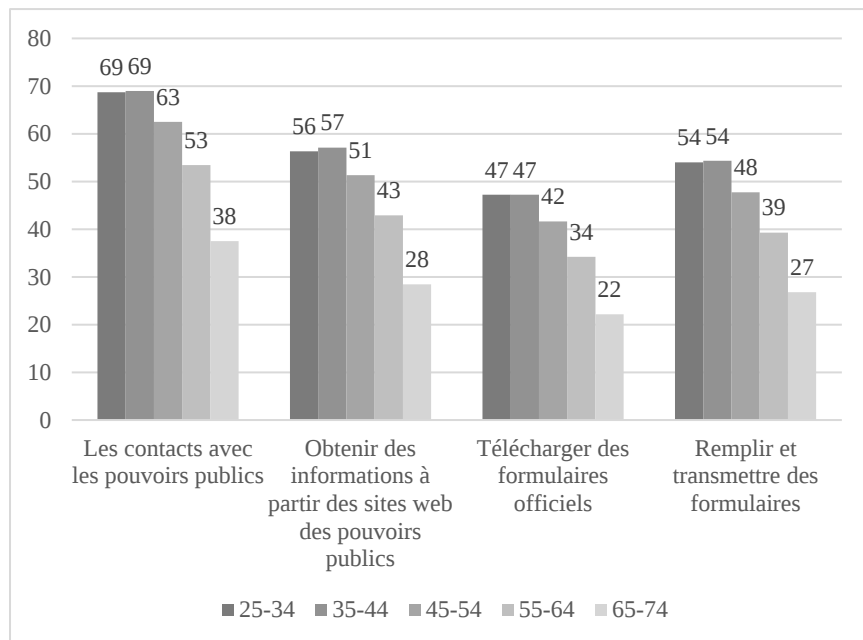
³ Pour davantage de données sur les différences entre pays, nous renvoyons à la publication Eurostat 2020. Nous n'avons pas inclus de données sur la Suisse car ce pays ne participe pas de manière régulière aux enquêtes Eurostat. On notera cependant que l'examen des données disponibles montre des pourcentages d'usagers et d'utilisateurs des outils numériques, parmi la population âgée, plus élevés que dans la plupart des pays européens.

B. Le recours aux services publics en ligne

Le recours aux services publics et aux services d'intérêt général nous intéresse particulièrement dans le cadre de ce chapitre. En 2021, 58 % des Européennes et des Européens (EU-27) déclaraient avoir utilisé Internet pour des contacts avec les pouvoirs publics au cours de l'année écoulée, 39 % pour obtenir des informations à partir des sites web, et 44 % pour remplir et transmettre un formulaire.

Quelques données reprises dans l'enquête européenne, malgré la limite d'âge de l'échantillon à 74 ans, donnent à voir l'écart important au regard de l'âge dans l'utilisation d'Internet pour accéder à des services d'intérêt général. Le graphique 4 montre que pour les quatre propositions de contact avec les pouvoirs publics, les pourcentages d'usagères et d'usagers diminuent significativement avec l'avancée en âge, avec à peine un peu plus d'un quart des citoyennes et des citoyens européens âgés de 65 à 74 ans qui remplissent et transmettent des formulaires administratifs via Internet. La même chose s'observe pour l'utilisation d'Internet afin d'accéder à des services bancaires, avec 73 % d'utilisatrices et d'utilisateurs parmi les 25-34 ans et 36 % parmi les 65-74 ans.

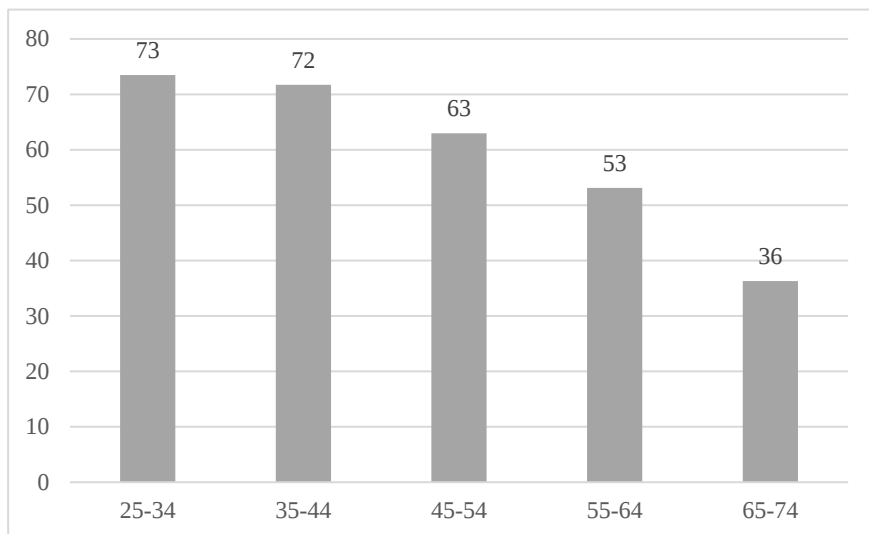
Graphique 4 : Utilisation d'Internet pour... (au cours des 12 derniers mois), par âge, EU-27, 2022, %



Source : Eurostat, enquête annuelle de l'UE sur l'utilisation des TIC dans les ménages et par les particuliers.

L'accès aux services bancaires en ligne figure parmi les difficultés les plus visibles chez les personnes âgées au regard de la numérisation (graphique 5). La diminution constante des possibilités d'accès physique à un service bancaire et l'obligation de gérer ses opérations en ligne, en toutes circonstances, a provoqué une perte d'autonomie dans leur gestion financière. Une part significative des personnes âgées est désormais contrainte de recourir à des tiers, plus ou moins proches, pour effectuer leurs transactions, ceci dans un flou éthique et réglementaire.

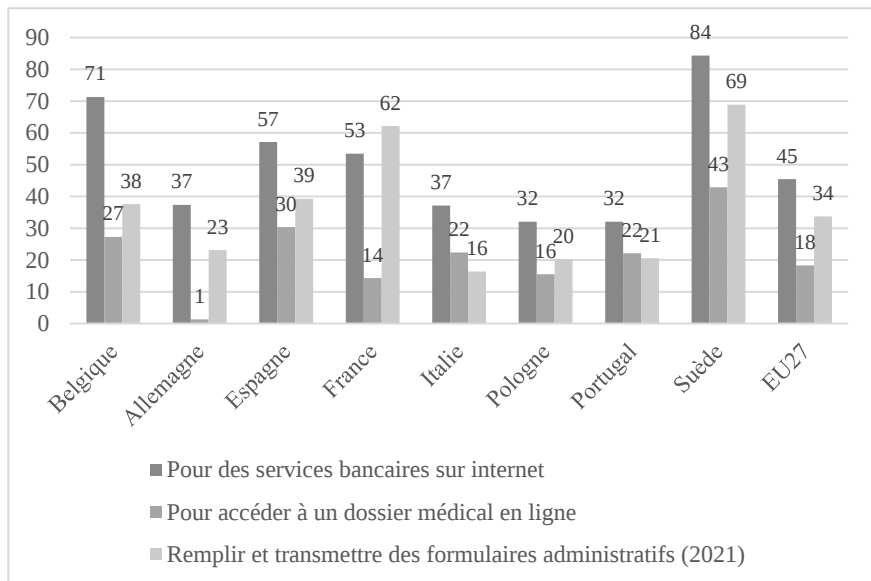
Graphique 5 : Utilisation d'Internet pour des services bancaires (au cours des 12 derniers mois), par âge, EU-27, 2022, %



Source : Eurostat, enquête annuelle de l'UE sur l'utilisation des TIC dans les ménages et par les particuliers.

La moyenne européenne masque évidemment des différences importantes entre pays, liées à la fois à l'appropriation par les citoyennes et les citoyens de ce type de services, mais aussi au degré de développement d'une offre de services d'intérêt général en ligne. Le graphique 6 illustre ces différences à partir de quelques pays.

Graphique 6 : Utilisation d'Internet pour divers services d'intérêt général, par pays, 55-74 ans, 2022, %



Source : Eurostat, enquête annuelle de l'UE sur l'utilisation des TIC dans les ménages et par les particuliers.

On pourrait multiplier les données, mais ce qui importe ici est de voir, derrière ces chiffres, ce qui se joue au niveau de l'accès aux services d'intérêt général et de l'inclusion des publics plus âgés dans toute leur hétérogénéité. Le point suivant examine le tournant qui s'est opéré au niveau de l'organisation des services publics et, de manière plus globale, au niveau des services d'intérêt général.

III. Nouveaux modes de gouvernance des organismes publics et numérisation

Après une période d'hésitation, les services publics se sont laissé emporter par la vague numérique. Dans les années 1990, la technologie vient soutenir un

impératif de modernisation des services⁴ avec la perspective d'une amélioration de l'efficacité tout en réduisant les coûts. Quelques années plus tard, la généralisation progressive d'Internet dans la sphère privée va conduire à repenser l'accessibilité des services et plus globalement la relation avec les usagères et les usagers. C'est désormais le service public qui vient à la rencontre virtuelle des usagères et des usagers, et non plus l'inverse. L'enjeu de l'accessibilité se pose en particulier pour les organismes d'intérêt général qui fondent la justification de leur existence sur des principes d'universalité, sachant que beaucoup d'entre eux sont responsables de la mise œuvre de prestations sociales. Mais si l'accessibilité est un argument qui fait plutôt consensus, les racines de cette modernisation sont d'abord à trouver dans des objectifs de rationalisation, ce que développe le premier point de cette section. Au fil du temps, la numérisation va s'imposer comme une nouvelle norme sociale. Ce sera l'objet du point suivant de cette section.

A. Une lame de fond qui s'impose au tournant des années 2000

La reconfiguration des modalités d'accès aux services publics et, plus globalement, de la relation administrative induites par la numérisation, constitue l'un des traits d'un vaste programme de modernisation des institutions publiques, initié depuis les années 1980 dans la plupart des pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Cette transformation générale s'est appuyée sur les principes du *New Public Management* (NPM) visant à transposer dans le secteur public les outils et les modes de gestion du secteur privé⁵. Reposant sur les trois E, à savoir « Economie, Efficacité, Efficience », les organismes publics ont été invités à répondre à moindre coût aux attentes de la population, devenue une cliente. Les services publics sont ainsi passés progressivement d'un modèle fondé sur l'affirmation de prérogatives et de responsabilités publiques constitutives des droits de la personne usagère, à celui de services publics visant la satisfaction d'usagères

⁴ OCDE.

⁵ GUENOUN/MATYJASIK.

et d'utilisateurs considérés davantage comme des clients⁶. Cette « orientation client » est fondée sur une approche holistique des besoins des usagers et des usagers, et sur la conversion numérique des services publics qui en facilite l'application. Elle constitue les traits essentiels de la *Digital Era Governance* (DEG), récent modèle de gouvernance de l'action publique, considéré comme l'une des formes renouvelées du *New Public Management*⁷. Celle-ci met l'accent sur le caractère déterminant du changement technologique dans la transformation publique en défendant le principe selon lequel l'organisation des services publics ne peut plus se penser en dehors de sa numérisation.

En Europe, la numérisation des administrations est impulsée et soutenue par des plans successifs. En 2016, la Commission européenne a lancé un troisième plan pour la numérisation de l'administration (plan 2016-2020). Ce plan s'inscrit dans le cadre de la stratégie européenne pour un marché unique numérique. Janvier 2023 a vu le lancement du premier cycle de coopération et de suivi pour atteindre les objectifs du programme stratégique relatif à la décennie numérique 2030. Il s'agit d'un mécanisme de suivi et de coopération visant à atteindre des objectifs communs pour la transformation numérique de l'Europe d'ici à 2030.

Il convient de préciser que la notion de service public ou de service d'intérêt général peut revêtir différentes formes et contenus selon le modèle étatique du pays concerné. Au-delà de ces variations, on peut retenir une conception large et fonctionnelle des services d'intérêt général, qui ne se limite pas aux services relevant des autorités publiques. Selon cette acception, ils désignent un large éventail d'activités de nature différente qui sont, aux yeux du législateur, nécessaires à la réalisation du bien commun : transports collectifs, soins de santé, services administratifs, etc. Les formes organisationnelles peuvent être diverses : institutions publiques, associations, mutualités, mais avec une mission commune d'intérêt général en vue de répondre à des besoins collectifs évoluant dans le temps et dans l'espace⁸. En découle le respect des principes d'égalité dans l'accès au service, de continuité, de mutabilité et de neutralité

⁶ DUBOIS.

⁷ Pour une discussion détaillée sur les contre-programmes qui succèdent au *New Public Management* et leur degré de continuité ou de rupture avec ce dernier, voir en particulier le chapitre introductif de GUENOUN/MATYJASIK.

⁸ CAPONETTI/SAK.

de l'offre de services. Mais si l'un des objectifs explicites du mouvement de numérisation à l'œuvre dans les services d'intérêt général est précisément de pouvoir mieux répondre à l'impératif d'accès pour toute la population citoyenne usagère, il est paradoxal de constater que cette politique – aux côtés des bénéfices apportés qu'il n'importe pas ici de nier – semble générer des inégalités et de l'exclusion sociale. La légitimité de la transition numérique au sein des organismes d'intérêt général repose sur une forme de consensus implicite sur la nécessité de cette transformation sans en questionner le bien-fondé. L'usage du numérique est devenu une nouvelle norme qui, progressivement, s'impose à tout le monde, dans tous les domaines de la vie⁹.

B. Une nouvelle norme sociale

La sociologie définit la norme comme une règle tacite ou écrite qui détermine les conduites individuelles. Elle définit ce qui est un bon ou un mauvais comportement dans une situation donnée. Elle est propre à une société, un collectif, car elle tire sa légitimité d'habitudes, de valeurs, de croyances partagées. La norme fait l'objet d'un contrôle social et est assortie de sanctions en cas de déviance par rapport à celle-ci. Il semble bien que le numérique soit aujourd'hui érigé en tant que norme dans la sphère publique, dans l'accès aux services d'intérêt général et dans l'ensemble des interactions avec les pouvoirs publics.

A l'image de la « croisade morale » décrite par BECKER dans son ouvrage *Outsiders*¹⁰, les mondes industriel et marchand, selon les termes de BOLTANSKI/THEVENOT¹¹, ont entrepris dès les années 1980 de vastes campagnes de promotion de solutions technologiques adaptées à de multiples domaines d'activités publiques et privées. Les services en ligne et les nouvelles formes de travail arrimées aux TIC ont d'abord été promues par les développeurs de technologies, les sociétés de services informatiques, les personnes consultantes et les fédérations industrielles dans le domaine des télécommunications et de l'informatique. Au tournant des années 2000, les décideurs pu-

⁹ VENDRAMIN.

¹⁰ BECKER.

¹¹ BOLTANSKI/THEVENOT.

blics se sont progressivement associés à cette promotion des TIC. Dès la fin des années 1990, de multiples campagnes à l'échelle nationale et européenne vont promouvoir la e-santé, la e-administration, le e-travail, le e-commerce, le *e-learning*, etc. Après la mobilisation des mondes industriel et marchand, c'est le monde civique qui impose le numérique comme mode d'accès privilégié, voire exclusif, aux services d'intérêt général. Ainsi validé par les décideurs publics, le numérique comme mode d'accès aux services s'impose comme une norme. Les offreurs de solutions technologiques et les personnes consultantes en développement informatique et en *e-marketing* deviennent les expertes et les experts de cette norme, et acquièrent une importance accrue dans le façonnage des services. Cette institutionnalisation d'une modalité privilégiée d'interaction avec les fournisseurs de services d'intérêt général produit ce que l'on pourrait qualifier de nouvelles catégories de « déviants » : les personnes exclues du numérique, souvent par contrainte, quelques fois par choix. Celles-ci sont sanctionnées par un non-accès aux services, ou un accès de moindre qualité via la mise en place de services à deux vitesses, mais aussi par une stigmatisation du fait de leur non-utilisation.

Si les normes sociales sont légitimées par le partage de valeurs et de croyances, le numérique en tant que norme semble pour sa part reposer sur un impensé ou une marginalisation des questionnements autour des enjeux de société qu'il soulève. La confiance accordée aux TIC relève d'un discours qui permet de soustraire l'informatique à l'exigence de justifications¹². Un macro-techno-discours s'étend à l'ensemble de la société et surplombe les exigences de justification qui, selon BOLTANSKI/THEVENOT¹³, régissent la vie sociale. Cet impensé technologique contribue à véhiculer l'idée selon laquelle les outils numériques sont de facto performants, économiquement et socialement. La dynamique de numérisation apparaît en ce sens « par défaut » profitable à tout le monde, même aux individus dont les intérêts ne sont pas directement considérés. La question de l'inclusion numérique n'est certes pas absente des débats dans la sphère publique, ni dans les discussions stratégiques qui président à la numérisation de services d'intérêt général. Toutefois, derrière des consensus sur l'importance d'une numérisation inclusive des services, se cachent des conceptions variées de ce que recouvre l'inclusion numérique et une vision

¹² ROBERT.

¹³ BOLTANSKI/THEVENOT.

souvent très standard de la pluralité des usagères et des usagers concernés¹⁴. A travers des études de cas menées en Belgique, le point suivant illustre cette prise en compte problématique des usagères et des usagers plus fragiles.

IV. La vision des usagères et des usagers faibles dans les processus de numérisation : études de cas en Belgique

Dans le cadre d'une étude réalisée pour la politique scientifique fédérale en Belgique, nous avons pu réaliser, avec une équipe de chercheuses, des études de cas dans trois entités d'intérêt général qui mettaient en œuvre des projets de numérisation de services¹⁵ : une société régionale de transport public ; une mutuelle de santé ; un organisme d'intérêt public régional, partenaire informatique de l'ensemble des institutions publiques régionales, locales et communautaires. Dans ces différents cas, l'analyse a porté sur des services en ligne : la nouvelle version de sites web et le développement de guichets électroniques de services administratifs. Les organismes étudiés ont en commun leur engagement dans un processus de numérisation qui ébranle en profondeur les modalités traditionnelles d'accès à leurs services. Cette situation génère d'autant plus d'incertitude que leurs missions d'intérêt général exigent le maintien d'une offre de services fondée sur un principe d'universalité¹⁶ et donc accessible aux usagères et aux usagers en toute équité.

Des entretiens qualitatifs ont été menés avec des protagonistes des processus de numérisation dans les services étudiés (nombre d'entretiens : 29). Le panel des personnes interrogées comprend des chefs de projet dans les départements

¹⁴ BROTCORNE/BONNETIER/VENDRAMIN, *Emanciper les usagers*.

¹⁵ La recherche IDEALiC – L'inclusion numérique par l'amélioration de l'autonomie et du pouvoir d'agir au fil du parcours de vie — a été financée par la Politique scientifique fédérale (BESLPO) en Belgique dans le cadre du programme BRAIN-be. Axe 5 — Grands défis sociétaux (2015-2020). Celle-ci rassemblait deux universités, l'Université catholique de Louvain et la Vrij Universiteit van Brussels. Nous reprenons ici, pour partie, un article qui décrit plus largement les études de cas menées en Belgique (BROTCORNE/BONNETIER/VENDRAMIN, *Numérisation impensée*).

¹⁶ ALGAN/BACACHE/PERROT.

informatiques, de communication et de marketing, de service à la clientèle et de responsabilité sociale de l'entreprise, ainsi que des conceptrices et concepteurs de sites Internet et d'applications mobiles, des productrices et producteurs de contenus, des analystes de données, et des représentantes et représentants internes de personnes usagères. Il est à noter que les acteurs des départements informatiques – ingénieures et ingénieurs informatiques et *webdesigners* – et marketing sont surreprésentés dans l'échantillon (18 sur 29). Cette prédominance est moins le résultat d'un biais de sélection que le reflet des types d'acteurs prioritairement engagés dans la conception des services numériques.

Les entretiens visaient à saisir les registres de justification mobilisés par les acteurs interviewés concernant les finalités, la place et le rôle de l'inclusion numérique dans le processus de numérisation. Pour saisir la pluralité des rationalités qui sous-tendent les discours autour de l'inclusion numérique, le cadre conceptuel de la théorie des économies de la grandeur¹⁷ a été mobilisé. Le modèle théorique des économies de la grandeur permet de montrer la diversité des principes de justice et des registres de justification à l'œuvre dans les organismes d'intérêt général lors du processus de numérisation de leurs services. Dans le cadre de cette analyse, seuls certains mondes présentent une réelle portée heuristique : *le monde civique*, que l'on peut rattacher aux principes qui régissent l'ensemble des services d'intérêt général, *le monde marchand* et *le monde industriel*, prégnants dans les projets relatifs à la numérisation des services.

A. Des compromis composites autour d'une vision floue de ce que signifie l'inclusion numérique

Pour point de départ, la plupart des acteurs rencontrés s'accordent à reconnaître le caractère incontournable du processus de numérisation des services. La nécessité de la transition numérique semble s'imposer sans jamais être questionnée. Les professionnelles et professionnels interrogés partagent la conviction d'être obligés de suivre la tendance sous peine « de se faire dépasser ». Pour autant, la numérisation des services d'intérêt général ne fait pas

¹⁷ Cette théorie a été développée par BOLTANSKI/THÉVENOT.

l'objet d'une stratégie clairement définie et coordonnée au sein des organismes enquêtés. Cet impensé contribue à alimenter un discours sur l'inéluctabilité de la numérisation et, plus largement, du progrès technique, associé au progrès social. Cette perspective techniciste fait ainsi de la numérisation un passage obligé pour toute organisation, sans s'interroger sur les obligations particulières de ces organismes.

L'absence de stratégie numérique explicitement articulée aux missions d'intérêt général n'évacue pas pour autant les questions liées à la qualité de l'accès aux services pour toutes les usagères et tous les usagers. Tous les acteurs rencontrés s'accordent à reconnaître la nécessité de promouvoir des services numériques inclusifs. Mais derrière ce consensus se cachent des conceptions plurielles et parfois contradictoires de ce que recouvre l'inclusion numérique. Le tableau 1 illustre la coexistence de différents types de justification identifiés lors de l'étude, en fonction de la logique – marchande, industrielle ou civique – sur laquelle les acteurs s'appuient.

Tableau 1 : Les différentes conceptions de l'inclusion numérique en fonction des mondes en présence

Monde de référence	Pourquoi l'inclusion numérique ?	Quelles justifications ?	Quelle place ?
Monde marchand	L'inclusion numérique pour capter une clientèle plus importante	On gagne des parts de marché, on baisse les coûts de fonctionnement	L'inclusion numérique est un moyen
Monde industriel	L'inclusion numérique pour rendre les services plus efficaces	On désengorge les guichets, on réduit la paperasse, on rationalise le travail	L'inclusion numérique est un moyen
Monde civique	L'inclusion numérique pour rendre les services plus égalitaires	On œuvre pour le bien commun et pour une société meilleure	L'inclusion numérique est une finalité

Dans les trois organismes, les justifications en faveur de l'inclusion numérique issues du monde marchand sont principalement portées par les équipes du département marketing. Il s'agit « d'amener davantage de consommateurs en ligne pour permettre qu'un maximum de personnes soient actrices dans leurs démarches ». Toutefois, derrière cette ouverture au consommateur se cachent aussi des visées rationnelles, des plans d'économie. Les justifications relevant

du monde industriel sont présentes dans le secteur des transports publics, fortement lié à la technique. Elles sont aussi largement mobilisées dans les propos des acteurs des départements informatiques, en charge de la conception et du *design* des services numériques, quel que soit l'organisme considéré. Ce registre de justification, malgré ses particularités, tend ici à renforcer celui du monde marchand. Dans les discours, l'accent sur l'efficacité en termes de coûts trouve en effet écho dans celle de l'efficacité des technologies numériques en termes de rationalisation des services. Enfin, les justifications relevant du monde civique renvoient aux missions d'intérêt général propres aux trois organismes. Face à la coexistence de ces logiques divergentes en faveur de l'inclusion numérique, l'enquête de terrain révèle l'émergence de compromis qui se matérialisent dans une pluralité de dispositifs numériques composites¹⁸, qui relèvent dès lors de bricolages et d'arrangements entre divers acteurs en présence, comme : un *chat* qui se refuse à devenir un *bot* avec le maintien d'une interlocutrice ou d'un interlocuteur humain derrière le *chat* ; une application des normes d'accessibilité « à la carte » pour que le site modifié soit à même d'attirer de nouveaux clients et clientes ; un *design* moins beau mais plus abordable par tous les publics. Ces arrangements révèlent aussi en creux la place accordée aux préoccupations inclusives lors de la numérisation des services. Plutôt que d'être hissées au rang d'enjeux prioritaires, les initiatives en la matière sont sinon reléguées au second plan, du moins réduites à des actions au coup par coup. La logique de court terme l'emporte sur une approche globale visant à réduire durablement la mise à distance des « publics empêchés¹⁹ » par la numérisation des services. Globalement, il en ressort une conception étriquée de l'inclusion numérique qui laisse peu d'espace à une prise en compte des usagères et usagers fragilisés, personnes âgées, personnes ayant de faibles compétences numériques, personnes souffrant de handicaps, ou bien encore personnes défavorisées économiquement.

Ce bilan en demi-teinte est révélateur du poids des divers acteurs engagés dans le processus de numérisation des services. Au sein des trois organismes étudiés, les départements communication et marketing occupent une position prépondérante dans cette dynamique. Ce bilan résulte aussi d'une approche sélective des usagères et des usagers, partiellement inconsciente. Un enseignement

¹⁸ WISSLER.

¹⁹ MAZET.

de ces études de cas, déjà pointé par d'autres travaux, concerne la place des usagères et des usagers minorisés dans les processus de numérisation.

B. Des usagères et des usagers fragilisés qui disparaissent derrière un profil standard

Il existe de nombreuses manières pour impliquer des usagères et des usagers dans un processus de conception ; ces manières peuvent être plus ou moins implicites en mobilisant des porte-paroles officiels, ou explicites, en mobilisant des représentations d'usagères et d'usagers, ou encore des usagères et des usagers eux-mêmes. Dans les cas étudiés, la logique de représentation via des porte-paroles officiels est largement répandue, mais la logique d'implication des usagères et des usagers trouve aussi sa place. Cette dernière vise à pallier les manquements des représentations trop ethnocentriques des acteurs impliqués (extrapoler sa propre expérience à celle d'autrui) ou qui passent à côté de catégories d'usagères et d'usagers « atypiques », voire méconnues. L'implication d'usagères et d'usagers réels, ou du moins de certains membres de leur représentation directe, permettraient ainsi d'associer directement les usagères et les usagers à la définition des services dans une réelle optique de co-construction.

On constate deux manières de faire participer les usagères et usagers « réels » au processus de numérisation : une qui recueille leur voix à travers des sondages d'opinion et autres formes d'enquête de satisfaction, et une autre qui repose sur l'analyse des données massives (*big data*). De multiples méthodes issues du marketing sont mises en œuvre pour recueillir la parole des usagères et des usagers : enquête de satisfaction, *focus group*, tests en situation expérimentale, etc. Les informations recueillies viennent alimenter des personas ou personnages imaginaires qui accompagnent le processus de conception, et qui sont dotés de caractéristiques psychologiques et sociales censées refléter celles d'un groupe d'usagères et d'usagers virtuels.

Ce travail de représentation d'usagères et d'usagers types est au cœur du travail de numérisation des services étudiés. Cependant, celui-ci laisse dans l'ombre la pluralité des publics. L'image des usagères et usagers peu autonomes sur le plan de l'utilisation de services en ligne reste plutôt floue ou pour

le moins peu affinée ; ces personnes sont apparentées à un profil de seniors standard et/ou à des personnes en situation de handicap. Une pluralité de situations reste mal captée par ces méthodes : il peut s'agir de personnes en situation d'illettrisme ou présentant des difficultés sensorielles, cognitives ou une fragilité sociale, mais aussi des personnes n'utilisant pas de technologies dans la vie professionnelle, doutant ainsi de leur capacité à être autonome avec ces outils, ou d'autres encore, en capacité d'utilisation, mais dépourvues d'équipement ou de connexion satisfaisante. Ce constat résulte d'une forme de méconnaissance de la part des acteurs engagés dans le travail de conception, des « mondes sociaux » des usagers²⁰, un phénomène sur lequel les chercheuses et les chercheurs invitent pourtant à être attentif depuis longtemps. Ce constat est particulièrement important lorsque l'on s'intéresse à la situation des personnes âgées, dont les mondes sociaux sont bien éloignés, pour une grande partie d'entre eux, de la société numérisée. Les représentations trop caricaturales des usagères et des usagers dévoilent un souci de s'adresser à un public supposé être mobile et connecté. Quant à l'analyse de la masse des données numériques enregistrées, elle conforte encore plus l'invisibilisation des personnes silencieuses, celles qui ne laissent pas de traces ou pas beaucoup. Dans les cas étudiés, on retrouvait, chez les acteurs de la conception et du marketing, le souhait de tendre vers ce ciblage comportemental et d'établir des profils utilisateurs à partir des traces numériques.

La faible représentativité des profils en difficulté face aux services numériques et, plus globalement, la faiblesse du processus de représentation des publics cibles, sont loin d'être des constats circonscrits aux cas étudiés. Ils rejoignent les conclusions d'autres travaux qui soulignent combien la représentation des usagères et des usagers lors de la conception de dispositifs numériques reste une question problématique au sein de nombreuses équipes de conception d'innovations²¹. Cette invisibilisation de groupes fragilisés face au numérique contribue à un processus d'exclusion numérique qui recouvre largement l'exclusion sociale. C'est l'objet du point suivant.

²⁰ FLICHY.

²¹ LABARTHE.

V. La numérisation des services d'intérêt général au cœur de nouvelles fragilités sociales

Rendre les services d'intérêt général accessibles en ligne peut être la source d'une meilleure qualité de vie pour les uns et les autres, mais pour d'autres, cela peut mener au renoncement à certains droits, faute de pouvoir s'adapter aux formats d'interaction attendus. Là où les fractures numériques ont rapidement rejoint les préoccupations autour de l'exclusion sociale, les travailleuses et les travailleurs de première ligne, dans le secteur de l'aide sociale ou de la formation aux TIC, sont les témoins des difficultés au quotidien des publics fragilisés face au numérique.

A. Multiples fractures et processus d'inclusion/exclusion

L'expression « fracture numérique » est utilisée pour désigner les diverses formes d'inégalités liées à la diffusion massive des technologies numériques dans la vie quotidienne. Parce que la métaphore de la fracture numérique couvre en réalité des situations fort différentes, les travaux scientifiques s'accordent pour parler plutôt de fractures numériques au pluriel, en distinguant traditionnellement trois degrés d'écarts entre les personnes²².

- La fracture numérique du premier degré, qui désigne les écarts en termes d'accès aux technologies numériques et de qualité des équipements et de la connexion.
- La fracture numérique du deuxième degré, qui renvoie aux disparités relatives aux compétences nécessaires pour maîtriser les technologies numériques ainsi qu'à l'intensité et à la nature des usages.
- La fracture numérique du troisième degré, qui renvoie quant à elle aux écarts en termes de bénéfices sociaux effectifs tirés des usages des technologies numériques et d'Internet.

Pour comprendre ces multiples fractures et les inégalités qui en découlent, les taux d'équipement sont des indicateurs bien insuffisants. Aussi, des approches plus compréhensives sont développées. En s'inspirant de la théorie des capi-

²² BROTCORNE/VENDRAMIN.

taux développée par BOURDIEU²³, RAGNEDDA²⁴ propose le concept de « capital numérique », entendu comme l'accumulation de compétences et d'outils numériques. Cet auteur montre comment ce capital interagit avec les autres capitaux (économique, social, symbolique et culturel) pour, d'une part, générer des inégalités dans l'expérience des usages en ligne et, d'autre part, contribuer, ou pas, à assurer des bénéfices sociaux liés aux usages en ligne.

Les approches situationnelles lèvent le voile également sur la complexité du rapport au numérique. Elles invitent à dépasser les approches dichotomiques de l'exclusion²⁵, entre les personnes qui « ont » et celles qui « n'ont pas », pour davantage prendre en compte les contextes sociaux, économiques et culturels des engagements numériques. Ce tournant dans la recherche met en lumière la multiplicité des dimensions de l'exclusion numérique et leur caractère dynamique²⁶. Cette perspective consiste à appréhender les caractéristiques individuelles souvent mobilisées pour expliquer les inégalités numériques (comme l'accès, les compétences, les motivations) dans leurs contextes sociaux et temporels particuliers²⁷. L'approche situationnelle de l'exclusion numérique met aussi l'accent sur les parcours de vie²⁸. Ces derniers sont de plus en plus jalonnés de situations au sein desquelles la possibilité de choisir d'utiliser ou de délaisser le numérique se réduit. Les risques d'exclusion numérique peuvent émerger autour des transitions et des ruptures qui rythment les parcours de vie comme, pour les personnes les plus âgées, le passage à la retraite et la perte des supports professionnels, la maladie ou le veuvage. Les usages du numérique ne dépendent pas uniquement d'attributs individuels, comme les compétences ou l'âge, mais également du contexte social dans lesquels ils se déploient. Le point suivant aborde le non-recours aux droits qui peut être une conséquence de la dématérialisation des services.

²³ BOURDIEU.

²⁴ RAGNEDDA, *Conceptualizing* ; RAGNEDDA, *Third digital divide*.

²⁵ TATSOU.

²⁶ HELSPER, *Fields model*.

²⁷ HELSPER, *Social relativity*.

²⁸ FAURE/VENDRAMIN/SCHURMANS.

B. Inégalités et non-recours aux droits

Les politiques de numérisation ont franchi un seuil significatif avec la dématérialisation totale de nombreuses démarches relatives aux prestations sociales : allocations de chômage, revenus de solidarité active, allocations familiales, gestion des retraites, etc. En France, le baromètre du numérique 2022 du Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (Crédoc)²⁹ constate que si l'usage d'Internet au sein de la population est en croissance parmi les aînés et les aînées, les personnes âgées restent les moins nombreuses à déclarer effectuer des démarches administratives en ligne. L'administration en ligne génère de l'inquiétude pour près d'une personne de 70 ans ou plus sur deux. Les résultats de l'enquête Crédoc de 2018³⁰ révélaient déjà les effets non désirés de la numérisation généralisée des démarches administratives. L'étude confirmait la marginalisation en cours des catégories de population socialement vulnérables et souvent éloignées de l'univers numérique (personnes âgées, personnes en situation de handicap, personnes demandeuses d'emploi, allocataires de minima sociaux, personnes habitant dans des zones rurales). Outre le fait que ces personnes sont proportionnellement bien moins nombreuses que les autres à recourir aux démarches administratives en ligne, bon nombre affirmaient avoir un blocage face à celles-ci et près d'une personne sur quatre déclarait être inquiète de la migration des services publics vers le numérique. Une rationalisation qui ne serait plus en mesure de répondre à la complexité des parcours des publics les plus vulnérables apparaît comme un risque majeur de la dématérialisation des services publics. Une autre enquête, menée au sein d'agences locales de l'opérateur public de placement français, « Pôle emploi », après la mise en place de visioguichets censés assurer le traitement plus rapide des dossiers, montre que de nombreux ayants droit évitent ces interfaces ou abandonnent leurs demandes en cours. Les analyses mettent ainsi en exergue l'émergence d'une catégorie de publics qualifiés « d'exclus invisibles ». Cette nouvelle forme d'inégalité face au numérique vient se coupler avec une forme d'inégalité moins récente, celle relative au risque de non-recours aux droits³¹.

²⁹ CREDOC 2022.

³⁰ CREDOC 2018.

³¹ BACACHE-BEAUVALLET/BOUNIE ; WARIN.

Toujours en France, une étude réalisée en 2018 dans les hauts-de-France auprès de personnes en situation de précarité en termes de revenus et/ou d'instabilité sur le marché du travail, montre qu'être connecté est à la fois une contrainte sociale et un enjeu d'autonomie³². L'incapacité d'effectuer des démarches en ligne risque de rendre des usagères et des usagers d'autant plus vulnérables. La réticence vis-à-vis de l'administration en ligne est d'autant plus forte que le dossier à gérer est important ; le contact humain est perçu comme un garant face au risque de se tromper et à l'irréversibilité des erreurs. Dans une société de plus en plus connectée, être une personne non-usagère, c'est aussi s'exposer à la stigmatisation et perdre son indépendance. Déléguer à autrui ou se faire accompagner, c'est se dévoiler, exposer ses problèmes, ses revenus, donner ses codes d'accès, c'est devoir faire confiance, dans un cadre qui, pour l'instant, est largement dépourvu de balises éthiques. La délégation à autrui est une stratégie par défaut vécue comme une perte d'autonomie.

Cette étude rappelle que les personnes en situation de fragilité socio-économique ont davantage de contacts avec les pouvoirs publics. Elles doivent entreprendre de fréquentes démarches administratives, dans le cadre de la recherche d'un emploi ou pour l'obtention de prestations sociales. Elles doivent faire plus de démarches administratives en ligne avec des outils qu'elles ne maîtrisent pas ou peu. Beaucoup de travailleuses et travailleurs sociaux ont déjà sonné l'alarme sur les risques de non-recours aux droits.

Les constats tirés dans un rapport récent du Défenseur des droits en France³³ sur la problématique de l'accès aux droits chez les personnes âgées sont identiques. Près d'un quart des personnes âgées de plus de 65 ans déclarent être confrontées à des difficultés dans la réalisation de leurs démarches administratives. Ces difficultés sont davantage rapportées par les personnes en situation de dépendance, de précarité financière ou d'illectronisme³⁴. Ce dernier résultat souligne l'enjeu de la dématérialisation sur l'accès aux services publics pour cette catégorie de population, dont 30 % indiquent ne pas disposer d'un accès à Internet à leur domicile. Les personnes âgées évoquent la déshumanisation

³² GRELLIE/LE MATT/VALATCHY/CARADEC/CHAMAHIAN.

³³ Défenseur des droits.

³⁴ L'illectronisme désigne le fait de ne pas posséder les compétences numériques de base (envoyer des courriers électroniques, consulter ses comptes en ligne, utiliser des logiciels, etc.) ou de ne pas se servir d'Internet (incapacité ou impossibilité matérielle).

des relations avec les services publics et la perte du lien social. La difficulté à dialoguer directement avec une personne et à obtenir des informations sur leur situation renforce leur sentiment d'exclusion. Face à des problèmes administratifs, 15 % des personnes âgées déclarent avoir abandonné leurs démarches et renoncé à leurs droits. Ce taux d'abandon augmente avec l'avancée en âge et il est deux fois plus élevé chez les personnes âgées déclarant des difficultés financières que chez les personnes se déclarant à l'aise financièrement. La dernière section de ce chapitre développe quelques points spécifiques aux personnes âgées et à la recherche qui les cible.

VI. Vieillesse et numérique

Dans l'étude des pratiques numériques des personnes âgées, il importe de dépasser deux simplifications : d'une part, le regroupement de ces personnes au sein d'une population appréhendée comme homogène où l'âge surplomberait toutes les autres variables sociodémographiques et, d'autre part, les approches binaires qui distinguent, avec trop peu de nuances, les personnes utilisatrices des personnes non-utilisatrices d'outils numériques. Dans la suite de ces constats, une perspective intéressante de la recherche suggère d'analyser les usages d'Internet et les processus d'apprentissage en connexion avec les univers de vie. Ces limites et perspectives sont l'objet de la dernière section.

A. Diversité des personnes âgées et des pratiques numériques

Les personnes âgées peuvent n'avoir que l'âge en commun ; elles ne forment pas un groupe homogène. Elles constituent un groupe très diversifié au sein duquel certains individus sont plus susceptibles que d'autres d'être exclus numériquement. Des différences importantes entre non-utilisatrices ou non-utilisateurs âgés sont basées sur des variables sociodémographiques, l'attitude envers Internet, l'expérience dans la vie professionnelle, etc. Les différences entre les personnes utilisatrices sont aussi liées aux étapes de vie et à l'environnement social, ainsi qu'aux caractéristiques psychologiques³⁵. L'âge n'est

³⁵ VAN DEURSEN/HELSPER.

qu'une variable, peut-être la plus visible, mais pas forcément la plus explicative.

A tous les âges, l'appartenance sociale marque le rapport au numérique. Dans une enquête socio-ethnographique menée auprès de personnes de 62 à 82 ans, DELIAS³⁶ observe que les adultes âgés issus des classes populaires ont plus de contacts avec les pouvoirs publics, et qu'ils sont amenés à faire davantage de démarches administratives pour des prestations sociales et pour la gestion de situations complexes. Leur rapport avec les outils numériques vise d'abord à accéder à des droits ou à les maintenir. Pour ces personnes, les usages du numérique sont associés à des démarches administratives rébarbatives, voire douloureuses, même si la familiarisation contrainte aux outils numériques peut aussi mener vers des usages plus personnels et gratifiants, dans le champ des loisirs et de la sociabilité. Pour les personnes retraitées des classes moyennes et supérieures, l'apprentissage des tâches administratives est un thème parmi d'autres qui trouve sa place dans un contexte de retraite active ou de vieillissement actif grâce aux technologies. La sociabilité et les activités de loisirs font aussi partie de leurs usages du numérique. L'analyse de données d'enquêtes nationales auprès d'adultes aux Etats-Unis³⁷ pointe également le lien entre l'appartenance sociale et la diversité des pratiques numériques des personnes âgées. Celles qui ont un niveau d'éducation ainsi qu'un revenu plus élevés possèdent de meilleures (ou très bonnes) compétences numériques. Les individus ayant un statut socio-économique plus élevé utilisent également Internet de façon plus diversifiée. Le groupe social façonne le rapport au numérique à tous les âges et les compétences numériques lissent les différences entre les âges.

L'inégalité numérique comporte des composantes générationnelles et de cycle de vie chez la population adulte plus âgée. Etant donné la diffusion relativement récente d'Internet, son incorporation dans la vie quotidienne est probablement une expérience distincte pour les personnes à différentes étapes de leur cycle de vie. Très tôt, des études ont montré le lien fort entre l'appropriation des TIC en milieu professionnel et le transfert vers la vie privée³⁸. Les

³⁶ DELIAS.

³⁷ HARGITTAI/DOBRANSKY.

³⁸ BROTCORNE/DAMHUIS/LAURENT/VALENDUC/VENDRAMIN.

individus qui sont restés hors du travail, ou dont l'activité incluait peu ou pas d'usages des TIC, et ceux qui sont retraités ne bénéficient pas ou plus du support formel et informel de l'univers professionnel dans l'acquisition de ces compétences. Pour ces derniers, un apprentissage professionnel ne percole pas ou plus dans la vie privée.

Par ailleurs, la littérature gérontologique a largement exploré les obstacles à l'utilisation de la technologie à un âge avancé en s'appuyant sur une approche binaire « personnes utilisatrices » versus « non-utilisatrices ». Cette approche fait de plus en plus débat. Une étude menée en Autriche³⁹ révèle que si les personnes âgées interrogées se considèrent comme « non-utilisatrices », elles s'engagent toutes néanmoins régulièrement dans des usages des technologies numériques dans leur vie quotidienne, dans des pratiques d'évitement, d'utilisation et d'appropriation. L'étude montre un continuum entre utilisation et non-utilisation plutôt qu'une différenciation stricte entre personnes utilisatrices et non-utilisatrices. Les chercheuses et chercheurs suggèrent de s'interroger sur les pratiques qui sont valorisées et celles qui sont considérées comme de mauvais usages, et recommandent de s'intéresser aux univers de vie des personnes âgées en étudiant leurs pratiques numériques comme des expériences routinières dans la vie quotidienne. D'autres travaux proposent aussi de mobiliser la perspective intersectionnelle pour soutenir des approches plus contextualisées de l'adoption de la technologie à un âge avancé. Des études de cas menées au Canada et en Australie⁴⁰ ont mobilisé cette approche qui associe les expériences vécues et les contextes, ainsi que l'interaction entre les contextes, les structures et l'agentivité. Il en ressort que les fractures numériques se révèlent intersectionnelles ; elles sont liées au genre, à la classe sociale, au cadre de vie, aux pratiques, et pas uniquement à l'âge. Réduire la fracture numérique parmi les personnes âgées nécessite une compréhension plus fine des significations et des pratiques de l'utilisation, de la non-utilisation et de son continuum, et surtout de donner la parole aux personnes âgées.

³⁹ GALLISTI/ROHNER/HENGL/KOLLAND.

⁴⁰ NEVES/WAYCOTT/MALTA.

B. Apprentissages et univers de vie

Le rôle de l'environnement familial a souvent été pointé comme un effet déclencheur des motivations des adultes âgés à s'approprier les outils numériques. Jusqu'à récemment, la contrainte douce des enfants et des petits-enfants⁴¹ poussait des personnes non-utilisatrices à faire les premiers pas, pour aller vers des usages récréatifs (s'informer sur des loisirs, des hobbies) ou de communication (échanger en ligne avec ses proches ou des amis). Il était possible aussi de mettre en œuvre des stratégies de contournement pour éviter de passer par des outils numériques (le papier, le guichet, le courrier postal, etc.). Depuis quelques années, les projets de dématérialisation administrative ont changé la donne. Aujourd'hui, l'objectif premier de familiarisation des personnes âgées avec les outils numériques n'est plus récréatif, il s'agit d'une contrainte forte : pour gérer sa retraite, faire sa déclaration d'impôts, gérer ses dossiers administratifs, ses finances, et même ses loisirs.

Acquérir des compétences numériques s'impose de plus en plus à tout un chacun, quelle que soit sa situation personnelle. Cet apprentissage obligé, toujours à refaire, concerne divers types de compétences et peut se trouver déconnecté de l'univers de vie de la personne apprenante. Sur ce point également, il importe de ne pas considérer la variable « âge » comme surplombant toute autre forme de différenciation sociale.

La question des compétences numériques est traitée depuis longtemps par la doctrine qui s'intéresse à l'éducation et à la pédagogie des TIC⁴². Pour analyser les compétences numériques et leur mode de construction⁴³, des chercheurs hollandais⁴⁴ ont proposé assez tôt de distinguer trois niveaux de compétences numériques :

- Les compétences *instrumentales*, qui ont trait à la manipulation du matériel et des logiciels. Elles couvrent en premier lieu les compétences opérationnelles qui relèvent d'un savoir-faire de base. Elles sont un point de passage obligé.

⁴¹ BROTCORNE/DAMHUIS/LAURENT/VALENDUC/VENDRAMIN.

⁴² SELWYN/GORARD/FURLONG.

⁴³ BROTCORNE/VALENDUC.

⁴⁴ DE HAAN/STEYAERT.

- Les compétences *structurelles* ou *informationnelles*, qui concernent la nouvelle façon d'entrer dans les contenus en ligne, c'est-à-dire chercher, sélectionner, comprendre, évaluer et traiter l'information.
- Les compétences *stratégiques*, qui concernent l'aptitude à utiliser l'information de manière proactive, à lui donner du sens dans son propre cadre de vie et à prendre des décisions en vue d'agir sur son environnement professionnel et personnel.

Leurs travaux ont montré ensuite que les écarts entre groupes d'âge se déclinaient selon le type de compétences. Si les jeunes étaient plus habiles au niveau des compétences instrumentales, la population plus âgée était quant à elle plus habile au niveau des compétences stratégiques. S'il convient de nuancer l'approche binaire entre personnes utilisatrices et non-utilisatrices, décomposer la nature des compétences numériques s'avère également essentiel.

La particularité du rythme des apprentissages dans le champ des compétences numériques mérite aussi d'être soulignée. Contrairement à des compétences de lecture et d'écriture, l'apprentissage de compétences numériques est fait de décrochages et de raccrochages permanents. Le rythme d'adaptation de ces compétences est constant, c'est comme suivre un train en marche dont on ne peut pas descendre sous peine de ne plus pouvoir remonter. Le rythme du changement technologique est plus accessible durant la vie professionnelle, du moins pour les personnes qui sont occupées dans des activités qui mobilisent les TIC. RENELAND-FORSMAN⁴⁵ parle « d'accès emprunté » au monde numérique pour les personnes âgées qui « empruntent des connaissances numériques » à leurs réseaux relationnels ou à des contacts sur leur ancien lieu de travail pour accéder au monde numérique. Ces liens fragiles mis en place pour accéder aux pratiques numériques n'assurent pas l'inclusion sociale et la participation à la société.

La prise en compte des univers de vie⁴⁶ est une évolution importante dans les approches du rapport des personnes âgées au numérique, notamment dans le

⁴⁵ RENELAND-FORSMAN.

⁴⁶ La notion d'univers de vie repose sur un « stock de connaissances » stable, une façon de vivre, de percevoir et de penser, des convictions, un sens donné aux choses et aux actions (personnelles et d'autrui) qui sont au cœur de notre vie quotidienne. Notre univers de vie façonne ce que nous considérons comme l'ordre naturel des choses et représente ce qui est considéré comme vrai et de bon sens dans notre communauté. C'est

champ de la formation⁴⁷. Les formations aux TIC échouent souvent parce que les univers de vie des personnes âgées participantes peuvent ne pas correspondre aux pratiques technologiques et sociales transformées dans une société numérisée. Pour réussir, les formations aux TIC doivent faire appel aux univers de vie actuels des personnes âgées tout en surmontant les décalages et les incompatibilités entre les univers de vie. En reliant le contenu et la pédagogie aux besoins, aux valeurs et aux désirs des adultes plus âgés, les instructrices et instructeurs peuvent réussir à intégrer de nouvelles compétences dans les univers de vie des personnes participantes plus âgées. L'âge élevé est un mauvais prédicteur des compétences numériques car il y a, parmi la population âgée, des personnes très compétentes en informatique et d'autres pas du tout. En revanche, il y a de bonnes raisons de penser que l'univers de vie de nombreuses personnes âgées ne s'intègre pas bien dans le monde actuel qui se numérise rapidement. Les individus s'attendent généralement à ce que leur univers de vie fournisse des fondations stables qu'ils peuvent considérer comme acquises, des certitudes qui offrent une orientation pour le fonctionnement quotidien et les situations futures. Mais la numérisation est synonyme de changements technologiques et sociaux radicaux. L'innovation technologique bouleverse les pratiques sociales. Ces transformations ébranlent les connaissances et les certitudes du passé qui ne peuvent servir de guide ; elles peuvent même être préjudiciables. La société numérisée n'est pas a priori inclusive et bénéfique pour tout le monde.

VII. Conclusion : maintenir la participation des personnes âgées à la société numérique

Le numérique par défaut imposé par les autorités publiques dans les services d'intérêt général pose aussi la question de la place et de la reconnaissance des personnes âgées dans une société de plus en plus numérisée. La non-participation au monde numérique peut entraîner un sentiment d'exclusion so-

un état partagé dans une collectivité, construit et pré-interprété par les générations précédentes. Il y a une pluralité d'univers de sens, selon les âges et les groupes sociaux. Les personnes âgées constituent aussi un groupe très hétérogène.

⁴⁷ SCHIRMER/GEERTS/VERCRUYSEN/GLORIEUX.

ciale, ceci à tous les âges. Pour la population âgée, ce sentiment s'ajoute à une forme de relégation une fois sorti de la vie professionnelle. L'inclusion numérique ne désigne pas seulement le fait d'être « dedans » ou « dehors » en termes d'accès aux technologies numériques, mais aussi le fait de participer activement ou passivement à la société numérique. La non-participation conduit à un sentiment subjectif d'exclusion sociale. La non-connexion et le sentiment de solitude sont des prédictors du sentiment d'exclusion sociale⁴⁸. Même les personnes âgées connectées ayant un faible niveau d'usage expriment un sentiment d'exclusion sociale – voire son acceptation⁴⁹ – et de perte d'autonomie. Le sociologue PAUGAM⁵⁰ définit l'autonomie comme une relation particulière à la société qui permet à chaque individu de pouvoir accéder et tirer avantage des ressources mises à disposition par la société. Dans une société donnée, les individus exclus sont ceux qui n'arrivent pas à se conformer aux normes sociales et qui nécessitent une assistance constante des institutions et d'autrui pour ne pas être marginalisés. Cette définition de l'exclusion sociale s'applique parfaitement à l'exclusion numérique, les deux se recouvrant d'ailleurs souvent. Une société numérique inclusive doit être à l'écoute des groupes de citoyennes et citoyens empêchés de maintenir ou de développer leur capacité à participer à une vie sociale et citoyenne, à accéder à l'information souhaitée et aux services, à jouir d'une vie culturelle et de loisirs. Elle doit préserver l'indépendance, l'autonomie et le libre choix de toutes et tous.

Bibliographie

BACACHE-BEAUVALLET MAYA/BOUNIE DAVID/ABEL FRANÇOIS, Existe-t-il une fracture numérique dans l'usage de l'administration en ligne ?, in : Revue économique, 2/62 (2011), pp. 215-235.

BECKER HOWARD SAUL, Outsiders. Etudes de sociologie de la déviance, Paris, Métailié, [1963], 1985.

⁴⁸ SEIFERT/HOFER/RÖSSEL.

⁴⁹ RENELAND-FORSMAN.

⁵⁰ PAUGAM.

BOLTANSKI LUC/THEVENOT LAURENT, De la justification : les économies de la grandeur, Paris, Gallimard, 1991.

BONNETIER CAROLE/BROTCORNE PERINE/SCHURMANS DANA/VENDRAMIN PATRICIA, Les services d'intérêt général à l'épreuve de la numérisation : études de cas dans les secteurs de la mobilité, de la santé et de l'administration, IDEALiC, Rapport pour la politique scientifique fédérale, Bruxelles, 2019.

BOULLIER DOMINIQUE, Sociologie du numérique, Paris, Armand Collin, 2016.

BOURDIEU PIERRE, La distinction. Critique sociale du jugement, Paris, Les Editions de Minuit, 1979.

BROTCORNE PERINE/DAMHUIS LOTTE/LAURENT VERONIQUE/VALENDUC GERARD/VENDRAMIN PATRICIA, Diversité et vulnérabilité dans les usages des TIC - La fracture numérique au second degré, Gent, Academia Press, 2011.

BROTCORNE PERINE/BONNETIER CAROLE/VENDRAMIN PATRICIA, La mise en œuvre d'une numérisation impensée dans des services d'intérêt général, in : SociologieS (2021) Vol. février (cité : *Numérisation impensée*).

BROTCORNE PERINE/BONNETIER CAROLE/VENDRAMIN PATRICIA, Une numérisation des services d'intérêt général qui peine à inclure et à émanciper tous les usagers, in : Terminal (2019), pp. 125 s. (cité : *Emanciper les usagers*).

BROTCORNE PERINE/VALENDUC GERARD, les compétences numériques et les inégalités dans les usages d'Internet. Comment réduire ces inégalités ?, in : Lavoisier | « Les Cahiers du numérique » (2009) 1 Vol. 5, pp. 45-68.

BROTCORNE PERINE/VENDRAMIN PATRICIA, Une société en ligne productrice d'exclusion ?, in : Sociétés en changement (2021) Vol. 11.

CAPONETTI LIA/SAK BARBARA, Comment définir le service public à travers ses différentes facettes, missions et principes ? Working Paper CIRIEC (2016) n° 06.

CENTRE DE RECHERCHE POUR L'ETUDE ET L'OBSERVATION DES CONDITIONS DE VIE (CREDOC), Baromètre du numérique, Secrétariat d'Etat au numérique, Paris, (2018) (2022).

DE HAAN JOS/STEYAERT JAN, Geleidelijk digitaal – een nuchtere kijk op de sociale gevolgen van ICT, Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP), La Haye 2001.

Défenseur des droits, Difficultés d'accès aux droits et discriminations liées à l'âge avancé : une étude auprès des personnes âgées de 65 ans ou plus vivant à domicile, Paris, 2021.

DELIAS LUCIE, Vieillesse et usages numériques. Les enjeux pratiques et symboliques de la dématérialisation des services administratifs pour les adultes âgés, in : Terminal (2021) 131.

DUBOIS VINCENT, Chapitre 10 – Politiques au guichet, politique du guichet, in : Borraz (édit.), Politiques publiques 2. Changer la société, Paris, Presses de Sciences Po, 2010, pp. 265-286.

EUROSTAT, Ageing Europe. Looking at the lives of older people in the EU, European Union 2020.

FAURE LAURA/VENDRAMIN PATRICIA/SCHURMANS DANA, A situated approach to digital exclusion based on life courses, in : Internet Policy Review (2020) Vol. 9, n° 2.

FLICHY PATRICE, L'innovation technique. Vers une nouvelle théorie de l'innovation, Paris, La Découverte, 1995.

GALLISTI VERA/ROHNER REBEKKA/HENGL LISA/KOLLAND FRANZ, Doing digital exclusion – technology practices of older Internet non-users, in : Journal of Aging Studies (2021) 59.

GALLISTI VERA/ROHNER REBEKKA/SEIFERT ALEXANDER/WANKA ANNA, Configuring the Older Non-User: Between Research, Policy and Practice of Digital Exclusion, in : Social Inclusion (2020) Vol. 8, n° 2.

GRELLIE HUGO/LE MATT QUENTIN/VALATCHY MARGO/CARADEC VINCENT/CHAMAHIAN ALINE, La transition numérique, une menace pour le recours aux droits sociaux des personnes en situation de précarité socio-économique, in : Informations sociales, 2022/1 (n° 205), pp. 64-70.

GUENOUN MARCEL/MATYJASIK NICOLAS, La fin de l'histoire du NPM ?, in : Matyjasik/Guenoun (édit.), En Finir avec le new public management, Paris, IGPDE, 2019, pp. 1-26.

HARGITTAI ESZTER/DOBRANSKY KERRY, Old Dogs, New Clicks : Digital Inequality in Skills and Uses among Older Adults, in : Canadian Journal of Communication (May 2017) 42(2), pp. 195-212.

HELSPER ELLEN JOHANNA, The Social Relativity of Digital Exclusion : Applying Relative Deprivation Theory to Digital Inequalities. *Communication Theory*, (2017), 27(3), pp. 223-242 (cité : *Social relativity*).

HELSPER ELLEN JOHANNA, A Corresponding Fields Model for the Links Between Social and Digital Exclusion : A Corresponding Fields Model for Digital Exclusion. *Communication Theory*, (2012), 22(4), pp. 403-426 (cité : *Fields model*).

LABARTHE FABIEN, Design et SHS dans le processus d'innovation centrée-usager : quels apports réciproques ?, in : *Echappées : Design graphique et multimédia, usages et usagers à l'ère numérique*, (2014) 2, pp. 4-25.

MAZET PIERRE, Conditionnalités implicites et productions d'inégalités : les coûts cachés de la dématérialisation administrative, in : *La Revue française de service social*, Vol. 264, n° 2, pp. 41-47.

NEVES BARBARA BARBOSA/WAYCOTT JENNY/MALTA SUE, Old and afraid of new communication technologies ? Reconceptualising and contesting the « age-based digital divide », in : *Journal of Sociology* (2018) 54(2), pp. 236-248.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES (OCDE), *L'administration électronique : un impératif*, 2003.

RAGNEDDA MASSIMO, Conceptualizing digital capital, in : *Telematics and Informatics*, 35 (2018), pp. 2366-2375 (cité : *Conceptualizing*).

RAGNEDDA MASSIMO, *The third digital divide. A Weberian Approach to Digital Inequalities*, Oxford, Routledge, 2017 (cité : *Third digital divide*).

RENELAND-FORSMAN LINDA, « borrowed access » – the struggle of older persons for digital participation, in : *International journal of lifelong education* (2018), Vol. 37, n° 3, pp. 333-344.

ROBERT PASCAL, Critique de la notion d'imaginaire des TIC, vieilles catégories (mythe et utopie) et nouveaux outils, in : Lakel/Massit-Folléa/Robert (édit.), *Imaginaire(s) des technologies d'information et de communication*, Paris, Edition de la maison des sciences de l'homme, 2009, pp. 88-102.

SCHIRMER WERNER/GEERTS NELY/VERCRUYSSSEN ANINA/GLORIEUX IGNACE, Digital skills training for older people : The importance of the life-world, in : Archives of Gerontology and Geriatrics (March 2022).

SEIFERT ALEXANDER/HOFER MATHIAS/RÖSSEL JÖRG, Older adults' perceived sense of social exclusion from the digital world, in : Educational Gerontology (2018), 44(12), 7, pp. 75-785.

SELWYN NEIL/GORARD STEFEN/FURLONG JOHN, Adult Learning in the Digital Age. Information, Technologies and the Learning Society, Routledge, Londres 2005.

TSATSOU PANAYIOTA, Digital divides revisited : what is new about divides and their research ?, in : Media, Culture & Society, (2011), 33(2), pp. 317-331.

VAN DEURSEN ALEXANDER/HELSPER ELEN, A nuanced understanding of Internet use and non-use among the elderly, in : European Journal of Communication (2015), 30(2), pp. 171-187.

VENDRAMIN PATRICIA, Le numérique, une norme sociale ?, in : Paugam (édit.), 50 questions de sociologie, Presses Universitaires de France, Paris, 2020, pp. 417-426.

WARIN PHILIPPE, Le non-recours aux politiques sociales, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2016.

WISSLER ANDRE, Les jugements dans l'octroi de crédit, in : Boltanski/Thévenot (édit.), Justesse et justice dans le travail, Cahiers du CEE (1989), n° 33, pp. 67-119.

Altersdiskriminierung im Arbeitsleben

Rechtslage nach EU-Recht und schweizerischem Arbeitsrecht

*Kurt Pärli**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	76
A.	Verbreitung und Erscheinungsformen der Altersdiskriminierung	76
B.	Begriffsklärung, Fragestellung und Vorgehen	78
C.	Grundsätzliches zum Diskriminierungsmerkmal «Alter»	80
II.	Das Verbot der Altersdiskriminierung bei Arbeit und Beschäftigung im EU-Recht	81
A.	Primärrechtliches Diskriminierungsverbot wegen des Alters	81
B.	Das Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters gemäss der RL 2000/78/EG	82
1.	Anwendungsbereich	82
2.	Rechtfertigungsmöglichkeiten	83
3.	Adressaten der Richtlinie	85
C.	Ausgewählte Rechtsprechung des EuGH	86
1.	Übersicht	86
2.	(Wenige) Fälle unzulässiger unmittelbarer Altersdiskriminierung	87
3.	Altersgrenzen für den Berufseinstieg bzw. Ausstieg	88
4.	Auflösung von Arbeitsverhältnissen im Zusammenhang mit der Pensionierung	89
III.	Die Rechtslage in der Schweiz	90
A.	Verbot der Altersdiskriminierung in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen	90
1.	Vorbemerkungen zu Altersgrenzen im Allgemeinen	90
2.	Altersdiskriminierung bei der Anstellung	92
3.	Ungleichbehandlung während der Anstellung	93
4.	Altersdiskriminierende Entlassungen	95

* Prof. Dr. iur., juristische Fakultät, Universität Basel.

5. Fazit	97
B. (Kein) Verbot der Altersdiskriminierung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen	98
1. Vorbemerkungen zur Vertragsfreiheit und ihren Schranken	98
2. (Kein) Schutz bei der Bewerbung/Anstellung	99
3. Während des Arbeitsverhältnisses	101
4. Auflösung des Arbeitsverhältnisses	105
IV. Zusammenfassendes Fazit	111
Literaturverzeichnis	114
Verzeichnis der Tabellen	119

I. Einleitung

A. Verbreitung und Erscheinungsformen der Altersdiskriminierung

Obwohl in der Schweiz die Beschäftigungsquote älterer Menschen relativ hoch ist¹, werden auch hierzulande ältere Arbeitnehmende in der Arbeitswelt wegen ihres Alters benachteiligt. Regelmässig berichten Medien über Schicksale älterer Arbeitnehmer/-innen (AN), die aufgrund ihres Alters die Stelle verlieren und trotz intensivster Bemühungen keine oder kaum mehr Chancen auf eine Rückkehr in den Arbeitsmarkt haben². Diese Medienberichte werden

¹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Alterung und Beschäftigungspolitik*, bessere Arbeit im Alter, Bern 2014.

² So z.B. im Blick am 7. Mai 2019 «Die Älteren werden diskriminiert», siehe <https://www.blick.ch/news/wirtschaft/stellensuchende-aufgepasst-nun-ist-es-amtlich-die-aelteren-werden-diskriminiert-id15304174.html> (zuletzt besucht am 6. Januar 2023). Siehe auch das Themendossier von Humanrights.ch: <https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/diskriminierung/diskriminierungsverbot-dossier/diskriminierung-in-der-arbeitswelt/diskriminierung-im-bewerbungsverfahren/diskriminierung-bewerbungsverfahren-alter> (zuletzt besucht am 6. Januar 2023). Fälle von Altersdiskriminierungen werden auch von Nichtregierungsorganisationen wie *Avenir 50plus* dokumentiert und entsprechende Forderungen an die Politik gestellt, siehe: <https://avenir50plus.ch/ueber-uns/lobbyarbeit/> (zuletzt besucht am 6. Januar 2023).

durch Studien³ und amtliche Stellungnahmen bestätigt⁴. Besonders problematisch ist die Situation für ältere Arbeitnehmende, die ihre Stellen verloren haben. Die Stellensuche der über 50-jährigen Arbeitslosen dauert deutlich länger als im gesamtschweizerischen Durchschnitt und das Risiko der Langzeitarbeitslosigkeit und Aussteuerung steigt ab 55 Jahren an⁵. Befragungen im In- und Ausland zeigen, dass die Angst vor Stellenverlust im Alter zu den relevanten Sorgen der Bevölkerung gehört⁶.

Als Ursache für die Benachteiligung älterer Arbeitnehmer/-innen wird regelmässig auf den globalisierten Arbeitsmarkt hingewiesen, der es einfach mache, ältere Mitarbeitende durch kostengünstige jüngere, oft ausländische, zu ersetzen⁷. Erwähnt werden insbesondere auch die höheren Beiträge in der beruflichen Vorsorge für ältere Arbeitnehmende, die sich als Anstellungshindernis erweisen⁸. Zudem wird auch auf den hohen Anteil an Teilzeitbeschäftigung im fortgeschrittenen Alter hingewiesen, was zwar zu tieferen Sozialversicherungsabgabe, aber auch zu entsprechend tieferen Altersleistungen führt⁹. Als

³ BUCH HELEN/GNEHM ANN-SOPHIE, Altersgrenzen in Stelleninseraten: Bericht für das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Zürich 2016.

⁴ Bundesrat, Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose, Bern 2019, siehe: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/57559.pdf> (zuletzt besucht am 6. Januar 2023).

⁵ Erläuternder Bericht, (Fn. 4), S. 10 ; WIRZ/BAUER/PORTENIER, S. 30, 35; BAUMANN, S.20–22, Arbeitspapier, zu beziehen hier: https://digitalcollection.zhaw.ch/bitstream/11475/13561/2/2018_Baumann_Barrieren-Arbeitsmarktpartizipation-aelterer-Arbeitnehmender.pdf (zuletzt besucht am 6. Januar 2023).

⁶ Eine Untersuchung des Beratungsunternehmens Tamandua und der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW) zeigt, dass drei von vier älteren Arbeitnehmer/-innen bei einem Stellenwechsel mit Diskriminierung wegen ihres Alters rechnen (siehe: <https://www.tamandua.ch/single-post/2018/01/24/Studie-Segment-50plus>, zuletzt besucht am 6. Januar 2023).

⁷ WEDER ROLF, Bedroht die Globalisierung die Niedrigqualifizierten in der Schweiz, in: *Die Volkswirtschaft* (1. Juni 2010); siehe auch: <https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/diskriminierung/diskriminierungsverbot-dossier/diskriminierung-in-der-arbeitswelt/diskriminierung-im-bewerbungsverfahren/diskriminierung-bewerbungsverfahren-alter> (zuletzt besucht am 6. Januar 2023).

⁸ HEVENSTONE/NEUENSCHWANDER, S. 64 ff., siehe: <https://soziale-sicherheit-chss.ch/de/bvg-altersunabhngige-beitragsstze-gegen-altersdiskriminierung/> (zuletzt besucht am 6. Januar 2023).

⁹ Schweizerische Arbeitskrfteerhebung 2017 (siehe: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/medienmitteilungen.assetdetail.7106889.html>, zuletzt besucht am 6. Januar 2023).

weitere Gründe für die Benachteiligung älterer Arbeitnehmenden werden auch die Verbreitung negativer Altersstereotypen genannt¹⁰. Dazu zählen Vorurteile über abnehmende Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft und insbesondere auch Annahmen über fehlende Kapazitäten mit technologischem Wandel Schritt zu halten¹¹.

B. Begriffsklärung, Fragestellung und Vorgehen

Wenn von «Diskriminierung und Diskriminierungsverboten im Erwerbsleben aufgrund des Alters» die Rede ist, muss immer geklärt werden, ob damit «nur» die Diskriminierung älterer Arbeitnehmender gemeint ist oder generell das Verbot, für Ungleichbehandlungen an das Merkmal «Alter» anzuknüpfen ist. Die Antwort fällt je nach Rechtsquelle differenziert aus. Der *American Age Discrimination in Employment Act* (ADEA) gilt ausdrücklich erst für Arbeitnehmende ab dem 40. Altersjahr¹². Anders ist die Rechtslage im Antidiskriminierungsrecht der Europäischen Union (EU). Die einschlägige Richtlinie (RL) 2000/78/EG¹³ verbietet u.a. die Diskriminierung im Bereich Arbeit und Beschäftigung aus Gründen des Alters, wobei hier jede Bezugnahme auf das Lebensalter für eine benachteiligende Ungleichbehandlung diskriminierend ist, soweit für die Ungleichbehandlung nicht eine Rechtfertigung vorliegt. Auch das Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Alters in Art. 8 Abs. 2

¹⁰ Das zeigen sehr deutlich bei den Ergebnissen des HR-Barometers 2020 zum Schwerpunktthema Digitalisierung und Generationen, S. 20 ff., Quelle: https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/wf/institute/hrm/dok/HR-Barometer/2020/HRBarometer2020_Final.pdf (zuletzt besucht am 6. Januar 2023).

¹¹ Siehe etwa das Themendossier der *United Nations Working Group on Ageing*: https://unece.org/sites/default/files/2021-02/PB21_GER.pdf die Publikation der Deutschen Antidiskriminierungsstelle «Ageismus – Altersbilder und Altersdiskriminierung in Deutschland», https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/altersbilder_lang.pdf;jsessionid=F8EAE481AD38E7FC20EE916D63DEE48D.intranet232?__blob=publication-File&v=3 (zuletzt besucht am 6. Januar 2023).

¹² *Section 631 (a) Age Discrimination in Employment Act (ADEA) of 1967*, Pub. L. No. 90-202 Code. Zum US-amerikanischen Altersdiskriminierungsverbot siehe GILIAN, S. 397–417.

¹³ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, L 303/16.

Bundesverfassung (BV¹⁴) schützt nicht lediglich ältere Menschen, sondern verbietet jede diskriminierende Ungleichbehandlung unter Berufung auf das Alter¹⁵. Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot ist in öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnissen unmittelbar anwendbar, da die öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber an die Grundrechte gebunden sind¹⁶. In privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen spielt das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters jedoch lediglich auf dem Wege der indirekten Drittwirkung eine Rolle¹⁷. Einschlägig ist hier vielmehr die auf der Privatautonomie, Art. 19/20 OR¹⁸ und Art. 27 BV basierende (arbeitsrechtliche) Vertragsfreiheit¹⁹.

Anders als im Bereich der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und im Unterschied zur Rechtslage in der EU gibt es in der Schweiz kein ausdrückliches gesetzliches Diskriminierungsverbot wegen des Alters. Das im EU-Primärrecht verankerte und in der bereits genannten Richtlinie 2000/78/EG sekundärrechtlich verankerte Verbot der Diskriminierung angesichts des Alters bei Arbeit und Beschäftigung ist in der Schweiz kaum bekannt. Es lohnt sich deshalb, die entsprechenden Vorschriften und die reichhaltige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zum Thema in konziser Form darzustellen. In der darauffolgenden Analyse der schweizerischen Rechtslage lassen sich sodann Unterschiede und Gemeinsamkeiten feststellen. Als Vorspann zur Darstellung des (arbeitsrechtlichen) EU-Altersdiskriminierungsrechts und der schweizerischen Rechtslage werden erst einige grundsätzliche Überlegungen zu den Besonderheiten des Diskriminierungsmerkmals «Alter» erörtert und es wird auch kurz auf die arbeitsvölkerrechtliche Dimension eingegangen.

¹⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

¹⁵ WALDMANN, *Gleichheitsdilemma*, S. 201.

¹⁶ URSPRUNG/RIEDI, S. 308.

¹⁷ PÄRLI, *Altersdiskriminierung*, S. 3.

¹⁸ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

¹⁹ PULVER, S. 318.

C. Grundsätzliches zum Diskriminierungsmerkmal «Alter»

Zahlreiche völkerrechtliche Menschenrechtsabkommen auferlegen den Ratifikationsstaaten die Pflicht, innerstaatlich in allen Lebensbereichen und insbesondere auch in der Arbeitswelt für einen wirksamen Schutz vor benachteiligender Ungleichbehandlung wegen persönlichkeitsnaher Merkmale wie Geschlecht, Herkunft, Hautfarbe usw. zu sorgen²⁰. Zwar ist das Diskriminierungsmerkmal «Alter» in keinem völkerrechtlichen Menschenrechtsvertrag ausdrücklich aufgeführt. In der Spruchpraxis der Organe der Vereinten Nationen (VN) und auch des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) finden sich indes klare Hinweise, dass auch die auf Stereotypen basierende Benachteiligung wegen des Alters eine verbotene Diskriminierung darstellt²¹. Obwohl «Alter» noch kein in den völkerrechtlichen Diskriminierungsmerkmalskatalogen ausdrücklich aufgeführtes Merkmal darstellt, verdichten sich insgesamt die Anzeichen, dass «Alter» im völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz zu den verbotenen Diskriminierungsmerkmalen gehört²². Benachteiligungen unter Anknüpfung an Altersgrenzen erfordern deshalb von den Staaten besonders dichte Begründungen. Die schweizerischen Behörden (Gesetzgeber, Verwaltung, Gerichte) müssen sowohl im Lichte von Art. 8 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 35 BV als auch angesichts völkerrechtlicher Wertungen je in ihrem Kompetenzbereich für einen Abbau von auf Stereotypen beruhenden Diskriminierungen älteren Arbeitnehmenden sorgen. Entsprechender politischer Druck wird auch durch Bestrebungen zur Lancierung einer Volksinitiative ausgeübt²³.

²⁰ PÄRLI, *Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen*, S. 37 ff.

²¹ Siehe zum Beispiel: *Human Rights Committee (HRC), Communication No. 855/1999, Schmitz de Jong vs. Netherlands*; *HRC, Communication No. 983/2001, Love et al. vs. Australia*; *EGMR vom 22. Oktober 1981, Nr. 7525/76, Dudgeon vs. United Kingdom*, Rn. 67-70. Zu weiteren EGMR-Altersdiskriminierungsfällen siehe SCHMAHL, *Rechtsprechung*, S. 60 ff.

²² Im Jahr 2010 hat die VN-Generalversammlung eine Arbeitsgruppe zur Stärkung der Menschenrechte Älterer (*Open Ended Working Group on Ageing, OEWG-A*) ins Leben gerufen, siehe: <https://social.un.org/ageing-working-group/> (zuletzt besucht am 8. Januar 2023).

²³ Siehe die Aktivitäten der Allianz gegen Altersdiskriminierung: <https://www.zrv.ch/clubdesk/fileservlet?id=1000210> (zuletzt besucht am 9. Januar 2023).

Dem Diskriminierungsmerkmal «Alter» wird durch die Lehre und Rechtsprechung im Vergleich zu anderen Diskriminierungsmerkmalen eine weniger grosse Bedeutung zugemessen. Es handle sich beim «Alter» um einen atypischen Diskriminierungstatbestand, der nicht an eine historisch schlechter gestellte oder politisch ausgegrenzte Gruppe anknüpfe²⁴. Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters erfordere im Unterschied etwa zu einer solchen aufgrund des Geschlechts keine vergleichbare strenge Überprüfung²⁵. Trotz grundsätzlich strengeren Regelungen zur Altersdiskriminierung zeigen sich auch im EU-Recht Unterschiede im Vergleich zu Diskriminierung aus anderen Gründen, namentlich des Geschlechts oder des ethnischen Hintergrundes. Die EU-Richtlinien lassen bei der Altersdiskriminierung mehr Rechtfertigungsgründe zu als bei den anderen genannten Diskriminierungsgründen²⁶.

II. Das Verbot der Altersdiskriminierung bei Arbeit und Beschäftigung im EU-Recht

A. Primärrechtliches Diskriminierungsverbot wegen des Alters

Für Aufregung sorgte der EuGH mit seiner Entscheidung Mangold im Jahre 2005²⁷. Der EuGH anerkennt das Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters als ungeschriebenen Rechtsgrundsatz, der auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnis Geltung habe. Streitig war im Ausgangsfall eine Bestimmung des deutschen Arbeitsrechts, die für über 52-jährige Arbeitnehmende unbeschränkt befristete Arbeitsverhältnisse vorsah. Der EuGH stellte fest, das sekundärrechtlich in der Richtlinie 2000/78/EG verankerte Diskriminierungs-

²⁴ BGE 138 I 265, E. 4.3.

²⁵ Siehe zum Ganzen u.a. BGE 138 I 265, E. 4.3; BVGer B-973/2017 vom 11. Juli 2017, E. 3.3; Urteil (Eidgenössische Personalrekurskommission) vom 7. September 2006 in ARV 2007, S. 240 ff.; HANGARTNER, S. 97 ff., insb. S. 110; WALDMANN, *Gleichheitsatz*, S. 327, 733; GRISEL, S. 78 f.; MARTENET, Rz. 898.

²⁶ FREDMAN, S. 21 ff.

²⁷ EuGH, Urteil vom 22. November 2005, Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 (Mangold).

verbot aufgrund des Alters stelle lediglich die Konkretisierung des primärrechtlichen Gleichbehandlungsgebots dar²⁸. Seit dem Lissabon-Vertrag ist das Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters nun auch ausdrücklich in Art. 21 Abs. 1 der Grundrechtecharta aufgeführt²⁹. Das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Altersdiskriminierung und Art. 21 Abs. 1 Grundrechtecharta hat der EuGH in weiteren Entscheidungen konkretisiert³⁰.

Das auf dem allgemeinen Rechtsgrundsatz und der Grundrechtecharta basierende primärrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters wird durch die Kompetenznorm zum Erlass geeigneter Massnahmen gegen Diskriminierung in Art. 19 des Vertrags über die Arbeitsweise der Union (AEUV) ergänzt und konkretisiert³¹.

B. Das Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters gemäss der RL 2000/78/EG

1. Anwendungsbereich

Die gestützt auf Art. 19 AEUV erlassene Rahmenrichtlinie 2000/78/EG zur Bekämpfung von Diskriminierung aus den Gründen «Alter», «Behinderung», «Religion/Weltanschauung» und «Sexuelle Orientierung» im Bereich Arbeit und Beschäftigung verpflichtet die Mitgliedstaaten zu einem umfassenden Schutz vor unmittelbarer (direkter) und mittelbarer (indirekter) Diskriminierung im ganzen Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses³². Erfasst sind insbesondere auch betriebliche Sozialleistungen³³, nach Art. 3 Abs. 3 RL

²⁸ EuGH, Urteil vom 22. November 2005, Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 (Mangold), Rz. 75.

²⁹ Siehe dazu u.a. SCHMAHL, *Gleichheitsgarantien*, Rn. 112.

³⁰ EuGH, Urteil vom 19. Januar 2010, Rs. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (Kücükdeveci); EuGH, Urteil vom 17. April 2018, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (Egenberger); JARASS, *Kommentar zur GRC*, Art. 21 Rz. 10.

³¹ UEBE, S. 539.

³² Zur Problematik der Kundenanliegen und des Authentizitätsschutzes siehe PÄRLI, *Vertragsfreiheit*, Rz. 1122 f.

³³ EuGH, Urteil vom 1. April 2008, Rs. C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179 (Maruko).

2000/78/EG jedoch nicht Leistungen aus staatlichen Systemen der sozialen Sicherheit und des sozialen Schutzes.

Eine unmittelbare (direkte) Diskriminierung wegen des Alters liegt nach Art. 2 Abs. 2 lit. a RL 2000/78/EG vor, wenn eine Person wegen des Alters in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Verboten ist nach Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2000/78/EG auch die mittelbare (indirekte) Diskriminierung. Eine solche basiert auf «dem Anschein nach neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren», die Personen wegen ihres Alters in besonderer Weise benachteiligen. Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie verbietet weiter Belästigung aufgrund des Alters. Art. 2 Abs. 4 untersagt Anweisungen zur Diskriminierung, während Viktimisierung als Folge der Geltendmachung eines Anspruchs auf Altersdiskriminierung nach Art. 11 verboten ist.

2. Rechtfertigungsmöglichkeiten

Die Rahmenrichtlinie gewährt auf mehreren Ebenen Rechtfertigungsmöglichkeiten für Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters. Ein Teil (Art. 2 und Art. 4) der Rechtfertigungsgründe kann bei allen in der Richtlinie genannten Diskriminierungsmerkmalen angerufen werden. Darüber hinaus lässt die Richtlinie in Art. 6 spezifische Rechtfertigungsmöglichkeiten für Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters zu.

Nach Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2000/78/EG lässt sich eine mittelbare Diskriminierung (auch aus Gründen des Alters) rechtfertigen, sofern mit einer Massnahme ein rechtmässiges Ziel verfolgt wird und die dabei eingesetzten Mittel verhältnismässig sind³⁴. Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG erwähnt die öffentliche Sicherheit und Ordnung und den Gesundheitsschutz bzw. Rechte Dritter als weitere Rechtfertigungsmöglichkeit. Weiter können die Mitgliedstaaten nach Art. 4 RL 2000/78/EG vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung unter unmittelbarer Anknüpfung an das Alter dann keine Diskriminierung darstellt, wenn das Alter eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Voraussetzung ist, dass mit der Ungleichbehandlung ein

³⁴ EuGH, Urteil vom 15. November 2016, Rs. C-258/15 ECLI:EU:C:2016:873 (Salaberria Sorondo), Rz. 25 f.

rechtmässiger Zweck verfolgt wird und, dass es sich um eine angemessene Anforderung handelt. In Frage kommen hier Mindest- und Höchstaltersgrenzen für sicherheitsrechtlich und sicherheitstechnisch besonders sensible Berufe wie Pilot oder Berufschaffeur. Weit heikler sind Altersgrenzen unter Berufung auf Kundenpräferenzen. Darf ein auf jugendliche Kundinnen und Kunden ausgerichtetes Unternehmen ältere Bewerbende ablehnen, weil die Kundschaft lieber von jüngeren Angestellten bedient wird? In der Rechtsache Feryn rechtfertigte die Arbeitgeberin ihre Weigerung, marokkanische Monteure einzustellen mit Kundenwünschen³⁵. Der EuGH ging gar nicht auf diese Rechtfertigung ein und stellte fest, die entsprechenden Äusserungen des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit erfüllten den Tatbestand einer Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft³⁶. In den Schlussanträgen zur Rechtsache Feryn weist Generalanwalt Maduro darauf hin, dass diskriminierende Märkte gerade die Notwendigkeit eines regulierenden Eingreifens veranschaulichen würden, Märkte wären keine Heilmittel gegen Diskriminierung³⁷. Ob diese Rechtsprechung auch in Fällen der Altersdiskriminierung gilt, ist unsicher.

Nach Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG sind Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters dann keine verbotene Diskriminierung, wenn sie objektiv und angemessen sind und ein legitimes Ziel – namentlich in den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung – verfolgen und überdies die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzten Mittel verhältnismässig sind. In Art. 6 Abs. 1 lit. a bis c RL 2000/78/EG werden Beispiele solcher zulässigen Einschränkungen aufgeführt. Erwähnt wird z.B. die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Personen oder Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern (lit. a) oder die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund spezifischer Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand (lit. c). Altersbedingte Ungleichbehandlungen sind weiter zulässig für die Festsetzung von Altersgrenzen als

³⁵ EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs. C-54/07, ECLI:EU:C:2008:397 (Feryn).

³⁶ EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs. C-54/07, ECLI:EU:C:2008:397 (Feryn), Rz. 24 f.

³⁷ Schlussanträge GA Maduro vom 12. März 2008 in der Rs. 54/07, ECLI:EU:C:2008:155 (Feryn), Rz. 18.

Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder für den Bezug von Altersrenten in Systemen der betrieblichen Vorsorge (Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG).

3. Adressaten der Richtlinie

Die Richtlinie richtet sich grundsätzlich «nur» an die Mitgliedstaaten (Art. 21 RL 2000/78/EG). Diese sind gemäss Art. 16 lit. a RL 2000/78/EG verpflichtet, Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die dem Diskriminierungsverbot zuwiderlaufen, aufzuheben. Nationale Gerichte dürfen gegen die Richtlinie verstossende nationale Gesetze nicht anwenden³⁸. In einem privatrechtlichen Streit müssen die nationalen Gerichte das nationale Recht richtlinienkonform auslegen³⁹. Das Erfordernis einer unionsrechtskonformen Auslegung umfasst aber die Verpflichtung der nationalen Gerichte, eine gefestigte Rechtsprechung ggf. abzuändern, wenn sie auf einer Auslegung des nationalen Rechts beruht, die mit den Zielen einer Richtlinie nicht vereinbar ist⁴⁰. Bemerkenswert ist, dass die Richtlinie 2000/78/EG gemäss EuGH auch altersdiskriminierende Bestimmungen in Verbänden⁴¹ und in Gesamtarbeitsverträgen (Tarifverträgen)⁴² verbietet. Daran ändert auch die in Art. 28 Grundrechtecharta verankerte Koalitionsfreiheit nichts. Unter Berufung auf seine (umstrittene) Rechtsprechung in den Fällen Viking⁴³ und Laval⁴⁴ hält der EuGH im Fall Prigge fest, dass Recht auf Kollektivverhandlungen im

³⁸ EuGH, Urteil vom 22. Mai 2005, Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 (Mangold), Rz. 74 ff.; EuGH, Urteil vom 19. Januar 2010, Rs. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (Kücükdeveci), Rz. 53.

³⁹ EuGH, Urteil vom 19. Juni 2014, Rs. C-501/12, ECLI:EU:C:2014:2005 (Specht), Rz. 88.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 19. April 2016, Rs. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (Dansk Industri), Rz. 33.

⁴¹ EuGH, Urteil vom 2. Juni 2022, Rs. C-587/20, ECLI:EU:C:2022:419 (Ligebehandlingsnævnet, handelnd für A / HK/Danmark, HK/Privat).

⁴² EuGH, Urteil vom 13. September 2011, Rs. C-447/09, ECLI:EU:C:2011:573 (Prigge), Rz. 48 f.

⁴³ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, Rs. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (Laval).

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007, Rs. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 (Viking).

Geltungsbereich des Unionsrechts im Einklang mit diesem ausgeübt werden müsse⁴⁵.

Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass auch die Union selbst an das Altersdiskriminierungsverbot der Grundrechtecharta gebunden ist⁴⁶. Die Bedeutung dieser Bindung zeigte sich in der Rechtssache Fries⁴⁷. Hintergrund des Falles bildete die Regelung in Anhang I *Fight Crew Licensing* (FCL) lit. b der Verordnung 1178/2011/EU, die bestimmt, dass Pilot/-innen nach dem 65igsten Altersjahr nicht mehr im gewerblichen Luftverkehr tätig sein dürfen. Für den EuGH ist diese Ungleichbehandlung aufgrund des Alters indes durch Gründe der öffentlichen Sicherheit gerechtfertigt. Es sei unbestritten, dass die erforderlichen gesundheitlichen Fähigkeiten zur Ausübung des Pilotenberufs ab einem bestimmten Alter abnehmen würden⁴⁸. Der Gesetzgeber sei auch nicht verpflichtet, eine individuelle Prüfung vorzunehmen⁴⁹. Für den EuGH ist weiter von Bedeutung, dass die Altersgrenze für Berufspilotinnen und -piloten nicht automatisch zum Ausschluss aus dem Arbeitsmarkt führe. Die Regelung verbiete lediglich, als Pilot/-in im gewerblichen Luftverkehr tätig zu sein⁵⁰.

C. Ausgewählte Rechtsprechung des EuGH

1. Übersicht

Im Zeitraum zwischen 2005 und 2022 hat der EuGH fast 60 Urteile im Zusammenhang mit der nach Richtlinie 2000/78/EG und Grundrechtecharta verbotenen Altersdiskriminierung gefällt. Die meisten Fälle betrafen Vorabentscheidungsverfahren⁵¹. Die Richtlinie 2000/78/EG sieht umfangreiche Rechtfertigungsmöglichkeiten einer altersbedingten Ungleichbehandlung vor.

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 13. September 2011, Rs. C-44/07, ECLI:EU:C:2011:573 (Prigge), Rz. 47.

⁴⁶ Siehe Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Grundrechtecharta.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 5. Juli 2017, Rs. C-190/16, ECLI:EU:2017:513 (Fries).

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 5. Juli 2017, Rs. C-190/16, ECLI:EU:2017:513 (Fries), Rz. 46 f.

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 5. Juli 2017, Rs. C-190/16, ECLI:EU:2017:513 (Fries), Rz. 54.

⁵⁰ EuGH, Urteil vom 5. Juli 2017, Rs. C-190/16, ECLI:EU:2017:513 (Fries), Rz. 66.

⁵¹ Siehe die Zusammenstellung der EuGH-Urteile bei SCHMAHL, *Rechtsprechung*, S. 24 ff. und die chronologische Zusammenstellung aller Urteile auf den S. 113 ff.

Der EuGH lässt in seiner Rechtsprechung solche bislang sehr grosszügig zu, insbesondere auch in Fällen unmittelbarer Altersdiskriminierung⁵².

2. (Wenige) Fälle unzulässiger unmittelbarer Altersdiskriminierung

Als unzulässig erachtete der EuGH im Fall Hütter eine Regelung in Österreich, wonach bei der Festlegung von Gehaltsstufen im öffentlichen Dienst berufliche Tätigkeiten nicht berücksichtigt wurden, die vor dem 18. Altersjahr verrichtet wurden⁵³. Der EuGH hielt zwar fest, die Berufserfahrung dürfe grundsätzlich bei der Bemessung des Gehalts berücksichtigt werden. Im konkreten Fall sei die Regelung indes u.a. nicht verhältnismässig⁵⁴. Das in der Folge revidierte österreichische Gehaltssystem ist für den EuGH noch immer diskriminierend⁵⁵. Auch die geänderten Systeme seien nicht geeignet, die Diskriminierung der durch die alten Besoldungs- und Vorrückungssysteme benachteiligten Beschäftigten zu beseitigen⁵⁶. Die geforderte Gleichbehandlung mache erforderlich, dass Benachteiligung tatsächlich ausgeglichen würde⁵⁷.

Das EuGH-Urteil Küçükdeveci betrifft die Regelung des deutschen Arbeitsrechts, wonach bei der Berechnung der Kündigungsfrist Beschäftigungsjahre vor dem 25. Altersjahr nicht berücksichtigt wurden⁵⁸. Die Regelung wurde mit den Bedürfnissen der Arbeitgebenden nach Flexibilität begründet, deren Folgen jüngeren Mitarbeitenden eher zugemutet werden könnten⁵⁹. Dieses

⁵² SCHMAHL, *Rechtsprechung*, S. 28 f.; GROSS, S. 1 ff.

⁵³ EuGH, Urteil vom 18. Juni 2009, Rs. C-88/08, ECLI:EU:C:2009:381 (Hütter).

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 18. Juni 2009, Rs. C-88/08, ECLI:EU:C:2009:381 (Hütter), Rz. 50.

⁵⁵ EuGH, Urteil vom 8. Mai 2019, Rs. C-24/17, ECLI:EU:C:2019:373 (Österreichischer Gewerkschaftsbund) und EuGH, Urteil vom 8. Mai 2019, Rs. C-396/17, ECLI:EU:C:2019:375 (Leitner).

⁵⁶ EuGH, Urteil vom 8. Mai 2019, Rs. C-24/17, ECLI:EU:C:2019:373 (Österreichischer Gewerkschaftsbund), Rz. 46.

⁵⁷ EuGH, Urteil vom 8. Mai 2019, Rs. C-24/17, ECLI:EU:C:2019:373 (Österreichischer Gewerkschaftsbund), Rz. 65.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 19. Januar 2010, Rs. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (Küçükdeveci).

⁵⁹ EuGH, Urteil vom 19. Januar 2010, Rs. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (Küçükdeveci), Rz. 36.

Ziel erachtete der EuGH zwar grundsätzlich als rechtmässig, diese Regelung sei indes nicht verhältnismässig⁶⁰.

Ebenfalls unzulässig ist die Berücksichtigung des Lebensalters für die Einstufung von Mitarbeitenden in eine bestimmte Lohnkategorie⁶¹. Für den Mehrverdienst älterer Beschäftigter gäbe es keine legitime Begründung und auch eine automatische Verknüpfung von Lebensalter und Berufserfahrung sei nicht gerechtfertigt.

3. Altersgrenzen für den Berufseinstieg bzw. Ausstieg

Zum Höchstalter für den Eintritt in bestimmte Berufe hielt der EuGH fest, dass das Höchstalter 30 für den Feuerwehrdienst im Bundesland Hessen eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund des Alters darstellt. Es handle sich hier um eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne von Art. 4 Richtlinie 2000/78/EG⁶². Gleich entschied er über eine Regelung im spanischen Baskenland, die eine Höchsteintrittsschwelle für den Polizeidienst von 35 Jahren vorsah⁶³. Diskriminierend ist hingegen die Grenze von 30 Jahren für den Polizeidienst in der Region Asturien⁶⁴.

Bereits erwähnt wurde die Zulässigkeit der Altersgrenze von 65 Jahren für die Pilotentätigkeit in der gewerblichen Luftfahrt (Fall Fries⁶⁵). Im Fall Prigge kam der EuGH zum Schluss, dass eine in einem Gesamtarbeitsvertrag verankerte Altersgrenze für Pilotinnen und Piloten von 60 Jahren unzulässig sei⁶⁶. Anders fiel der Entscheid im Fall Cafaro aus⁶⁷. Hier musste der EuGH eine italienische Regelung beurteilen, die vorsah, dass Pilotinnen und Piloten mit

⁶⁰ EuGH, Urteil vom 19. Januar 2010, Rs. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (Kücükdeveci), Rz. 43.

⁶¹ EuGH, Urteil vom 8. September 2011, Rs. C-297/10, ECLI:EU:C:2011:560 (Hennings/Mal).

⁶² EuGH, Urteil vom 13. Januar 2010, Rs. C-229/08, ECLI:EU:C:2010:3 (Wolf).

⁶³ EuGH, Urteil vom 15. November 2016, Rs. C-258/15 ECLI:EU:C:2016:873 (Salaberria Sorondo).

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 13. November 2014, Rs. C-416/13, ECLI:EU:C:2014:2371 (Vital Perez).

⁶⁵ EuGH, Urteil vom 5. Juli 2017, Rs. C-190/16, ECLI:EU:2017:513 (Fries).

⁶⁶ EuGH, Urteil vom 13. September 2011, Rs. C-447/09, ECLI:EU:C:2011:573 (Prigge).

⁶⁷ EuGH, Urteil vom 7. November 2019, Rs. C-396/18, ECLI:EU:C:2019:929 (Cafaro).

Aufgaben im Bereich der nationalen Sicherheit nur bis zum 60igsten Altersjahr in dieser Funktion arbeiten dürfen. Für den EuGH ist diese Regelung zulässig, da solche Flüge mit grösseren Gefahren verbunden wären als der gewerbliche Luftverkehr. Für solche Einsätze dürften deshalb besonders hohe körperliche Fähigkeiten erwartet werden dürften. Die Altersgrenze von 60 Jahren sei deshalb hier nichtdiskriminierend⁶⁸.

4. Auflösung von Arbeitsverhältnissen im Zusammenhang mit der Pensionierung

Sehr grosszügig lässt der EuGH nationale Regelungen zu, die ein Beschäftigungsende bei Erreichen des gesetzlichen oder in einem Gesamtarbeitsvertrag festgelegten Pensionsalter vorsehen. Der EuGH beruft sich dabei regelmässig auf die in Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG vorgesehenen Rechtfertigungsgründe. Im Urteil *Palacios de la Villa* erachtet der EuGH⁶⁹ die Zwangsversetzung in den Ruhestand ab dem 65. Lebensjahr als zulässig, weil diese Regelung im Rahmen der nationalen Beschäftigungspolitik dazu führen soll, dass der Zugang zum Arbeitsmarkt für jüngere Arbeitnehmende erleichtert werden soll⁷⁰. In der Rechtssache *Hörnfeldt* wird das Beschäftigungsende bei Erreichen des staatlichen Rentenalters ebenfalls als zulässig erachtet⁷¹. Der Mitgliedstaat konnte ausreichend nachweisen, dass diese Regelung Ergebnis einer nachvollziehbaren Abwägung zwischen Zielen der Staatsfinanzen, Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarktpolitik sei⁷². In der Rechtssache *Rosenblatt* anerkannt der EuGH als Rechtfertigung für ein automatisches Beschäftigungs-

⁶⁸ EuGH, Urteil vom 7. November 2019, Rs. C-396/18, ECLI:EU:C:2019:929 (*Cafaro*), Rz. 72.

⁶⁹ EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2007, Rs. C-411/05, ECLI:EU:C:2007:604 (*Palacios de la Villa*).

⁷⁰ EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2007, Rs. C-411/05, ECLI:EU:C:2007:604 (*Palacios de la Villa*), Rz. 77.

⁷¹ EuGH, Urteil vom 5. Juli 2012, Rs. C-141/11, ECLI:EU:C:2012:421 (*Hörnfeldt*).

⁷² EuGH, Urteil vom 5. Juli 2012, Rs. C-141/11, ECLI:EU:C:2012:421 (*Hörnfeldt*), Rz. 47. Siehe auch EuGH, Urteil vom 21. Juli 2011, verbundene Rs. C-159/10, ECLI:EU:C:2011:508 (*Fuchs*) und C-160/10, ECLI:EU:C:2010:261 (*Köhler*); Zwangsversetzung in den Ruhestand ab dem 65. Lebensjahr ist durch die legitimen Ziele der Beschäftigungspolitik und des Arbeitsmarktes gerechtfertigt.

ende bei Erreichen des Rentenalters das Interesse der Arbeitgeber für eine gewisse Flexibilität in der Personalplanung⁷³.

III. Die Rechtslage in der Schweiz⁷⁴

A. Verbot der Altersdiskriminierung in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen

1. Vorbemerkungen zu Altersgrenzen im Allgemeinen

Die schweizerische Rechtsordnung kennt zahlreiche Altersgrenzen, die zum Teil in einem Gesetz, zum Teil aber auch nur auf Verordnungsstufe geregelt sind⁷⁵. In BGE 124 I 297 erachtete das Bundesgericht (BGer) Altersgrenzen für Notarinnen und Notare als zulässig, da im Alter die körperlichen und geistigen Fähigkeiten abnehmen würden⁷⁶. In die gleiche Richtung zielt der Entscheid des Bundesgerichts vom 28. Mai 2003 über die Zulässigkeit der zweijährlichen vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchung für ältere Fahrzeuglenker/-innen⁷⁷. Nach den Bestimmungen des Strassenverkehrsgesetzes darf der Führerausweis entzogen werden, wenn die Fahrzeugführer/-innen wegen körperlichen oder geistigen Krankheiten oder Gebrechen daran gehindert

⁷³ EuGH, Urteil vom 12. Oktober 2010, Rs. C-45/09, ECLI:EU:C:2010:601 (Rosenblatt).

⁷⁴ Teile der folgenden Ausführungen basieren auf einem Rechtsgutachten, dass der Autor dieses Beitrages für die Organisation *Avenir50plus* verfasst hat, das Gutachten ist auf der Webseite der Organisation publiziert: https://avenir50plus.ch/avplus50/wp-content/uploads/2021/08/Gutachten_Altersdiskriminierung.pdf (zuletzt besucht am 11. Januar 2023).

⁷⁵ PÄRLI, *Altersgrenzen*, S. 118.

⁷⁶ BGE 124 I 297, E. 4 (Altersgrenze von 70 Jahren für freie Notare im Kanton Neuenburg), bestätigt in BGE 133 I 259, E. 4.2. In dieser Entscheidung ging es um die Zulässigkeit der Senkung der Altersgrenze für Notare von 80 auf neu 77 Jahre im Kanton Basel-Stadt.

⁷⁷ BGer 2A.234/2003 vom 28. Mai 2003.

sind, ein Fahrzeug sicher zu führen⁷⁸. Die Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr sah damals vor, dass sich Fahrzeuglenker/-innen ab dem 70. Altersjahr zweijährlich einer vertrauensärztlichen Überprüfung ihres Gesundheitszustandes zu unterziehen haben⁷⁹. Gemäss Bundesgericht ist dies keine unzulässige Diskriminierung betagter Personen. Die Massnahme diene sowohl dem Schutz der Allgemeinheit wie dem der betroffenen Personen selber⁸⁰. 2018 hat der Verordnungsgeber die Alterslimite auf 75 Jahre erhöht⁸¹.

Rechtliche Altersgrenzen beeinflussen auch die beruflichen Perspektiven. Einem 48-jährigen Wissenschaftler wurde vom Schweizerischen Nationalfonds u.a. mit dem Verweis auf sein fortgeschrittenes Alter beschieden, er komme für ein Stipendium für «angehende Forscher» nicht in Frage. Das einschlägige Reglement sieht zwar keine formelle Altersgrenze vor. Daraus darf aber gemäss dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) vom 7. Mai 2010 nicht auf ein absolutes Anknüpfungsverbot an das Kriterium Alter geschlossen werden. Eine Diskriminierung wegen des Alters liege nicht vor, wenn die Vorinstanz die Erfolgsaussichten eines 48-jährigen Wissenschaftlers auf eine akademische Karriere als gering erachtet und deshalb ein Forschungsstipendium ablehnt⁸². Etwas anders gelagert ist die Ausgangslage in einem Entscheid des Bundesgerichts vom 7. Juni 2004⁸³. Art. 19 der Verordnung über die Direktzahlungen in der Landwirtschaft bestimmt, dass Landwirte, die vor dem ersten Januar des Beitragsjahres das 65. Altersjahr erreicht haben, keine Direktzahlungen mehr erhalten⁸⁴. Das Bundesgericht hat die Recht-

⁷⁸ Art. 14 Abs. 2 lit. b Strassenverkehrsgesetz (SVG; SR 741.01) i.V.m. Art. 16 Abs. 1 SVG.

⁷⁹ Art. 27 Abs. 1 lit. b Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV; SR 741.51).

⁸⁰ BGer 2A.234/2003 vom 28. Mai 2003, E. 2.2.2. Siehe zur Thematik auch den parlamentarischen Vorstoss von Ständerat Reimann, Nr. 10.3448 «Diskriminierung der über 70-jährigen Autolenker?».

⁸¹ Art. 27 Abs. 1 lit. b in der Fassung gemäss Ziff. I der V vom 15. Juni 2018, in Kraft seit 1. Januar 2019 (AS 2018 2809).

⁸² BGer 8C_547/2013 vom 30. September 2013, BVGer B-4569/2009 vom 7. Mai 2010.

⁸³ BGer 2A.292/2004 vom 7. Juni 2004.

⁸⁴ Die Altersgrenze ist in Art. 19 der Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft vom 7. Dezember 1998 (Direktzahlungsverordnung, DZV; AS 1999 229)

mässigkeit dieser Altersgrenze bejaht. Die Direktzahlungen würden lediglich einen bestimmten Teil des Einkommens eines Landwirtschaftsbetriebes ausmachen, an dessen Stelle würden bei Erreichen des Pensionsalters die Leistungen der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) treten. Die Altersgrenze für Direktzahlungen sei deshalb sachlich begründet und stelle keine Diskriminierung aufgrund des Alters dar⁸⁵. In BGE 147 I 89 musste das Bundesgericht die Praxis der kantonalen und eidgenössischen Migrationsbehörden beurteilen, keine Aufenthaltsbewilligungen zu Studienzwecken an ausländische Personen über 30 Jahre zu erteilen. Die fragliche Praxis erfolgte im Sinne der Anwendung einer restriktiven Migrationspolitik, die sicherstelle, dass ausländische Studentinnen und Studenten die Schweiz nach Abschluss ihrer Ausbildung verlassen. Das Bundesgericht erachtet diese Regelung jedoch – anders als die Vorinstanz – als diskriminierend⁸⁶.

2. Altersdiskriminierung bei der Anstellung

Öffentlich-rechtliche Arbeitgeber sind unmittelbar an die Grundrechte und damit auch an das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters gebunden⁸⁷. Wie im privatrechtlichen Arbeitsrecht besteht auch im öffentlich-rechtlichen Dienstrecht kein Rechtsanspruch auf Anstellung⁸⁸. Es ist auch deshalb nicht erstaunlich, dass es kaum Gerichtsfälle betreffend altersbedingten diskriminierenden Nichtanstellungen gibt. Immerhin: das Bundesverwaltungsgericht verlangt für eine altersbedingte Zulassungsbeschränkung zu einem Ausbildungskurs für Leiter/-innen «Jugend + Musik» eine gesetzliche Grundlage. Entsprechend wurde die Beschwerde eines Antragsstellers im AHV-Alter gutgeheissen⁸⁹.

festgelegt und stützt sich auf Art. 70 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG; SR 910.1).

⁸⁵ BGer 2A.292/2004 vom 7. Juni 2004, E. 2.2.2. Siehe auch BVGer B-3069/2015 vom 27. März 2017, E. 5.2.1 ff.

⁸⁶ BGE 147 I 89, E. 2-9. Siehe zu diesem Urteil FREI, S. 64 ff.

⁸⁷ URSPRUNG/RIEDI, S. 308.

⁸⁸ BVGer A-8222/2008 vom 10. Juni 2009, E. 1.1.

⁸⁹ BVGer B-973/2017 vom 11. Juli 2017, E. 4.

3. Ungleichbehandlung während der Anstellung

In öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen wird regelmässig an das Lebensalter bzw. an die Erfahrung (Anzahl Dienstjahre bzw. Anzahl an Berufsjahren) für die Festsetzung des Lohnes, für Lohnerhöhungen, Beförderungen und anderen Arbeitsbedingungen angeknüpft. Auch der Anspruch ist vom Lebensalter abhängig. Die folgende Abbildung zeigt im Sinne eines Überblicks einige Regelungen im Bundespersonalgesetz (BPG), in denen das Alter direkt oder indirekt eine Rolle spielt.

Tabelle 1: Ungleichbehandlung im Bundespersonalrecht

Norm	Bemerkungen
BPG 4 Abs. 2 lit. g	Schutz der Persönlichkeit
BPG 4 Abs. 3 i.V.m. BPV 16	Alter = kein Beurteilungskriterium
BGP 8 Abs. 3 i.V.m. BPV 24	Alter als Anstellungskriterium
BPG 34 Abs. 3	Kein Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung bei Nichtanstellungen
BPG 10 Abs. 2 i.V.m. BPG 35	Entschädigung bei Kündigung, Berücksichtigung des Alters
BPG 10 Abs. 3 <i>e contrario</i>	Altersbedingte Entlassung = kein sachlicher Grund, siehe auch Art. 34b PBG
BPG 15 Abs. 1	Lohn = Funktion, Erfahrung, Leistung
BPG 19 Abs. 2	Alter = Kriterium für die Höhe der Entschädigung
BPV 52a	Tiefebewertung einer Funktion, Altersgrenze 55ig für Lohngarantie

Quelle: Eigene Darstellung.

Für das Bundesgericht stellt die Berücksichtigung von Berufserfahrung für die Festsetzung der Lohnhöhe keine Altersdiskriminierung dar, Berufserfahrung sei ein objektives Kriterium, das eine Lohndifferenz zulässig mache⁹⁰. Das Bundesgericht argumentiert dabei auch mit Tatsache, dass die Lohnsysteme in der öffentlichen Verwaltung weitgehend auf der Anerkennung von Erfahrungs- oder Dienstaltersstufen basieren. Bei älteren Bediensteten würden Erfahrungs- oder Dienstaltersanteil oft einen erheblichen Teil der Besoldung ausmachen. Diese führte zwangsläufig dazu, dass verschiedene Bedienstete allein aufgrund ihres Dienstalters sehr unterschiedliche Löhne erhalten, auch wenn sie genau die gleiche Arbeit verrichten. Das sei jedoch nicht verfassungswidrig⁹¹. In der Lehre wird jedoch kritisiert, dass in Art. 52a der Verordnung zum Bundespersonalgesetz (BPV) Arbeitnehmende ab dem 55. Altersjahr bei Umstrukturierungen Anspruch auf eine Lohngarantie haben. Eine solche schematische Bezugnahme auf eine bestimmte Altersgrenze sei unzulässig bzw. würde eine formell gesetzliche Grundlage erfordern⁹².

Das Zürcher Verwaltungsgericht musste die Zulässigkeit der in § 19 Abs. 2 der Personalverordnung der Zürcher Fachhochschule vorgesehenen Regelung beurteilen, wonach Dozierende ab vollendetem 58. Altersjahr keinen Anspruch mehr auf ein Forschungs- und Bildungssemester haben⁹³. Die Rekurskommission gab der Beschwerde eines von dieser Regelung betroffenen Mitarbeiters wegen Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV statt. Gegen diesen Entscheid rekurrierte die Hochschule an das kantonale Verwaltungsgericht. Dieses führt in seinem Urteil aus, nicht jede Anknüpfung an ein nach Art. 8 Abs. 2 BV verpöntes Merkmal sei absolut verboten; allfällig entstandene unzulässige Differenzierungen könnten durch eine qualifizierte Rechtfertigung aufgehoben werden. Bezüglich Alter führte das Verwaltungsgericht aus, es sei an die Rechtfertigung von Ungleichheiten, welche durch eine Anknüpfung an das Alter entstünden, nur ein leicht strikterer Massstab anzuwenden als auf den allgemeinen Gleichheitssatz⁹⁴. Das Verwaltungsgericht setzte sich dann

⁹⁰ BGer 1C_429/2008 vom 17. April 2009, E. 6.3.

⁹¹ BGE 129 I 161, E. 3.5; 130 III 145, E. 5.2; 124 II 409, E. 9c; 123 I 1, E. 6c.

⁹² GRÜTTER, S. 390 ff.

⁹³ ZH/Verwaltungsgericht, VB2020.00476 vom 20. Januar 2021. Zum Urteil siehe SEMI/STAUFFACHER, S. 819 ff.

⁹⁴ ZH/Verwaltungsgericht, VB2020.00476 vom 20. Januar 2021, E. 4.1.

mit dem Zweck dieser Bestimmung auseinander. Gemäss Hochschule soll verhindert werden, dass angesichts des nahenden Pensionsalters mit der Gewährung eines bezahlten Weiterbildungs- oder Forschungssemesters verbundener Nutzen für die Arbeitgeberin verloren gehen würde. Das Verwaltungsgericht anerkannte diesen Zweck als grundsätzlich legitim, kommt indes zum Schluss, die Regelung würde keinerlei Gewähr für die tatsächliche Erreichung des angestrebten Zwecks bieten. Auch jüngere Personen, welche in den Genuss eines Weiterbildungs- oder Forschungssemesters kämen, würden nicht daran gehindert, nach Bezug eines solchen Semesters das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Zudem seien im Rahmen desurlaubes auch Projekte denkbar, die über die Dauer des Weiterbildungs- oder Forschungssemesters hinaus von Nutzen für die Arbeitgeberin sein könnten⁹⁵. Das Verwaltungsgericht verneint auch die Erforderlichkeit der Altersgrenze von § 19 Abs. 2 der Personalverordnung. Das legitime Ziel der Sicherstellung der Investition durch die Arbeitgeberin könnte auch mit einem Rückforderungsvorbehalt für den Fall eines Stellenwechsels oder einer Frühpensionierung sichergestellt werden. Ebenfalls wäre eine höhere Altersschränke als die bestehende denkbar, was in höherem Alter für die verbleibenden Dienstjahre zu einer engeren Bindung der gesuchstellenden Person zur Arbeitgeberin führen könnte⁹⁶. Im Weiteren ist die starre Altersgrenze für das Verwaltungsgericht auch nicht verhältnismässig im engeren Sinne. Die Regelung stelle insgesamt eine erhebliche Schlechterstellung älterer Dozierenden der Hochschule dar und es sei ihr deshalb die Anwendung zu versagen⁹⁷.

4. Altersdiskriminierende Entlassungen

Eine Kündigung allein wegen des Alters ist nach Bundespersonalgesetz unzulässig, denn eine Kündigung bedarf im öffentlich-rechtlichen Personalrecht – anders bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen – eines sachlichen Grundes⁹⁸. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des gesetzlichen

⁹⁵ ZH/Verwaltungsgericht, VB2020.00476 vom 20. Januar 2021, E. 4.2.

⁹⁶ ZH/Verwaltungsgericht, VB2020.00476 vom 20. Januar 2021, E. 4.3.

⁹⁷ ZH/Verwaltungsgericht, VB2020.00476 vom 20. Januar 2021, E. 4.4. und 4.5.

⁹⁸ Art. 10 Abs. 3 BPG.

Pensionsalters ist aber grundsätzlich zulässig und auch nicht missbräuchlich⁹⁹. Erfolgreich war jedoch eine Beschwerde gegen eine kantonale Regelung, wonach bei vorzeitiger Versetzung in den Ruhestand keine Abfindung, sondern bloss eine Übergangsrente geschuldet ist. Diese Regelung sei dann altersdiskriminierend, wenn die Höhe der Übergangsrente tiefer sei als die Abfindung¹⁰⁰.

Es finden sich keine Gerichtsentscheide, in denen eine Kündigung wegen Altersdiskriminierung erfolgreich angefochten werden konnte. Das Bundesverwaltungsgericht erachtete jedoch die Kündigung einer 56-jährigen Arbeitnehmerin als missbräuchlich. Grund dafür war auch, dass die hoch spezialisierte Arbeitnehmerin aufgrund ihres vorgerückten Alters es auf dem Arbeitsmarkt schwer haben dürfe, eine neue Stelle zu erhalten. Die Art und Weise der Kündigung erwies sich als schwerer Verstoss gegen die Fürsorgepflicht¹⁰¹. Anders entschied das gleiche Gericht im Fall einer 52-jährigen Angestellten, die 17 Jahre bei der SBB beschäftigt gewesen war. Weder altersmässig noch von der Anstellungsdauer sei hier eine kritische Schwelle überschritten; die Kündigung war nicht missbräuchlich¹⁰². Nicht gehört wurde auch eine Beschwerdeführerin vor Bundesgericht, der rechtswidrig relativ kurz vor der Pensionierung gekündigt wurde und als Entschädigung die Weiterausrichtung der Differenz des neuen Lohnes zum bisherigen bis zum Pensionsalter verlangt hatte¹⁰³. Die Beschwerdeführerin begründete ihre Forderung damit, dass die Begrenzung des Schadenersatzes führe zu Diskriminierung älterer Arbeitnehmender. Diese seien auf dem Arbeitsmarkt ohnehin schon benachteiligt¹⁰⁴. Das Bundesgericht folgte dieser Argumentation nicht. Die Vorinstanz habe richtig festgestellt, dass auch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Zukunft nicht auszuschliessen gewesen wäre; es bestehe damit kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung und entsprechende Entlöhnung bis zur Pensionierung¹⁰⁵. Nicht unzulässig ist für das Bundesgericht auch, dass

⁹⁹ BGer 4A_399/2013 vom 17. Februar 2014.

¹⁰⁰ BGer 8C_1074/2009 vom 2. Dezember 2010.

¹⁰¹ BVGer A-556/2014 vom 29. September 2015.

¹⁰² BGer A 5255/2018 vom 9. Juli 2019. Siehe zu diesem Urteil DAPHINOFF/HELLER, Rz. 27.

¹⁰³ BGer 8C_533/2021 vom 11. August 2022.

¹⁰⁴ BGer 8C_533/2021 vom 11. August 2022, E. 3.2.

¹⁰⁵ BGer 8C_533/2021 vom 11. August 2022, E. 4.1.

bei der von der Vorinstanz zugesprochenen Entschädigung der Anknüpfungspunkt des Alters der Beschwerdeführerin als eines von vielen möglichen Beurteilungskriterien ausser Acht blieb¹⁰⁶.

In BGE 147 I 1 musste das Bundesgericht die Praxis des Zürcher Kantonsrats beurteilen, Richter/-innen der obersten kantonalen Gerichte nicht mehr zur Wiederwahl vorzuschlagen, wenn sie zu Beginn der neuen Amtsperiode das 65. Altersjahr bereits vollendet haben. Ein Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich war gestützt auf diese Praxis im Jahr 2019, als er 67 Jahre alt war, nicht wiedergewählt worden. Vor Bundesgericht rügte er eine Diskriminierung aufgrund des Alters. Das Bundesgericht erwog, es sei allgemein bekannt, dass mit zunehmendem Alter die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit des Menschen abnehme, die Konzentrationsfähigkeit sich vermindere und die Erholungszeit nach Beanspruchungen länger werde. Zunehmende Erfahrung vermöchten diese Einbussen nur zum Teil zu kompensieren. Die streitige Regelung im Kanton Zürich basiere somit auf sachlichen Gründen. Daran ändere auch nichts, dass die Entwicklung von Person zu Person unterschiedlich verlaufe. Es würde zu weit führen, eine auf den individuellen Alterungsprozess zugeschnittene Regelung zu verlangen, ein gewisser Schematismus sei vielmehr unvermeidlich und sachlich begründet. Die Wahlpraxis sei weiter auch verhältnismässig. Es bestünden keine praktikabler milderen Alternativen zur Anknüpfung an das Alter. Im Ergebnis liegt für das Bundesgericht kein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 2 BV vor¹⁰⁷.

5. Fazit

Die summarische Analyse der Rechtslage hinsichtlich Altersdiskriminierung in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen zeigt, dass die geltenden Personalerlasse kein ausdrückliches Verbot der Altersdiskriminierung bei der

¹⁰⁶ BGE 8C_533/2021 vom 11. August 2022, E. 4.2.

¹⁰⁷ BGE 147 I 1, E. 5.3. Das Bundesgericht erachtet die Regelung jedoch als mit Blick auf die Rechtsgleichheit problematisch. Sie führen zu einer verstossenden Ungleichbehandlung von Amtsinhaberinnen und -inhabern, die kurz vor bzw. kurz nach Beginn der neuen Amtsperiode das 65. Altersjahr vollendet haben. Letztere können ihr Amt bis zu fast sechs Jahren länger ausüben. Im vorliegenden Fall führt die Wahlpraxis allerdings nicht zu einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung des Beschwerdeführers (E. 6.3).

Anstellung kennen, Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters während der Beschäftigung vorsehen und, dass Kündigungen wegen Erreichen des Pensionsalters grundsätzlich zulässig sind. Im Unterschied zum privaten Arbeitsrecht bedarf es bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen für eine Kündigung einen sachlichen Grund. Das Alter an sich allein ist mit Ausnahme bei Pensionierungen nie ein sachlicher Grund. Auffallend ist, dass das in Art. 8 Abs. 2 BV verankerte Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters in personalrechtlichen Entscheiden erst in wenigen Fällen eine relevante Rolle spielte.

B. (Kein) Verbot der Altersdiskriminierung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen

1. Vorbemerkungen zur Vertragsfreiheit und ihren Schranken

Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote werden in der juristischen Lehre regelmässig als Gegenpole bezeichnet¹⁰⁸. Diskriminierungsverbote stellen bei diesem Verständnis Beschränkungen der Vertragsfreiheit dar¹⁰⁹. Ein solches Verständnis greift allerdings zu kurz, denn Diskriminierungsverbote sind ein Instrument zur *Verwirklichung der Vertragsfreiheit* für alle, statt nur für diejenigen mit entsprechender wirtschaftlicher Macht¹¹⁰.

Die Vertragsfreiheit ist Bestandteil der Privatautonomie und durch Art. 27 BV als Teilaspekt der Wirtschaftsfreiheit geschützt¹¹¹. Ebenso geschützt ist sie als Bedingung für die Wahrnehmung anderer Grundrechte, wie z.B. der Eigentumsgarantie¹¹². Der Schutzbereich der arbeitsvertraglichen Vertragsfreiheit gewährt Arbeitgebern Schutz vor staatlichen Diskriminierungsverboten und Gleichstellungsaufgaben. Einschränkungen müssen den Voraussetzungen von Art. 36 BV genügen und bedürfen folglich einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses oder überwiegenden Interesses anderer Privater, die

¹⁰⁸ Statt vieler: REPGEN, S. 11 ff.

¹⁰⁹ Statt vieler: HONSELL, S. 14.

¹¹⁰ PÄRLI, *Altersdiskriminierung*, S. 5.

¹¹¹ BSK BV-UHLMANN, N 10 zu Art. 27 BV.

¹¹² BSK BV-UHLMANN, N 14 zu Art. 27 BV.

Einschränkung muss verhältnismässig sein und darf schliesslich den Kerngehalt der Vertragsfreiheit nicht verletzen¹¹³.

Die Bedeutung der arbeitsvertraglichen Vertragsfreiheit wird *beschränkt und relativiert* durch die gesetzlichen Persönlichkeitsschutzbestimmungen (insb. Art. 2 und 28 ZGB¹¹⁴), den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 328 OR, Art. 6 ArG¹¹⁵) sowie zahlreiche gesetzliche Regelungen¹¹⁶. Neben den Bestimmungen im Arbeitsvertragsrecht sowie dem öffentlichen Arbeitsrecht sind dies u.a. das Gleichstellungsgesetz, das Datenschutzgesetz (inkl. Art. 328b OR), das Berufsbildungsgesetz, das Entsendegesetz mit den flankierenden Massnahmen sowie das gesamte für die Schweiz massgebende Arbeitsvölkerrecht. Gesamthaft betrachtet *relativiert* sich so das Bild einer schrankenlosen Vertragsfreiheit. Überdies gilt anzumerken, dass weder Vertragsfreiheit noch Diskriminierungsschutz «naturgegeben» sind, sondern beide erst durch den Gesetzgeber geschaffen werden. Es wurde bereits erwähnt: Diskriminierungsschutz bildet einen *Bestandteil der Vertragsfreiheit*, indem Diskriminierungsschutz bislang in der Lebensrealität vom Genuss der Vertragsfreiheit ausgeschlossenen Gruppen und Personen einen faktischen Zugang zur Vertragsfreiheit ermöglicht. Diskriminierungsschutz und Vertragsfreiheit sind so verstanden Partner und keine Gegenspieler.

2. (Kein) Schutz bei der Bewerbung/Anstellung

Das schweizerische Arbeitsrecht kennt kein Recht auf Anstellung¹¹⁷. Als Teilgehalt der Vertragsfreiheit gibt die arbeitsvertragliche Partnerwahlfreiheit den Arbeitgebenden die Freiheit, Kriterien und Wertungen für den Anstellungsentscheid selber festzulegen¹¹⁸. Eine Rechtspflicht für die Arbeitgeberin, den besten Kandidaten oder die beste Kandidatin auszuwählen, besteht nicht. Aus-

¹¹³ Siehe zu den Schranken des Arbeitnehmerschutzes im Lichte der Wirtschaftsfreiheit im Allgemeinen PORTMANN/DOBREVA, S. 722 ff.

¹¹⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

¹¹⁵ Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

¹¹⁶ Vgl. zum Ganzen GEISER, *Gleichbehandlungsgebot*, S. 37 ff.; VISCHER/MÜLLER, S. 16 f.

¹¹⁷ VISCHER/MÜLLER, S. 86, Rz. 26.

¹¹⁸ PÄRLI/STUDER, Rz. 338.

fluss der Privatautonomie ist, auch willkürliche Entscheide fällen zu dürfen¹¹⁹. Der Gesetzgeber hat aber der «Willkürfreiheit» bei der Anstellung in verschiedener Hinsicht Grenzen gesetzt. Für die Phase der Stellenbewerbung und des Vertragsabschlusses setzen Art. 2 ZGB (Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben) und Art. 27/28 ZGB (Persönlichkeitsschutz als Schranke privatrechtlicher Willkür) sowie die bereits vorvertraglich anwendbare arbeitsrechtliche Datenschutznorm in Art. 328b OR gewisse Schranken¹²⁰. Eine Rolle kann das Diskriminierungsverbot nach dem Gleichstellungsgesetz (GlG¹²¹) spielen, soweit die Benachteiligung aufgrund des Alters eine geschlechtsspezifische Dimension beinhaltet. Nicht anwendbar sind jedoch im Bewerbungsverfahren die Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz in Art. 328 OR und Art. 6 ArG¹²².

Art. 3 Abs. 1 GlG verbietet jede direkte oder indirekte Benachteiligung aufgrund des Geschlechts. Das GlG schützt nicht ausdrücklich vor Diskriminierung aufgrund des Alters¹²³. Ein Verstoss gegen das GlG könnte aber vorliegen, wenn bspw. die Bewerbung einer älteren zu Gunsten einer jüngeren Frau abgelehnt wird und die Entscheidung bei der Wahl zwischen einem älteren und jüngeren Mann anders ausgefallen wäre. In der bisherigen Praxis zum GlG finden sich nur ganz wenige Hinweise in Schlichtungsverfahren zum Potential des GlG für die Erfassung der mit dem Geschlecht zusammenhängenden Altersdiskriminierung¹²⁴. Angesprochen ist hier auch die Problematik der Mehrfachdiskriminierung. Das Alter kann eine geschlechtsspezifische Diskri-

¹¹⁹ PÄRLI/STUDER, Rz. 338.

¹²⁰ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 52.

¹²¹ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG; SR 151.1).

¹²² Siehe aber BGer 2C_103/2008 vom 30. Juni 2008, E. 6.2; hier hat das Bundesgericht eine Vorwirkung von Art. 328 OR angenommen, kritisch dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 zu Art. 320 OR.

¹²³ ZH/Obergericht, LA150046 vom 23. November 2015 (ZH/Arbeitsgericht vom 9. Oktober 2015).

¹²⁴ Siehe: <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1116.html> (Diskriminierung einer Lehrerin mit Teilpensum, zuletzt besucht am 10. Januar 2023) sowie <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1208.html> (Diskriminierende Pensionierung einer Spitalangestellten, zuletzt besucht am 10. Januar 2023). In beiden Fällen fand allerdings keine bewusste Auseinandersetzung mit einer allfällig vom GlG erfassten Altersdiskriminierung statt.

minierung verstärken. Die dogmatische Bearbeitung der Thematik ist indes in der Schweiz noch nicht sehr weit fortgeschritten¹²⁵. Auf gesetzgeberischer Ebene finden sich zumindest im Arbeitsrecht noch keine spezifischen Bestimmungen¹²⁶.

Gemäss dem bislang soweit erkennbar einzigen privatrechtlichen Verfahren um eine Altersdiskriminierung bei der Anstellung sahen das Arbeitsgericht Zürich und das Obergericht des Kantons Zürich in der Verweigerung einer Anstellung wegen des Alters keinen objektiven Angriff auf die Persönlichkeit¹²⁷. Dieser Rechtsauffassung ist nicht zu folgen. Der Zivilrichter hat die privatrechtliche Generalklausel zum Persönlichkeitsschutz verfassungs- und völkerrechtskonform auszulegen. Völker- und Verfassungsrecht verbieten die Diskriminierung u.a. aus Gründen des Alters. Die staatlichen Behörden sind je in ihrem Kompetenzbereich verpflichtet, den verfassungs- und völkerrechtlichen Diskriminierungsverboten Nachahmung zu verschaffen. Art. 28 ZGB ist deshalb völker- und verfassungskonform auszulegen. Das Diskriminierungsmerkmal «Alter» bildet Teil der in Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeit¹²⁸. Die diskriminierende Verweigerung der Anstellung allein wegen des Alters kann je nach den konkreten Umständen nach der hier vertretenen Meinung eine nach Art. 28 ZGB darstellen.

3. Während des Arbeitsverhältnisses

Das schweizerische Arbeitsrecht sieht in verschiedenen Bereichen *gesetzliche vorgesehene Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters* vor. So hängt bspw. die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Art. 324a Abs. 2 OR von der Anzahl der Dienstjahre des Arbeitnehmers ab¹²⁹. Vergleichbar ist auch die

¹²⁵ NAGUIB, S. 233 ff.

¹²⁶ Im Behindertengleichstellungsrecht dagegen hat der Gesetzgeber die Problematik der Mehrfachdiskriminierung erkannt, vgl. Art. 5 Abs. 1 Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG; SR 151.3): «Bund und Kantone ergreifen Massnahmen, um Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen; sie tragen dabei den besonderen Bedürfnissen behinderter Frauen Rechnung».

¹²⁷ ZH/Obergericht, LA150046 vom 23. November 2015, E. 2a.

¹²⁸ PÄRLI, *Vertragsfreiheit*, Rz. 1366 ff.

¹²⁹ Alter und Anzahl Dienstjahre haben einen Zusammenhang, i.d.R. haben vor allem ältere Arbeitnehmende eine grössere Anzahl an Dienstjahren vorzuweisen.

Regelung in Art. 336c OR hinsichtlich der Sperrfristen. Die Dauer des Schutzes vor Kündigung zur Unzeit steigt mit der Anzahl der Dienstjahre. Art. 329a OR differenziert zudem hinsichtlich des Ferienanspruchs nach Alter. Anspruch auf fünf Wochen Ferien haben Arbeitnehmende bis zum 20. Altersjahr, danach besteht nur noch ein Anspruch auf vier Wochen Ferien.

Für solche im Gesetz vorgesehenen Ungleichbehandlungen finden sich mehr oder weniger sachliche Begründungen. So kann ein längerer Ferienanspruch für Jüngere mit «Jugendschutz» begründet werden. Die Verbesserung der Lohnfortzahlungspflicht und die längere Sperrfrist wird mit der durch die längere Diensttreue anwachsenden Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin begründet. Es ist indes auch möglich, dass solche Schutzbestimmungen auch negative Auswirkungen haben können. Zu denken ist an Entlassungen mit dem Ziel, zu vermeiden, dass eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer in den Genuss eines erweiterten Schutzes kommt¹³⁰.

Die nachfolgende Tabelle zeigt (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) die im schweizerischen Arbeitsrecht vorgesehenen gesetzlichen Ungleichbehandlungen. Verwiesen wird auch auf die Rechtfertigungsmotive.

Tabelle 2: Altersungleichbehandlung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

Norm	Form der Ungleichbehandlung	Rechtfertigung/Bemerkungen
OR 324a	Lohnfortzahlung nach Dauer des Arbeitsverhältnisses	Fürsorgepflicht ArG / Nachteil für ältere AN ? (Entlassungskandidat/-innen ?)
OR 329a	5 Wochen Ferien für AN bis 20 Jahre, 4 Wochen für den Rest	Schutz Jugendlicher / Fehlender Schutz für AN 50 plus (aber GAV-L)
OR 329e	Urlaub für Jugendarbeit für AN bis 30	Förderung der Jugendarbeit
OR 331e	Altersgrenzen für Vorbezug PK	PK-System, Schutz der Altersleistungen der AN

¹³⁰ Eine solche Kündigung wäre zwar vermutlich missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR, was aber an der Gültigkeit der Kündigung nichts ändern würde.

OR 335c	Kündigungsfristen sind abhängig von der Anzahl Dienstjahre	Sicherheit für AN und ArG soll mit längerer Dienstdauer zunehmen
OR 336c Abs. 1 lit. b	Zeitlicher Kündigungsschutz korreliert mit Dienstjahren	Diensttreue soll mit längerem Schutz belohnt werden
OR 339b	Abgangsentschädigung für AN ab 50 Jahre (bei 20 Dienstjahren)	Fürsorgepflicht / Diensttreue soll sich lohnen
ArG 29/VO 5	Sonderschutz für jugendliche AN	BV 11 (besonderer Schutz für Kinder und Jugendliche)

Quelle: Eigene Darstellung.

Ausgeprägte altersbedingter Ungleichbehandlungen betreffen die mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden Regelungen über die Altersgutschriften in der beruflichen Vorsorge¹³¹. Sowohl in Gesamtarbeitsverträgen (GAV) als auch in Einzelarbeitsverträgen (EAV) und in Personalreglementen finden sich regelmässig Bestimmungen mit Differenzierungen aufgrund des Alters. So sehen verschiedene GAV's einen längeren Ferienanspruch für Arbeitnehmende ab dem 50. und/oder 60. Altersjahr vor¹³². Auch ist in GAV und EAV ein Lohnanstieg in Abhängigkeit von Dienstjahren vorgesehen.

Eine direkte oder indirekte (Dienstalter) Anknüpfung für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters ist in vertragsrechtlicher Hinsicht zulässig, soweit der Vertragsinhalt nicht gegen das Recht der Persönlichkeit, die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstösst¹³³. Gerichtsentscheide, in denen altersbedingte Ungleichbehandlungen (z.B. beim Lohn oder bei sonstigen Arbeitsbedingungen) als (teil)nichtig qualifiziert wurden, gibt es soweit ersichtlich keine. Das ist angesichts der grossen Bedeutung (auch) der arbeitsvertraglichen Vertragsfreiheit nicht erstaunlich. Anders verhält es sich wieder-

¹³¹ Siehe zur Kontroverse über mögliche negative Auswirkungen den Literaturhinweis in Fn. 8.

¹³² So z.B. der Landesmantelvertrag im Bauhauptgewerbe (6 Wochen Ferien bis 20 und ab 50 Altersjahren, zwischen 20 und 50 Altersjahren 5 Wochen Ferien; Art. 34 AVE LMV 2019-2022) und der GAV der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie (MEM) (25 Arbeitstage Ferien ab 20 Altersjahren, 27 Arbeitstage ab 40 Altersjahren und 30 Arbeitstage ab 50 Altersjahren; Art. 13.1 GAV MEM 2018-2023).

¹³³ Art. 19/20 i.V.m. Art. 328 OR, zum Ganzen siehe ausführlich PÄRLI, *Vertragsfreiheit*, Rz. 1395-1397.

rum im Anwendungsbereich des GlG. Eine auf Geschlechtsdiskriminierung zurückzuführende vertragliche Ungleichbehandlung beim Lohn oder bei den übrigen Arbeitsbedingungen ist nach GlG verboten. Die betroffenen Arbeitnehmer/-innen haben einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Lohnnachzahlung und Beseitigung der Ungleichbehandlung¹³⁴. Im Gegensatz zur Anstellungsdiskriminierung genügt bei Vertragsinhaltsdiskriminierungen die blossе Glaubhaftmachung einer Diskriminierung. Es obliegt danach der Arbeitgeberin zu beweisen, dass keine Diskriminierung vorliegt¹³⁵.

Art. 328 OR (Persönlichkeitsschutz) sowie die korrespondierende öffentlich-rechtliche Schutznorm in Art. 6 ArG und der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verbieten altersbedingte Benachteiligungen im laufenden Arbeitsverhältnis. Nach Art. 328 Abs. 1 OR muss die Arbeitgeberin die Persönlichkeit des Arbeitnehmers «achten und schützen» und Art. 328 Abs. 2 OR verpflichtet die Arbeitgeberin darüber hinaus zum Schutz der Gesundheit und der persönlichen Integrität. Das bedeutet konkret, dass die Arbeitgeberin bspw. gegen «Altersmobbing»¹³⁶ und andere Formen der Belästigung gegenüber älteren Arbeitnehmenden vorgehen muss¹³⁷. Auch muss bei der Gestaltung der Arbeit und bei der Anordnung von Überstunden (Art. 321c OR) auf die Persönlichkeit des Arbeitnehmers und damit auch auf allfällige altersbedingte Besonderheiten im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten Rücksicht genommen werden¹³⁸. Zum Anspruch auf *Schutz der Persönlichkeit* gehört auch, dass ein Arbeitnehmer bzw. eine Arbeitnehmerin *nicht aufgrund stereotyper Vorstellungen und Vorurteile* behandelt werden darf. Im Zusammenhang mit dem Merkmal «Alter» bedeutet dies, dass die Arbeitgeberin im Rahmen des ihr Zumutbaren auch dafür sorgen muss, dass Vorurteile gegen-

¹³⁴ Art. 5 Abs. 1 GlG.

¹³⁵ Art. 6 GlG.

¹³⁶ Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, S. 182 f. Siehe auch: <https://www.derwesten.de/wirtschaft/mehr-beschwerden-ueber-mobbing-gegen-aeltere-am-arbeitsplatz-id6448568.html> (zuletzt besucht am 10. Januar 2023).

¹³⁷ «Mobbing» stellt eine Persönlichkeitsverletzung dar. Mobbing liegt vor bei systematischen, feindseligen Handlungen gegenüber einer Arbeitnehmerin oder einem Arbeitnehmer (durch Arbeitskollegen und/oder Vorgesetzte) über einen längeren Zeitraum, siehe u.a. BGer 8C_902/2012 vom 18. September 2013, E. 4.2.

¹³⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 321c OR.

über älteren Arbeitnehmenden abgebaut werden¹³⁹. Ein gesetzliches Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters könnte dazu einen wichtigen Beitrag leisten¹⁴⁰. Das zeigen die Erfahrungen der Diskriminierungsverbote aufgrund des Geschlechts und wegen einer Behinderung; diese tragen zu einem Abbau geschlechtsspezifischer Stereotypen und Vorurteilen gegenüber Menschen mit Behinderung bei¹⁴¹. Gemäss dem aus Art. 328 OR abgeleiteten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist die Arbeitgeberin verpflichtet, bei der Ausübung des Weisungsrechts (Art. 321d OR) und bei freiwilligen (also nicht vertraglich vereinbarten) Leistungen, die Arbeitnehmenden gleich zu behandeln, sofern die Ungleichbehandlung nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden kann¹⁴². Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes allerdings nur dann vor, wenn einzelne Arbeitnehmende im Verhältnis zur Gesamtheit der Arbeitnehmenden willkürlich schlechter behandelt werden¹⁴³.

4. Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Im schweizerischen Arbeitsrecht erfordert eine Kündigung für deren Gültigkeit keinen sachlichen Grund¹⁴⁴. Das bedeutet, dass eine Kündigung durch die Arbeitgeberin allein aufgrund des Lebensalters der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führt. Bei einer Kündigung im Zusammenhang mit dem Alter kann es sich allerdings um eine missbräuchliche Kündigung handeln. Liegt eine missbräuchliche Kündigung

¹³⁹ Hier eröffnet sich ein komplexes Spannungsfeld. Die Forderung nach einer erhöhten Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gegenüber älteren Arbeitnehmenden kann dazu führen, dass Vorurteile, etwa über abnehmende Leistung oder fehlende Bereitschaft zur Weiterbildung, verstärkt werden. Erforderlich ist deshalb eine differenzierte Betrachtung und Berücksichtigung der Individualität.

¹⁴⁰ PÄRLI, *Altersdiskriminierung*, S. 12.

¹⁴¹ PÄRLI, *Rechtswissenschaftliche Diskriminierungsforschung*, S. 112.

¹⁴² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 zu Art. 328 OR.

¹⁴³ BGE 129 III 282.

¹⁴⁴ Vgl. PÄRLI, *Mythos*, S. 718.

vor, so schuldet die Arbeitgeberin eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen¹⁴⁵.

Eine Kündigung unter Berufung auf das Alter kann eine missbräuchliche Kündigung aufgrund einer persönlichen Eigenschaft im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR darstellen. Das Alter ist gemäss Lehre und Rechtsprechung eine «persönliche Eigenschaft» und fällt somit in den Schutzbereich dieser Bestimmung¹⁴⁶. Allerdings sieht Art. 336 Abs. 1 lit. a OR auch vor, dass eine Kündigung nicht missbräuchlich ist, wenn die «persönliche Eigenschaft», also vorliegend das Alter, in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb beeinträchtigt. Eine altersbedingte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit stellt einen solchen Rechtfertigungsgrund dar¹⁴⁷. Die Arbeitgeberin muss im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht (die sich auf Art. 328 OR stützt) im Rahmen des betrieblich Zumutbaren versuchen, die betreffende Arbeitnehmerin oder den betreffenden Arbeitnehmer zu unterstützen, damit dieser seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung erbringen kann¹⁴⁸.

Nach jüngerer Praxis des Bundesgerichts hat die Arbeitgeberin gegenüber älteren Arbeitnehmenden, die zugleich längere Zeit im Betrieb gearbeitet haben, eine erhöhte Fürsorgepflicht. Wegweisend entschied das Bundesgericht in BGE 132 III 115, E. 5.3: «Hinzu kommt, dass gegenüber einem Arbeitnehmer, der sein gesamtes Arbeitsleben (vorliegend 44 Jahre) im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war, eine erhöhte Fürsorgepflicht gilt.

¹⁴⁵ Art. 336a/b OR. Die Gerichte sind allerdings sehr zurückhaltend hinsichtlich der Zusprechung von Entschädigungen, siehe dazu MÜLLER, S. 287.

¹⁴⁶ DAPHINOFF/HELLER, Rz. 21 ff.; HUMBERT/LERCH, Rz. 11.87; Chambre d'appel des prud'hommes du canton de Genève, Urteil vom 10. November 2005 (Aufhebung des Urteils des Tribunal des prud'hommes vom 22. März 2005); BVGer A-5255/2018 vom 9. Juli 2019, E. 5.3.

¹⁴⁷ In BGE 123 III 246, E. 5 (mit Hinweisen) hat das Bundesgericht festgehalten, der sachliche Kündigungsschutz nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR entfalle, wenn eine Krankheit (= persönliche Eigenschaft) die Arbeitsfähigkeit beeinträchtige.

¹⁴⁸ In BGE 4A_102/2008 vom 27. Mai 2008 hat das Bundesgericht entschieden, eine gesundheitlich bedingte Kündigung sei missbräuchlich, wenn die Arbeitgeberin gestützt auf ihre Fürsorgepflicht nicht versuche, vor einer Kündigung eine dem Gesundheitszustand angepasste Tätigkeit im Betrieb zu suchen, siehe dazu ABEGG/STEBLER, S. 1177 ff. Diese Rechtsprechung lässt sich auch auf eine Kündigung wegen des Alters übertragen.

Dazu gehört die Sorge dafür, einem wenige Monate vor der ordentlichen Pensionierung stehenden Arbeitnehmer zu ermöglichen, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbussen zu beenden, sofern nicht gewichtige Gründe nach einer anderen Beendigung des Arbeitsverhältnisses rufen». Als verletzt erachtete das Bundesgericht in diesem Fall auch das Gebot schonender Rechtsausübung¹⁴⁹. Weiter lag die Rechtsmissbräuchlichkeit der Kündigung auch aufgrund des offenkundigen, krassen Missverhältnisses der auf dem Spiel stehenden Interessen vor. Dem Kläger dürfte es angesichts seines Alters kaum gelingen, eine andere Anstellung zu finden und er müsse mit Einbussen bei den Einkommensersatzleistungen rechnen. Dieses Interesse würde die Interessen der Arbeitgeberin bei Weitem übersteigen¹⁵⁰.

Die in Art. 336 OR aufgeführte Liste der Missbrauchsgründe ist nicht abschliessend¹⁵¹. Das Bundesgericht hat in schöpferischer Rechtsprechung weitere Gründe als missbräuchliche Kündigungsgründe qualifiziert¹⁵². Einer dieser Gründe besteht in der Verletzung der Fürsorgepflicht¹⁵³. Bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in fortgeschrittenem Alter und langer Dienstzeit gilt eine erhöhte arbeitgeberische Fürsorgepflicht. Dazu gehört auch, insbesondere bei älteren Arbeitnehmenden, rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung zu informieren und diese anzuhören¹⁵⁴. Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, die eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen¹⁵⁵. Dieser besondere Schutz bedeutet jedoch

¹⁴⁹ BGE 132 III 115, E. 5.4.

¹⁵⁰ BGE 132 III 115, E. 5.5.

¹⁵¹ BGer 4A_28/2009 vom 26. März 2009, E. 3.2.

¹⁵² BGer 4A_385/2007 vom 28. November 2007; BGE 125 III 70, E. 2; 123 III 246, E. 3b; 121 III 60, E. 3b.

¹⁵³ BGer 8C_87/2017 vom 28. April 2017, E. 6.2 und 8C_895/2015 vom 8. März 2016, E. 3.2; BVGE 2015/48, E. 5.5 ff.; BVGer A-1246/2018 vom 29. Oktober 2018, E. 6.1 und A-4716/2017 vom 8. August 2018, E. 7.2. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 132 III 115, E. 2.1; 131 III 535, E. 4.2).

¹⁵⁴ Fraglich ist allerdings, ob diese Ansprüche nicht gestützt auf das Menschenrecht auf «anständige» Arbeitsbedingungen ohnehin für alle Arbeitnehmende gelten, siehe dazu PARLI, *Menschenrecht*, S. 1542 f.

¹⁵⁵ BGer 4A_384/2014 vom 12. Dezember 2014, E. 4.2 und 5.2; Missbräuchliche Entlassung eines älteren Arbeitnehmers, Art. 336 OR; erweiterte Fürsorgepflicht, Art. 328 OR; Günstigkeitsprinzip, Art. 357 Abs. 2 OR.

nicht, dass ein absoluter Kündigungsschutz für Arbeitnehmer/-in im fortgeschrittenen Alter besteht¹⁵⁶.

Das Bundesgericht hat in den letzten Jahren mehrere Entscheide zur Bedeutung der erhöhten Fürsorgepflicht gegenüber älteren Arbeitnehmenden gefällt, wobei zum Teil die Missbräuchlichkeit bejaht bzw. verneint wurde.

Tabelle 3: Ausgewählte Urteile des Bundesgerichts zur Alterskündigung

Urteil	Sachverhalt	Missbräuchlichkeit bejaht/verneint
BGer 4A_72/2008 vom 2. April 2008	Entlassung eines 57-Jährigen nach 33 Dienstjahren aus wirtschaftlichen Gründen	Nicht missbräuchlich
BGer 4A_419/2008 vom 29. Januar 2008	Entlassung eines 56-Jährigen nach 27 Dienstjahren	Nicht missbräuchlich
BGer 4A_399/2013 vom 17. Februar 2014	Entlassung eines 70-Jährigen im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang	Nicht missbräuchlich (auch wegen Pensionsalter)
BGer 4A_390/2021 vom 1. Februar 2022	Entlassung zehn Monate vor der Pensionierung nach sechsmonatiger krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit	Nicht missbräuchlich, keine Verpflichtung der Arbeitgeberin zur Weiterbeschäftigung um negative Folgen für die berufliche Vorsorge zu ersparen
BGer 4A_44/2021 vom 2. Juni 2021	Entlassung nach 37 Dienstjahren, zuletzt als Kadermitglied	Nicht missbräuchlich (anders entscheid die Vorinstanz)
BGer 4A_60/2009 vom 3. April 2009	Entlassung eines 61-Jährigen mit 27 Dienstjahren mit Alkoholproblemen	Nicht missbräuchlich
BGer 4A_558/2012 vom 18. Februar 2013	Entlassung eines 64-Jährigen mit 12 Dienstjahren	Missbräuchlich trotz abnehmender Arbeitsmotivation)

¹⁵⁶ BGE 132 III 115, E. 5.4; BGer 4A_384/2014 vom 12. November 2014, E. 4.2.2; BVGer A-5665/2014 vom 29. September 2015, E. 5.2.

BGer 4A_384/2014 vom 12. November 2014	Entlassung wegen ungenügender Leistungen eines 59-Jährigen nach 35 Dienstjahren	Missbräuchlich (Abmahnung blieb aus)
BGer 4A_558/2012 vom 18. Februar 2013	Entlassung eines 64-Jährigen mit 12 Dienstjahren	Missbräuchlich
BGer 4A_31/2017 vom 17. Januar 2018	Entlassung eines 60-jährigen Arbeitnehmers einer Bank mit 25 Dienstjahren	Missbräuchlich
BGE 132 III 115	Entlassung nach 35 Dienstjahren ohne Vorgespräch	Missbräuchlich (Sechs Monatslöhne Entschädigung)

Quelle: Eigene Darstellung.

Illustrativ für die Rechtsprechungslinie des Bundesgerichts in Sachen «erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber älteren Mitarbeitenden» ist Erwägung 4.3.2 der Entscheidung 4A_44/2021 vom 2. Juni 2021¹⁵⁷: «Es ist somit zu prüfen, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, wenn sie vorliegend aus der Art und Weise der Ausübung des Kündigungsrechts, wie es die Vorinstanz festgestellt hat, eine missbräuchliche Kündigung ableitet. Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei prüft (vgl. zit. Urteil 4A_126/2020, E. 3). Die Beschwerdeführerin macht zu Recht geltend, das Obligationenrecht kenne keine Pflicht, die Gegenpartei vor Aussprechen einer Kündigung anzuhören oder sie zunächst zu verwarnen [...]. Ebenso wenig besteht im Privatrecht eine generelle Pflicht, eine erwogene Kündigung zunächst einer Verhältnismässigkeitsprüfung in dem Sinne zu unterziehen, dass vor einer Kündigung immer zuerst mildere Massnahmen zu ergreifen wären. [...]. Der Arbeitgeber hat zwar bei älteren Arbeitnehmern der Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken, [...] bestimmt sich der Umfang der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht vorgängig zu einer Kündigung jedenfalls auch hinsichtlich dieser Arbeitnehmerkategorie einzelfallbezogen aufgrund einer Gesamtwürdigung der jeweiligen Umstände».

¹⁵⁷ Siehe zu diesem Urteil FACINCANI/BRUNNER, S. 1419 ff.

In jüngerer Zeit wird vermehrt die Frage aufgeworfen, ob die weitem verbreitete Praxis, dass Arbeitsverträge mit dem Erreichen des AHV-Alters enden oder aber die Arbeitsverhältnisse auf diesen Zeitpunkt hin gekündigt werden, allenfalls altersdiskriminierend sind und somit eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 OR vorliegen würde¹⁵⁸. Hinzuweisen ist hier auf ein älteres Urteil aus Basel. Im fraglichen Fall endete das Arbeitsverhältnis bei Mitarbeiterinnen mit dem 60. Altersjahr. Männer durften jedoch wählen, ob sie mit 63 oder erst mit 65 Jahren in Rente gehen wollten. Die Arbeitgeberin lehnte eine Weiterbeschäftigung einer Frau mit dem Hinweis auf das Personalreglement ab. Das Appellationsgericht Basel-Stadt entschied, die unterschiedliche Rentenalterregelung verstosse gegen den Gleichstellungsgrundsatz in Art. 8 Abs. 3 BV. Die Arbeitgeberin musste der Klägerin eine Entschädigung ausrichten. Zwar würde die vorzeitige Pensionierung auch Vorteile bringen, diese würden jedoch den finanziellen Verlust (geringere Rentenhöhe) nicht aufwiegen. Im Gegensatz zu einem Mann mit gleichvielen Dienstjahren habe sie nicht die Wahl, ob sie noch länger arbeiten wolle¹⁵⁹.

Das Bundesgericht musste sich mit der Beschwerde eines 70-jährigen Arbeitnehmers auseinandersetzen, der als Fachlehrer arbeitete und dem nach einem Betriebsübergang gekündigt wurde¹⁶⁰. Der Kläger machte geltend, die Kündigung sei wegen seines Alters erfolgt und sei deshalb gemäss Art. 336 lit. a OR missbräuchlich. Das Bundesgericht verneinte dies u.a. mit der dem EU-Recht «entliehenen» Begründung¹⁶¹, wonach die Regelungen zur Pensionierung keine Diskriminierung darstellen, weil sie einem legitimen sozialpolitischen Ziel entsprechen (Schaffung einer ausgewogenen Altersstruktur im Interesse einer Verteilung der Beschäftigung zwischen den Generationen, Förderung der beruflichen Eingliederung jüngerer Arbeitnehmer/-innen)¹⁶². Über das Pensionsalter hinaus zu arbeiten ist selbstverständlich zulässig, bedingt aber

¹⁵⁸ PÉTREMAND, Rz. 954; PÄRLI, *Altersdiskriminierung*, S. 83; PORTMANN/STREULI-NIKOLIĆ, S. 159 ff.

¹⁵⁹ BS/Appellationsgericht, Verfahren Nr. 952/2002 vom 19. November 2002 (Quelle: <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1208.html#no4>, zuletzt besucht am 10. Januar 2023).

¹⁶⁰ BGer 4A_399/2013 vom 17. Februar 2014.

¹⁶¹ BGer 4A_399/2013 vom 17. Februar 2014, E. 3.4; GEISER, *AJP* 2/2015, S. 383.

¹⁶² BGer 4A_399/2013 vom 17. Februar 2014, E. 3.4, siehe zur EU-Rechtslage hinten, Rz. II.B ff.

eine vertragliche Einigung zwischen Arbeitnehmer/-in und Arbeitgeberin. Eine andere Regelung gilt für die Arbeitstätigkeit im Rahmen des Strafvollzuges. Ein Antrag eines Gefängnisinsassen auf Befreiung von der Arbeitspflicht mit Hinweis auf Erreichung des 65. Altersjahres wurde von der Gefängnisleitung abgelehnt. Die Gerichte einschliesslich des Bundesgerichts stützten diesen Entscheid mit der Begründung, dass das Rechtsinstitut der Altersrente nicht in das Vollzugssystem übertragbar sei, da die Arbeit im Vollzug nicht dazu diene, den Lebensunterhalt zu bestreiten¹⁶³. Vielmehr diene die Arbeit im Strafvollzug der Resozialisierung sowie der Vermeidung von Haftschäden; diese Arbeitspflicht sei deshalb altersunabhängig. Strafgefangene haben also nicht nur das Recht, sondern auch eine Pflicht, über das ordentliche Pensionsalter hinaus zu arbeiten.

IV. Zusammenfassendes Fazit

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass gegen Diskriminierung älterer Arbeitnehmenden in der Schweiz kaum wirksame Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen. Der vertiefte Blick auf die Rechtslage in der EU zeigt indes, dass der EuGH die in der Richtlinie 2000/78/EG vorgesehenen zulässigen Gründe für die Ungleichbehandlung wegen des Alters sehr grosszügig zulässt. Insbesondere geht auch der EuGH von stereotypen Annahmen über mit zunehmendem Alter abnehmender Leistungsfähigkeit aus. Der EuGH ist auch nicht bereit, dieses Generalisierungsunrecht durch die Pflicht zur Einzelfallprüfung (treffen die generalisierenden Annahmen über abnehmende Leistungsfähigkeit tatsächlich im konkreten Fall zu) zu korrigieren.

Auf rechtspolitischer Ebene wurden in den letzten Jahren zahlreiche Vorstösse für die Schaffung gesetzlicher Grundlagen zur Bekämpfung der Altersdiskriminierung eingereicht, die allesamt abgelehnt wurden¹⁶⁴. Zuletzt wurde im Ständerat eine Motion eingereicht, die verlangte, gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BV sei eine gesetzliche Grundlage zum Schutz gegen Altersdiskriminierung

¹⁶³ BGE 139 I 180.

¹⁶⁴ Eine Suche auf der Webseite des Parlaments mit dem Stichwort «Altersdiskriminierung» führt zu zahlreichen Ergebnissen. Sämtliche Vorstösse wurden indes vom Bundesrat und ggf. vom Parlament abgelehnt.

zu schaffen. Sowohl der Bundesrat als auch der Ständerat lehnen die Motion jedoch ab¹⁶⁵. Einzige konkrete gesetzliche Massnahme zur Verbesserung der Situation älterer Arbeitslosen bildet die Schaffung Bundesgesetzes über die Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose (ÜLG¹⁶⁶). Diese Vorlage nimmt mindestens teilweise Anliegen auf, die in den Postulaten «Nationale Strategie zur Verbesserung der Beschäftigungschancen und der Reintegration erwerblosere älterer Menschen in den Arbeitsmarkt»¹⁶⁷ und «Arbeitslosenfürsorge. Handlungsmöglichkeiten des Bundes»¹⁶⁸ thematisiert wurden.

In der juristischen Lehre wird eine Verbesserung des Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmende vorgeschlagen. So erachtet es Denis Humbert als sachgerecht, im OR den Kündigungsschutz für Arbeitnehmende ab 55 Jahren zu verstärken¹⁶⁹. Auch ex-Nationalrat Corrado Pardini forderte eine neue Regelung zur Verbesserung des Kündigungsschutzes¹⁷⁰. Anders als Humbert sieht Pardini die Lösung nicht in einer Erweiterung der Bestimmungen zum sachlichen Kündigungsschutz (missbräuchliche Kündigung), sondern er will den zeitlichen Kündigungsschutz in Art. 336c OR (Kündigung zur Unzeit, Sperrfristen) dahingehend erweitern, dass ein Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis nicht künden könne, wenn der Arbeitnehmer das 55. Altersjahr erreicht habe, mindestens zehn Dienstjahre aufweise und bei der Kündigung nicht glaubwürdig begründet werden könnte, dass die Kündigung nicht zur Substitution des betroffenen Arbeitnehmers durch eine kostengünstigere Arbeitskraft führe. Die parlamentarische Initiative hatte keine Chance. In der Rechtskommission des Nationalrates kritisierte die Kommissionsmehrheit, die vorgeschlagene Ergänzung von Art. 336c OR sei systemfremd, die Alterskündigung könne nicht mit den anderen Sperrfristgründen wie Krankheit gleich-

¹⁶⁵ Motion Ständerat Germann, Geschäfts-Nr. 223894.

¹⁶⁶ Bundesgesetz über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose vom 19. Juni 2020 (ÜLG; SR 837.2).

¹⁶⁷ Postulat Heim, Nationale Strategie zur Verbesserung der Beschäftigungschancen und der Reintegration erwerbsloser älterer Menschen in den Arbeitsmarkt, Geschäfts-Nr. 15.3193.

¹⁶⁸ Postulat Schenker, Arbeitslosenfürsorge. Handlungsmöglichkeiten des Bundes, Geschäfts-Nr. 15.3748.

¹⁶⁹ HUMBERT, S. 883.

¹⁷⁰ Parlamentarische Initiative Pardini, Sichere Arbeit für ältere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Geschäfts-Nr. 16.489.

gesetzt werden. Die Kommissionsminderheit erachtete die Lösung als moderat, zumal ähnliche Klauseln in GAV's verankert wären und sich bewährt hätten¹⁷¹.

Die Bewertung der beiden Vorschläge zur Verbesserung des Kündigungsschutzes für Arbeitnehmende ab dem 55. Altersjahr fällt differenziert aus. Beide Vorschläge nehmen Elemente aus der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf und wollen diese gesetzlich verankern. Dies würde zweifellos die Rechtssicherheit erhöhen. Die Arbeitgeberpflichten gegenüber älteren Arbeitnehmenden mit langer Diensttreue müssten im Gesetz konkret benannt werden (Vorschlag Humbert). Gemäss dem Vorschlag Pardini müssten die Arbeitgeber eine Kündigung älterer Arbeitnehmenden begründen können, der Grund «Günstigere Alternative» würde zur Nichtigkeit der Kündigung führen. Die Arbeitgeber würden so gezwungen, vor einer Kündigung die Handlungsalternativen mit den Konsequenzen der – allenfalls unzulässigen – Kündigung abzuwägen (Entschädigung wegen Missbräuchlichkeit bzw. Nichtigkeit der Kündigung).

Trotz positiven Aspekten in beiden Vorschlägen überzeugt ein gesetzlich verstärkter Kündigungsschutz für Arbeitnehmende ab einem bestimmten Alter (vorgeschlagen ist das 55. Altersjahr) für sich alleine nicht. Vorab wollen beide Verstösse den Schutz nur den Arbeitnehmenden gewähren, die eine längere Dienstzeit beim gleichen Arbeitgeber vorweisen können. Dies ist zwar nachvollziehbar, weil die Entlassung älterer Arbeitnehmenden mit langer Diensttreue aus sozialen und ethischen Gründen besonders verwerflich erscheint. Gleichzeitig führt eine solche Privilegierung dieser Personengruppe zu Nachteilen für andere Arbeitnehmende. Nicht in den Schutz des verbesserten Kündigungsschutzes kämen so ältere Arbeitnehmende, die in fortgeschrittenem Alter noch die Stelle (freiwillig oder unfreiwillig) gewechselt haben. Das Wissen um den nach dem 55. Altersjahr zunehmenden Kündigungsschutz könnte sich zudem auch so auswirken, dass Arbeitnehmende ab einem bestimmten Alter die Stelle nicht mehr freiwillig wechseln. Weiter könnte sich der altersabhängig verbesserte Kündigungsschutz nachteilig auf die Bewerbungschancen von Arbeitnehmenden auswirken. Diese Nachteile eines verbesserten Kündigungsschutzes liessen sich vermeiden, wenn ein umfassender

¹⁷¹ https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2016/Kommissionsbericht_RK-N_16.489_2018-01-26.pdf (zuletzt besucht am 11. Januar 2023).

Anspruch auf Nichtdiskriminierung aufgrund des Alters im Arbeitsleben bestehen würde. Besonders wichtig wäre ein Verbot der altersbedingten Anstellungsdiskriminierung¹⁷². Die Schweiz ist eines der wenigen europäischen Länder ohne arbeitsrechtliches Diskriminierungsschutzgesetz.

Für die Schaffung eines umfassenden gesetzlichen Diskriminierungsverbotes aufgrund des Alters bietet sich eine Orientierung am GlG an. Dabei ist eine Grundentscheidung zu fällen: Soll das Gesetz «nur» die Diskriminierung älterer Arbeitnehmenden verbieten oder generell jede unsachliche Anknüpfung an das Lebensalter für benachteiligende Unterscheidungen untersagen? Für ein Diskriminierungsverbot aufgrund des Lebensalters spricht u.a., dass nicht eine bestimmte Altersgrenze festgelegt werden muss. Auch kann so ein «Generationenkonflikt» vermieden werden, der durch die Privilegierung der einen Altersgruppe entstehen könnte. Ziel eines Gesetzes zum Verbot der Altersdiskriminierung im Erwerbsleben muss sein, jede unsachliche Ungleichbehandlung aufgrund des Alters zu verbieten. Auch soll ein entsprechendes Gesetz in den Grundzügen festhalten, welche Gründe eine Ungleichbehandlung zulassen. Weiter ist zu überlegen, ob nicht «nur» die Altersdiskriminierung, sondern auch die Diskriminierung im Erwerbsleben aufgrund einer Behinderung und einer chronischen Krankheit sowie aufgrund ethnischer und rassistischer Diskriminierung in einem Gesetz zu verbieten wäre. Statt vieler Einzelgesetze könnte nach dem Vorbild des deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auch ein Einheitsgesetz geschaffen werden¹⁷³.

Literaturverzeichnis

ABEGG ANDREAS/STEBLER SIMONE, Bundesgericht, 2. Zivilabteilung, Urteil vom 27. Mai 2008 4A_102/2008 i.S. X. AG c. Z., in: AJP 9/2008, S. 1177 ff.

BAUMANN ISABEL, Barrieren für die Arbeitsmarktpartizipation älterer Arbeitnehmender, in: Angewandte GERONTOLOGIE Appliquée, 2018, vol. 3, n° 4, S. 20–22.

¹⁷² PÄRLI, *Altersdiskriminierung*, S. 11.

¹⁷³ PÄRLI, *Gleichbehandlungsgesetz*, S. 133 ff.

DAPHINOFF MICHAEL/HELLER JAN, Problemzone «Alterskündigung», in: Jusletter 27. Juni 2022.

FACINCANI NICOLAS/BRUNNER JACQUELINE, Alterskündigung – differenzierte Betrachtung des Einzelfalls notwendig, in: AJP 11/2021, S. 1419 ff.

FREDMAN SANDRA, The Age of Equality, in: Fredman/Spencer (Hrsg.), Age as an Equality Issue, Oregon 2003, S. 21–69.

GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2014, in: AJP 2/2015, S. 381 ff. (zit.: AJP 2/2015).

GEISER THOMAS, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes – Festschrift für Manfred Rehbinder, Bern 2002, S. 37 ff. (zit.: *Gleichbehandlungsgebot*).

FREI NULA, 1. Teil/1^{re} Partie: Rechtsentwicklung in der Europäischen Union und die Schweiz-Le développement du droit européen et la Suisse/Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrecht in Europa und in der Schweiz: Rechtsentwicklungen und ausgewählte Entscheide, in: Epiney/Zlätescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2020/2021, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 64 ff.

GRISEL ETIENNE, Egalité, Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Bern 2000.

GRÜTTER THOMAS F., Gutachten vom 27.12.2006, Ergänzung 31.03.2007, in: VPB 4/2008 vom 3. Dezember 2008, S. 390 ff.

GROSS DANIELA, Die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung auf der Grundlage der Richtlinie 2000/78/EG, Baden-Baden 2010.

HANGARTNER YVO, Diskriminierung – ein neuer verfassungsrechtlicher Begriff, in: ZSR 122 (2003) I, S. 97 ff.

HEVENSTONE DEBRA/NEUENSCHWANDER PETER, BVG: Altersunabhängige Beitragssätze gegen Altersdiskriminierung ?, in: CHSS 1/2020, S. 64 ff.

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017.

HUMBERT DENIS G., Die Alterskündigung, in: AJP 6/2015, S. 868 ff.

HUMBERT DENIS G./LERCH ANDRÉ, Kündigungsschutz, in: Portmann/Von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018.

JARASS HANS D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 4. Aufl., München 2021 (zit.: *Kommentar zur GRC*, Art. und Rz.).

LESTER GILIAN, Age Discrimination and Labor Law in the United States, in: Numhauser-Henning/Römmar (Hrsg.), Age Discrimination and Labor Law – Comparative and Conceptional Perspectives in the EU and beyond, Kluwer Law International, 2015, S. 397–417.

MARTENET VINCENT, Géométrie de l'égalité, Zürich/Basel/Genf 2003.

MÜLLER ROLAND, Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung, in: Müller/Pärli/Wildhaber (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht – Festschrift zum 65. Geburtstag von Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, S. 275 ff.

NAGUIB TAREK, Mehrfachdiskriminierung: Analysekategorie im Diskriminierungsschutzrecht, in: SJZ 10/2010, S. 233 ff.

PÄRLI KURT, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Arbeitsrecht, in: ARV 2007, S. 133 ff. (zit.: *Gleichbehandlungsgesetz*).

PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009 (zit.: *Vertragsfreiheit*).

PÄRLI KURT, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, in: AJP 6/2010, S. 715 ff. (zit.: *Mythos*).

PÄRLI KURT, Altersgrenzen als Diskriminierungsproblem: Die Zulässigkeit von Altersgrenzen im Lichte von völker-, verfassungs- und europarechtlicher Diskriminierungsverbote, in: Lorandi (Hrsg.), Innovatives Recht: Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, S. 107 ff. (zit.: *Altersgrenzen*).

PÄRLI KURT, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Naguib/Pärli/Copur/Studer (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014, S. 37 ff. (zit.: *Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen*).

PÄRLI KURT/STUDER MELANIE, Rechtslage nach Themen: Arbeit und Existenzsicherung, in: Naguib/Pärli/Copur/Studer (Hrsg.), Diskriminierungsrecht,

Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014, S. 121 ff.

PÄRLI KURT, Rechtswissenschaftliche Diskriminierungsforschung, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, Berlin 2017, S. 101 ff. (zit.: *Rechtswissenschaftliche Diskriminierungsforschung*).

PÄRLI KURT, Altersdiskriminierung – von der Anstellung bis zur Kündigung, in: ARV 2018, S. 1 ff. (zit.: *Altersdiskriminierung*).

PÄRLI KURT, Kündigungsschutz – ein Menschenrecht ? Erkenntnisse aus dem Arbeitsvölkerrecht und dem EU-Arbeitsrecht, in: AJP 12/2018, S. 1533 ff. (zit.: *Menschenrecht*).

PETRÉMAND SYLVIE, La fixation de l'âge de la retraite en droit international, européen et suisse de la sécurité sociale, Zürich 2013.

PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013.

PORTMANN WOLFGANG/DOBREVA VANIA, Aspekte des Arbeitgeberschutzes im Licht der Privatautonomie, in: Emmenegger/Hrubesch-Millauer/Krauskopf/Wolf (Hrsg.), Brücken bauen – Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, S. 722 ff.

PORTMANN WOLFGANG/STREULI-NIKOLIĆ IVANA, Schutz vor Altersdiskriminierung im Arbeitsleben – Ausgewählte Aspekte der Rechtslage in der Schweiz, in: Wachter (Hrsg.), Jahrbuch Altersdiskriminierung 2012, Wien/Graz 2012, S. 159 ff.

PULVER BERNHARD, L'interdiction de la discrimination, Etude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Basel/Neuenburg 2003, S. 318.

REPGEN TILMAN, Antidiskriminierung; die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2010, S. 11 ff.

SCHMAHL STEFANIE, Gleichheitsgarantien, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, Enzyklopädie Europarecht, Band II, Zürich/St. Gallen, 2. Aufl. 2021, § 20 (zit.: *Gleichheitsgarantien*).

SCHMAHL STEFANIE, Recherche und Auswertung der Rechtsprechung des EuGH und des EGMR hinsichtlich der Rechte von älteren Menschen und bezüglich der Altersdiskriminierung bei höherem oder hohem Lebensalter Desktop-Studie fertiggestellt am 10. November 2021 im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Berlin 2022 (zit.: *Rechtsprechung*).

SEMI MELDA/STAUFFACHER VIVIANE, Verwaltungsgericht Zürich, 4. Kammer, Urteil VB2020.00470 vom 20. Januar 2021, A gegen B, Altersdiskriminierung, Normenkontrolle., in: AJP 6/2021, S. 819 ff.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N ... zu Art. ... OR).

UEBE WESSELINA, Regelungskonzept des Europäischen Arbeitsrechts, in: Pärli et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich 2016, S. 175 ff.

UHLMANN FELIX, in: WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: BSK BV-UHLMANN, N ... zu Art. ... BV).

URSPRUNG RUDOLF/RIEDI HUNOLD DOROTHEA, Schwerpunkte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum öffentlichen Personalrecht, in: ZBl 114 (2013), S. 295 ff.

VISCHER FRANK/MÜLLER ROLAND M., Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014.

WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003 (zit.: *Gleichheitssatz*).

WALDMANN BERNHARD, Teil 3: Demokratische Gesetzgebung im Gleichheitsdilemma – Die Bedeutung der Rechtsgleichheit für die Rechtsetzung in den Kantonen, in: Ziegler (Hrsg.), Ungleichheit(en) und Demokratie, Zürich/Basel/Genf 2016 (= SDF 12), S. 201 ff. (zit.: *Gleichheitsdilemma*).

WIRZ ANGELA/BAUER THOMAS/PORTENIER ALICIA, Volkswirtschaftsdirektion Zürich, 50plus Chancen und Risiken auf dem Zürcher Arbeitsmarkt, Zürich 2016.

Verzeichnis der Tabellen

Tabelle 1: Ungleichbehandlung im Bundespersonalrecht	93
Tabelle 2: Altersungleichbehandlung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	102
Tabelle 3: Ausgewählte Urteile des Bundesgerichts zur Alterskündigung	108

Assistance au quotidien pour les seniors

Conditions de travail des aides à domicile

*Karine Lempen**

Table des matières

I.	Introduction	122
A.	Décor et action	122
B.	Personnages principaux	124
1.	Seniors et aides à domicile	124
2.	Agences et organisations	125
C.	Structure du récit au regard de la Convention OIT n° 189	126
II.	Engagement par le ménage d'une aide à domicile	127
A.	Ménage employeur	127
1.	Exercice des droits civils	127
2.	Recours à une agence de placement	127
3.	Devoir d'annonce, lutte contre le travail au noir	128
B.	Rémunération	129
1.	Salaires minimaux	129
a.	Champ d'application	129
b.	Salaire en espèce	130
c.	Détermination du taux d'activité, contrôle des salaires minimaux	131
d.	Salaire en nature	132
2.	Rémunération du temps de disponibilité	133
a.	Temps de travail ou temps de repos ?	133
b.	Taux de rémunération	134
C.	Protection de la personnalité et de la santé, temps de travail	134
1.	Sécurité et santé au travail	134

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève. L'auteure remercie Helia Farman, assistante-doctorante au Département de droit civil, d'avoir facilité l'élaboration du texte par ses recherches, ainsi que Marie Major, responsable du secteur juridique du Tribunal des prud'hommes, d'avoir enrichi l'article par ses réflexions.

2. Limitation de la durée de travail, documentation des heures	136
a. Convention OIT n° 189	136
b. Modèle de contrat-type pour la prise en charge 24 heures sur 24	137
c. Contrat-type genevois	138
d. Inapplicabilité de la loi sur le travail	139
3. Protection spéciale en cas de communauté domestique	140
a. Vie privée et familiale	140
b. Nourriture suffisante, logement convenable	141
III. Location par le ménage des services d'aide à domicile	142
A. Généralités	142
B. Distinction: contrat de mandat avec une organisation d'aide à domicile	144
C. Conditions de travail des aides à domicile dont les services sont loués	145
1. Aperçu des normes et des types de contrôles	145
2. Application de la loi sur le travail	147
a. ATF 148 II 203	147
b. Plateformes numériques	147
IV. Conclusion	149
Bibliographie	151

I. Introduction

A. Décor et action

Si on comparait notre passage sur terre à une pièce de théâtre, on pourrait dire que la tombée finale du rideau est souvent précédée de trois actes successifs, prenant place dans un lieu différent : domicile ordinaire, appartement protégé, établissement médico-social (EMS)¹. Il va de soi que les scénarios possibles

¹ Ces deux dernières structures peuvent collaborer et se trouver à proximité l'une de l'autre. Pour plus d'explications sur les appartements protégés, voir BOHNET/WOJCIK dans cet ouvrage.

sont multiples et que l'aventure peut s'achever au domicile usuel de la personne âgée, sans changement de décor.

Les scènes qui vont suivre se situent uniquement dans ce cadre domestique ordinaire. Seule une partie des actions qui s'y déroulent seront sous les projecteurs, à savoir l'*aide quotidienne à domicile*, par opposition aux soins de base² pouvant être financés par l'assurance obligatoire des soins³ lorsqu'ils sont prodigués sur prescription médicale par le personnel infirmier ou d'autres personnes habilitées⁴. La distinction n'est pas toujours aisée. Selon le Tribunal fédéral, le fait par exemple d'aider une personne dépendante à s'alimenter (couper les aliments, les porter à sa bouche) constitue un soin de base⁵, alors que la préparation et le service des repas relève de l'aide à domicile⁶.

L'expression « aide à domicile » est utilisée dans ce texte pour désigner des prestations ménagères et d'assistance dans un ménage privé comme « l'accompagnement quotidien, les promenades, passer l'aspirateur et faire la poussière, faire les lits, faire la lessive et le repassage, éliminer les déchets, l'accompagnement pour faire des achats, aller chez le médecin, le coiffeur, des amis et des voisins, préparer des repas, aider à s'occuper des animaux, soigner des plantes d'appartement et faire du jardinage, faire des courses, aller chercher des médicaments prescrits par le médecin »⁷, à savoir des tâches qui requièrent des compétences – souvent non reconnues⁸ – en matière de gestion

² Tels que définis à l'art. 7 al. 2 let. c de l'ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS ; RS 832.112.31).

³ Voir l'art. 25a de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10). Au sujet du financement, voir DUPONT/MELI dans cet ouvrage.

⁴ Voir art. 7 al. 1 OPAS et art. 49 de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal ; RS 832.102), pour le personnel infirmier.

⁵ Mentionné à l'art. 7 al. 2 let. c OPAS.

⁶ ATF 136 V 172, c. 5.3.3. Voir aussi PERRENOUD, pp. 426 s.

⁷ SECO, *Aide-mémoire*, note 1 ; CONSEIL FÉDÉRAL, p. 10. Au sujet de la façon dont ces activités se situent dans la Classification internationale type des professions (CITP), voir OIT, *Garantir un travail décent*, N 562.

⁸ Le SECO (*Aide-mémoire*, p. 1) qualifie ces tâches de « services simples dont l'exécution ne nécessite, aux yeux des ménages privés, pas de connaissances spécialisées particulières ».

du ménage, d'accompagnement et d'aide au « développement des capacités personnelles et aux relations sociales »⁹ notamment.

B. Personnages principaux

1. Seniors et aides à domicile

Après avoir planté le décor (ménage privé) et donné un aperçu du nœud dramatique (assistance au quotidien), il sied de présenter les principaux protagonistes, à savoir la personne âgée bénéficiaire de l'aide (parfois représentée par ses proches) et celle qui la dispense.

L'aide à domicile peut habiter ou non chez la personne dont elle s'occupe. Le modèle d'accompagnement avec hébergement de la personne accompagnante (*live-in*), selon des horaires convenus¹⁰, ne doit pas être confondu avec le modèle de la prise en charge 24 heures sur 24, le travail devant alors être réparti entre plusieurs personnes¹¹. Dans les faits, en Suisse, il est fréquent que l'aide à domicile soit une migrante « pendulaire »¹² qui vit chez une personne âgée dépendante, dont elle censée satisfaire les besoins 24 heures sur 24¹³.

L'aide à domicile peut être engagée par le ménage privé bénéficiaire¹⁴ ou être l'employée d'une agence de location de services ou d'une organisation d'aide et de soins à domicile.

⁹ ATF 136 V 172, c. 5.3.

¹⁰ A titre d'illustration : TF 4C.61/2006 du 24 mai 2006 (employée de maison appelée à faire de la cuisine pour un couple de seniors, logement à proximité immédiate de leur domicile, horaires clairement définis).

¹¹ Voir Ip 22.4135 Germann « Ne démantelons pas le modèle d'accompagnement avec hébergement de la personne accompagnante à domicile ». Voir aussi CONSEIL FÉDÉRAL, p. 23.

¹² Dont le séjour en Suisse est entrecoupé de retours dans le pays d'origine.

¹³ SCHILLIGER/SCHWITER/STEINER, p. 3 ; CONSEIL FÉDÉRAL, p. 6 ; MEDICI, pp. 70-72.

¹⁴ Environ la moitié des migrantes pendulaires *live-in* sont engagées directement par les ménages. Voir la réponse du Conseil fédéral à l'Ip 22.3486 Imboden « Location de services. Pour que le travail dans les ménages privés relève de la loi sur le travail ».

2. Agences et organisations

L'intrigue se corse avec l'entrée sur scène d'un troisième type de personnage, à savoir l'agence de placement ou de location de services, ou encore l'organisation d'aide et de soins à domicile.

Les organisations d'aide et de soins à domicile emploient différents groupes professionnels¹⁵ afin d'offrir des prestations variées incluant les soins, un service de garde-malade, des travaux ménagers, ainsi que des services de repas et de transports¹⁶. Une personne âgée peut ainsi recourir à une telle organisation à la fois pour des soins (susceptibles d'être pris en charge par l'assurance obligatoire) et pour une assistance pratique dans la gestion du ménage. Elle peut aussi engager sa propre aide-ménagère et ne recourir à l'organisation que pour les prestations de soins (p. ex. administration des médicaments ou aide pour prendre la douche)¹⁷.

Il peut s'agir d'organisations d'utilité publique¹⁸, de droit privé ou public, ou d'entités privées à but lucratif¹⁹. De plus en plus nombreuses sur le marché suisse²⁰, ces dernières offrent souvent des prestations qui vont au-delà de celles

¹⁵ Voir par exemple la liste des métiers figurant sur le site de l'Institution genevoise de maintien à domicile (IMAD) : <https://www.imad-ge.ch/emploi/metiers-exerces/> (consulté le 17 janvier 2023).

¹⁶ Voir le commentaire du SECO relatif à l'art. 17 OLT 2, 2006, p. 217-1 ; HENSCH, pp. 11 s. (précisant que $\frac{3}{4}$ de leur clientèle est âgée de plus de 65 ans) ; PÄRLI, *Private Haushalte*, N 8 s.

¹⁷ Voir l'art. 7 al. 2 OPAS ainsi que *supra* I.A.

¹⁸ L'association faitière « Aide et soins à domicile Suisse » réunit des entités à but non lucratif. Voir <https://www.aide-soins-domicile.ch/> (consulté le 17 janvier 2023). Parmi ses membres figurent notamment l'IMAD à Genève et l'Association vaudoise d'aide et de soins à domicile (AVASAD), qui regroupe sept associations régionales auxquelles sont rattachés 49 Centres médicaux-sociaux (CMS). Voir <https://www.cms-vaud.ch/organisation-du-dispositif/> (consulté le 17 janvier 2023).

¹⁹ HENSCH, p. 12. Voir la statistique de l'aide et des soins à domicile (SPITEX) de l'Office fédéral de la statistique (OFS) : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/sante/enquetes/spitex.html> (consulté le 17 janvier 2023). 41 % de la clientèle des services d'aide et de soins à domicile est âgée de plus de 80 ans.

²⁰ OFS, pp. 1 s. ; WAGNER, pp. 768 s.

proposées par les organisations d'utilité publique, notamment la prise en charge 24 heures sur 24²¹.

C. Structure du récit au regard de la Convention OIT n° 189

L'exposé qui suit se subdivise en deux parties. La première s'intéresse au cas où une personne âgée (ou son entourage) conclut un contrat de travail avec une aide à domicile, directement ou par l'intermédiaire d'une agence de placement (II). La seconde traite des situations où une personne âgée conclut un contrat avec une entreprise de location de services ou une organisation d'aide et de soins à domicile (III). L'accent est mis sur les règles définissant les conditions de travail des aides à domicile et les obstacles auxquels se heurte parfois leur mise en œuvre.

Tous les cas de figure envisagés entrent dans le champ d'application de la Convention OIT n° 189 concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques (C189), ratifiée par la Suisse²². Son article premier explique que l'expression « travail domestique » désigne le travail effectué « *au sein de ou pour* un ou plusieurs ménages ». Ainsi, le ménage bénéficiaire n'a pas nécessairement la qualité d'employeur. Au sens de la Convention, l'employeuse peut aussi être une entité tierce, notamment une agence, mettant son personnel domestique à disposition des ménages, par exemple via une plateforme numérique²³.

²¹ HENSCH, p. 11. Par exemple, la société Perspecta Spitex, dont il est question dans l'ATF 148 II 203 (cf. *infra* III.C.2), offre des interventions «*rund um die Uhr*» et des veilles de nuit : <https://perspecta.ch/individuelle-beduerfnisse> (consulté le 17 janvier 2023). En 2021, une étude recense en Suisse plus de 60 agences spécialisées dans ce type d'offres. Voir SCHILLIGER/SCHWITER/STEINER, p. 7.

²² Convention du 16 juin 2011, entrée en vigueur pour la Suisse le 12 novembre 2015 (RS 0.822.728.9). Voir aussi la Recommandation afférente n° 201 (R201), FF 2013 p. 6261.

²³ Voir l'art. 15 C189 et OIT, *Garantir un travail décent*, N 557, 573, 579. Au sujet des plateformes, cf. *infra* III.C.2.b.

II. Engagement par le ménage d'une aide à domicile

A. Ménage employeur

1. Exercice des droits civils

Examinons le cas où une personne âgée conclut un contrat de travail (art. 319 CO²⁴) avec une aide à domicile (logée ou non au sein du ménage). La validité d'un tel contrat présuppose que les parties aient l'exercice des droits civils (art. 12 CC²⁵). En particulier, la personne âgée ne doit pas être privée de sa capacité de discernement (art. 16 CC) du fait, par exemple, d'une démence avancée²⁶. En pareille hypothèse, le contrat peut être conclu avec un ou une proche, par exemple le fils de la personne atteinte de démence²⁷, qui se chargera d'instruire (art. 321d CO) l'aide à domicile et de veiller à la protection de sa personnalité (art. 328 et 328a CO)²⁸.

2. Recours à une agence de placement

Lorsque l'aide à domicile a été recrutée grâce à un service de placement public ou privé²⁹ se limitant à jouer un rôle d'intermédiaire, la situation est la même : le contrat de travail est conclu avec la personne âgée (ou sa famille), qui a la qualité d'employeuse. En revanche, lorsque l'agence fournit d'autres services (p. ex. planification du travail ou tenue des comptes), en sus de son activité de placement, c'est elle qui doit être considérée comme l'employeuse formelle de

²⁴ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations, CO ; RS 220).

²⁵ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

²⁶ Voir ALZHEIMER SUISSE, Démence et capacité de discernement, 2022 (examen au cas par cas en fonction de l'évolution de la maladie).

²⁷ A titre d'illustration, TF 4A_42/2011, 4A_68/2011 du 15 juillet 2011.

²⁸ Voir *infra* II.C.

²⁹ Au sens des art. 2-11 de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE ; RS 823.11).

l'aide à domicile³⁰. Nous verrons dans la partie consacrée à la location de services³¹ que cette qualification n'est pas sans conséquence sur les conditions de travail applicables³².

3. Devoir d'annonce, lutte contre le travail au noir

Le ménage privé doit déclarer la personne qu'il emploie auprès des autorités compétentes dans le domaine des assurances sociales, de l'immigration et des impôts. A défaut, il commet une infraction à la loi sur le travail au noir (LTN³³).

En vertu de l'art. 7 al. 1 let. a LTN, les inspectrices et inspecteurs chargés du contrôle de cette loi sont habilités à pénétrer dans l'entreprise, ou « tout autre lieu de travail », pendant les heures de travail des personnes qui y sont employées. Nous partageons l'avis selon lequel cette norme autorise l'inspection à se rendre au sein du ménage privé employeur³⁴. Afin de respecter la vie privée de ses membres, la visite au domicile ne devrait avoir lieu que sur rendez-vous et non de manière inopinée³⁵.

En pratique, les organes de lutte contre le travail au noir procèdent principalement par voie écrite³⁶ lorsqu'ils contrôlent le secteur des services aux ménages privés³⁷. Le ménage employeur est tenu de collaborer en fournissant les documents et renseignements nécessaires (art. 8 LTN). En 2021, plusieurs cantons

³⁰ Voir TF 2C_132/2018 du 2 novembre 2018, c. 4, auquel se réfère le Conseil fédéral dans sa réponse à l'Ip 22.3486 Imboden « Location de services. Pour que le travail dans les ménages privés relève de la loi sur le travail ».

³¹ Au sens des art. 12-22 LSE.

³² Voir *infra* III.C.2.

³³ Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN ; RS 822.41). Voir CONSEIL FÉDÉRAL, p. 13.

³⁴ Avis défendu par SCHWAAB, p. 7. Voir aussi : LEMPEN, p. 212.

³⁵ Voir l'art. 17 al. 3 C189 selon lequel les Etats devraient prévoir « les conditions auxquelles l'accès au domicile du ménage peut être autorisé, en tenant dûment compte du respect de sa sphère privée ».

³⁶ Message ratification C189, FF 2013 pp. 6215, 6242.

³⁷ Pour des indications sur le nombre de contrôles effectués : SECO, *Rapport LTN*, p. 21.

ont décidé d'effectuer des contrôles en priorité dans ce secteur³⁸, caractérisé par un degré élevé d'informalité³⁹.

Notons que le non-respect des obligations d'annonce, et notamment l'absence d'autorisation d'exercer une activité lucrative en Suisse pour une aide à domicile d'origine étrangère, n'affecte pas la validité de son contrat de travail, à moins que les parties n'aient subordonné son effectivité à la délivrance d'un permis de travail⁴⁰. Dans le canton de Genève, par exemple, le contrat-type de travail pour la branche de l'économie domestique (CTT-EDom⁴¹) prévoit que « le contrat de travail est valable, à moins que les parties n'aient subordonné par écrit sa validité à la délivrance d'une autorisation de travail »⁴². Dans le cadre d'une procédure de renvoi, les autorités signalent aux individus concernés la possibilité d'agir devant les tribunaux civils pour faire valoir leurs prétentions, notamment salariales, relatives « à l'activité lucrative non autorisée qu'ils ont exercée » (art. 14 let. a LTN).

B. Rémunération

1. Salaires minimaux

a. Champ d'application

L'assistance aux personnes âgées dans la vie quotidienne figure parmi les activités couvertes par le contrat-type de travail économie domestique (CTT éco-

³⁸ SECO, *Rapport LTN*, p. 20.

³⁹ OIT, *Decent work*, p. 189.

⁴⁰ ATF 137 IV 305, c. 3 ; ATF 114 II 279, c. 2. Voir aussi CR CO-MEIER, art. 320 N 15 ; CS CIT-WYLER, art. 320 N 40.

⁴¹ Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs de l'économie domestique du 13 décembre 2011 (CTT-EDom ; RS GE J 1 50 03).

⁴² Voir l'art. 4 al. 1 CTT-EDom. L'alinéa 2 prévoit que le contrat conclu avec un étranger dépourvu de l'autorisation nécessaire ne peut être résilié que moyennant respect du délai de congé légal ou contractuel.

nomie domestique⁴³). Prorogé à quatre reprises⁴⁴, ce CTT fédéral fixe des salaires minimaux⁴⁵ qui sont impératifs pour tout le territoire suisse, sous réserve du canton de Genève qui, lors de l'entrée en vigueur du CTT fédéral, disposait déjà d'un CTT (CTT-EDom) avec des salaires minimaux supérieurs à ceux arrêtés au niveau national.

Le CTT genevois précise qu'il ne s'applique pas au personnel soignant (p. ex. infirmier) nécessitant un droit de pratique⁴⁶. Les CTT fédéral et genevois ne s'appliquent pas davantage aux domestiques privés engagés par les membres de représentations diplomatiques, dont la rémunération est fixée dans une ordonnance spécifique⁴⁷, *lex specialis*⁴⁸.

b. Salaire en espèce

Depuis le 1^{er} janvier 2023, le salaire minimum brut horaire (sans suppléments pour vacances et jours fériés) prévu par le CTT économie domestique varie entre CHF 19.50.– et CHF 21.40.– selon l'expérience et la qualification⁴⁹. Dans le canton de Genève, ce salaire se situe entre CHF 24.– et CHF 26.14.–

⁴³ Ordonnance du 20 octobre 2010 sur le contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique (RS 221.215.329.4), fondée sur l'art. 360a CO. Son application est subordonnée à l'exercice d'une activité d'au moins « cinq heures en moyenne par semaine auprès du même employeur » (art. 2 al. 3 let. i CTT économie domestique).

⁴⁴ La dernière fois en 2022, où sa durée de validité a été prolongée jusqu'au 31 décembre 2025 (RO 2022 809), conformément à l'art. 360a al. 3 CO.

⁴⁵ Conformément à l'art. 11 C189.

⁴⁶ Art. 1 al. 4 let. g CTT-EDom. Voir GE/CJ Chambre des prud'hommes, C/21355/1998 du 15 novembre 2000 (dame de compagnie avec une importante fonction paramédicale, inapplicabilité du CTT-EDom).

⁴⁷ Ordonnance du 6 juin 2011 sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités (ODPr ; RS 192.126). L'art. 43 ODPr prévoit un salaire mensuel minimum net de CHF 1'200.–, nettement inférieur à celui prévu par le CTT-EDom, mais néanmoins jugé conforme au principe d'égalité de traitement selon TF 4A_561/2021 du 8 août 2022.

⁴⁸ TF 4A_526/2020 du 16 juillet 2021, c. 4 (employée de maison *live-in* s'occupant d'un enfant atteint de handicap, inapplicabilité du CTT-EDom).

⁴⁹ Art. 5 CTT économie domestique. Le calcul présuppose le versement de douze salaires mensuels par an.

⁵⁰. Le plancher de CHF 24.–/heure, prévu pour le personnel domestique sans expérience ni qualification, correspond au salaire minimum cantonal indexé⁵¹.

En sus du salaire horaire, le CTT genevois indique un salaire minimum mensuel brut s'élevant entre CHF 4'680.– (personnel sans qualification) et CHF 5'097.30.– (personnel avec CFC), versé douze fois par an, pour une durée hebdomadaire de 45 heures. En pratique, il arrive qu'une aide à domicile engagée à plein temps touche le salaire *mensuel* brut minimum prévu par le CTT-EDom, mais que sa rémunération *horaire* soit néanmoins inférieure au salaire horaire minimum fixé par ce texte en raison des heures non documentées accomplies gratuitement chaque semaine en sus des 45 heures convenues⁵².

c. Détermination du taux d'activité, contrôle des salaires minimaux

En cas de travail à temps partiel, le salaire minimum est calculé *prorata temporis*⁵³. La détermination du taux d'activité peut s'avérer difficile lorsque celui-ci augmente au fil du temps en raison de la dégradation de l'état de santé de la personne âgée prise en charge à domicile⁵⁴. La preuve des heures de travail effectuées peut s'avérer particulièrement difficile lorsque l'aide à domicile vit avec la personne prise en charge⁵⁵.

L'établissement du nombre d'heures prestées représente pourtant un préalable nécessaire au contrôle, par les inspections du travail⁵⁶ – sur délégation des commissions tripartites⁵⁷ – du respect des salaires minimaux impératifs par les

⁵⁰ Art. 10 al. 1 CTT-EDom.

⁵¹ Au sens de la loi du 12 mars 2004 sur l'inspection et les relations de travail (LIRT ; RS GE J 1 05), art. 39k ss.

⁵² Voir *infra* II.C.2.

⁵³ Art. 10 al. 7 CTT-EDom.

⁵⁴ Voir TF 4A_743/2011 du 14 mai 2012, c. 3 (domestique *live-in*, évolution du taux d'activité).

⁵⁵ Voir TF 4A_42/2011, 4A_68/2011 du 15 juillet 2011 (employée *live-in*, senior atteint de démence, application par analogie de l'art. 42 al. 2 CO, recours aux tableaux de l'Enquête suisse sur la population active pour estimer le nombre d'heures hebdomadaires consacrées aux soins des personnes dépendantes).

⁵⁶ Art. 7a al. 1 de la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (LDét ; RS 823.20).

⁵⁷ Art. 7 al. 1 let. b LDét, art. 360b CO.

ménages privés⁵⁸. En 2021, le secteur des services aux ménages figurait parmi les branches les plus contrôlées sur le plan de la conformité aux salaires minimaux⁵⁹. En cas de violation, des sanctions administratives allant jusqu'à CHF 30'000.– peuvent être prononcées⁶⁰.

d. Salaire en nature

Les montants exposés plus haut (let. b) incluent le salaire en nature pour le logement et la nourriture⁶¹. Autrement dit, en cas de personnel *live-in*, la valeur de la nourriture et du logement⁶² pourra être déduite des minimas mentionnés. Lorsque l'aide à domicile est absente pour des motifs légitimes (p. ex. vacances)⁶³ ou a été privée de son logement de manière injustifiée (p. ex. peu après la notification du licenciement), le ménage employeur doit lui verser une indemnité monétaire équitable pour le salaire en nature non touché⁶⁴.

En vertu de l'art. 12 de la Convention OIT n° 189, la rémunération doit avoir lieu en espèce, seul un pourcentage limité pouvant prendre la forme de paiement en nature⁶⁵. Selon l'art. 14 (d) de la Recommandation OIT n° 201, les Etats membres devraient envisager « d'assurer que, s'il est exigé d'un travailleur domestique qu'il réside dans un logement fourni par le ménage, aucune déduction ne soit faite de sa rémunération au titre de ce logement, à moins qu'il n'y consente »⁶⁶.

⁵⁸ Au sujet des contrôles effectués à Genève depuis 2013, voir LEMPEN/SALEM, pp. 88 s.

⁵⁹ SECO, *FlaM*, pp. 40 s.

⁶⁰ Art. 9 al. 2 let. f LDét.

⁶¹ Voir l'art. 322 al. 1 CO et l'art. 10 al. 3 CTT-EDom.

⁶² Total journalier de CHF 33.– selon l'art. 11 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS ; RS 831.101). Le SECO (*Aide-mémoire*, p. 3) indique que le montant mensuel correspondant s'élève à CHF 990.– (33 x 30).

⁶³ Voir l'art. 329d al. 1 CO et l'art. 21 CTT-EDom (qui prévoit une telle indemnité aussi en cas de travail à temps partiel).

⁶⁴ TF 4A_419/2011 du 23 novembre 2011, c. 6.3. Voir aussi CR CO-LEMPEN, art. 328a N 5.

⁶⁵ Dans l'affaire qui a donné lieu à l'ATF 111 II 260, l'aide-ménagère, nourrie et logée, ne touchait aucun salaire en espèce. L'existence même d'un contrat de travail était contestée.

⁶⁶ Voir OIT, *Garantir un travail décent*, N 724.

2. Rémunération du temps de disponibilité

a. Temps de travail ou temps de repos ?

Lorsqu'une aide à domicile vit chez une personne âgée dépendante, se pose la question – non réglée par le CTT économie domestique – de la rémunération du temps de présence, à savoir « le temps passé par le travailleur/la travailleuse dans le foyer ou dans les pièces occupées par la personne assistée, sans accomplir un travail actif, mais en se tenant à disposition de la personne assistée »⁶⁷. Selon la Convention OIT n° 189, les périodes au cours desquelles le personnel domestique ne peut disposer librement de son temps car il se tient à disposition du ménage en cas de besoin doivent être considérées comme du temps de travail⁶⁸.

En pratique, il s'avère souvent délicat de distinguer les plages de repos des périodes où le personnel *live-in* se tient à disposition du ménage. La réponse à la question de savoir si l'aide à domicile peut disposer librement de son temps dépend de la santé de la personne assistée, santé susceptible de se dégrader au fil du temps. En cas de litige, les tribunaux examinent dans quelle mesure la personne âgée se trouvait dans une situation de dépendance afin de déterminer si – et à partir de quand – une présence, notamment la nuit, était nécessaire et devait dès lors être rétribuée. Par exemple, dans une affaire concernant un senior qui avait engagé une gouvernante, nourrie et logée, le Tribunal fédéral a considéré que la présence de nuit de l'employée n'était devenue nécessaire – et ne devait être rémunérée – qu'à partir du moment où un certificat médical attestait que la personne âgée n'était plus autonome et avait besoin d'une garde nocturne⁶⁹.

⁶⁷ SECO, *Modèle de CTT*, let. E (il en va de même pour le temps passé à l'extérieur de la maison pendant lequel la personne employée doit être joignable à tout moment en cas de besoin). Voir aussi la définition du temps de travail figurant à l'art. 13 al. 1 de l'ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1 ; RS 822.111).

⁶⁸ « Dans la mesure déterminée par la législation nationale, par les conventions collectives ou par tout autre moyen compatible avec la pratique nationale » (art. 10 al. 3 C189).

⁶⁹ TF 4A_96/2017 du 14 décembre 2017, c. 2.2. Voir LEMPEN/MAJOR, pp. 101 s.

b. Taux de rémunération

Le modèle de CTT publié en 2017 par le SECO contient des recommandations concernant le taux de rémunération. Si un travail actif est nécessaire durant le temps de disponibilité, la durée correspondante est considérée comme temps de travail et rémunérée à taux plein. Si, en revanche, la prise en charge requiert une présence à domicile sans qu'une action ne soit nécessairement requise (p. ex. veilles de nuit), ce temps de présence est rémunéré à un taux partiel qui varie en fonction de l'intensité de l'assistance et notamment du nombre d'interventions nocturnes effectivement réalisées par semaine sur une moyenne mensuelle. L'intensité de la prise en charge doit être régulièrement réévaluée en fonction de l'évolution des besoins de la personne assistée⁷⁰.

Plusieurs cantons, dont Genève, n'ont pas repris dans leur CTT sur le service de maison (art. 359 al. 2 CO) le système recommandé par le SECO⁷¹. Le CTT genevois prévoit cependant de façon impérative (art. 360a CO) que les veilles de nuit (entre 20h00 et 7h00) doivent être indemnisées selon un pourcentage du salaire minimum se situant entre 60 % (pour les veilles accomplies sans interruption) et 125 % (pour les veilles nécessitant plus d'une intervention)⁷².

C. Protection de la personnalité et de la santé, temps de travail

1. Sécurité et santé au travail

L'activité d'aide à domicile s'accompagne de nombreux risques – souvent sous-estimés – sur le plan de la sécurité et de la santé au travail⁷³. En particulier, le fait d'assister au quotidien des personnes âgées implique une impor-

⁷⁰ SECO, *Modèle de CTT*, let. K.

⁷¹ TRUONG JASMINE/VOLODER ANER, Analyse et évaluation des CTT sur le travail domestique cantonaux. Voir : https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitnehmerschutz/24-stunden-betagtenbetreuung/24h_analyse_nav_cct.pdf.download.pdf/analyse_nav_cct.pdf.

⁷² Art. 10 al. 1^{bis} et al. 7 CTT-EDom.

⁷³ OIT, *Garantir un travail décent*, N 794 s.

tante charge physique (postures contraignantes, recours à la force, mouvements répétitifs sur des périodes prolongées) et psychique. Le travail peut notamment devenir difficile sur plan émotionnel lorsque la personne assistée arrive en fin de vie⁷⁴. En outre, il n'est pas toujours facile, pour l'aide à domicile, de rester aimable à l'égard d'une personne âgée qui la sollicite parfois de façon excessive, à toute heure du jour et de la nuit, ou au contraire l'empêche de faire son travail, comme dans une récente affaire genevoise où un senior mettait dehors sa dame de compagnie puis refusait de lui ouvrir la porte. L'employée attendait dans le corridor de pouvoir entrer à nouveau⁷⁵. Dans une autre affaire, un retraité voulant au contraire retenir dans l'appartement son aide à domicile, qui s'apprêtait à retourner dans son pays d'origine, s'était agrippé à elle au point de lui déchirer ses vêtements⁷⁶.

En vertu de son devoir de fidélité (art. 321a CO), l'aide à domicile doit se comporter correctement à l'égard de la personne dont elle s'occupe et notamment éviter toutes violences et maltraitances⁷⁷. De son côté, le ménage employeur a l'obligation, en vertu de l'art. 328 CO, de lui garantir un climat de travail respectueux et de la protéger contre toutes formes de violences⁷⁸, notamment contre le harcèlement sexuel de personnes âgées dont la capacité à se contrôler devient limitée du fait de maladies telles que l'Alzheimer⁷⁹.

Le ménage employeur doit en outre prendre les mesures nécessaires pour prévenir les accidents. Dans un cas d'espèce, le Tribunal fédéral avait jugé, sur la base de l'art. 328 CO, qu'un ménage privé employeur n'avait pas pris les précautions nécessaires pour éviter que son employée de maison ne se blesse en manipulant une arme à feu chargée, exposée dans la villa devant être net-

⁷⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, p. 11.

⁷⁵ Tribunal des prud'hommes, C/7321/2019-5, Procès-verbal du 14 mars 2022, p. 4.

⁷⁶ GE/CJ Chambre pénale, ACJP/70/2010 (3) du 22 mars 2010.

⁷⁷ Voir TF 4A_457/2021 du 18 février 2022 (licenciement en raison d'un comportement violent envers une personne âgée). Voir aussi CS CIT-DUNAND/LEMPEN, art. 321a N 16.

⁷⁸ Voir aussi l'art. 5 C189 et la Convention OIT n° 190 concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail (2019), que le Conseil fédéral propose de ratifier (FF 2022 p. 1379).

⁷⁹ Voir les témoignages et conseils figurant dans le guide de l'ASSOCIATION SUISSE DES INFIRMIERS ET INFIRMIÈRES (ASI), « Mais c'était pour rire, voyons ! », 2012.

toyée⁸⁰. Dans une autre affaire, le Tribunal a considéré que des époux ayant tenté de renvoyer définitivement leur employée de maison sans papiers dans son pays d'origine après qu'elle eut subi de graves blessures aux yeux dans un accident de circulation, sans se soucier d'organiser un suivi médical à l'étranger, s'étaient montrés indifférents au risque de cécité partielle qui menaçait leur employée et avaient gravement violé leur devoir d'assistance au sens de l'art. 328 CO⁸¹.

En vertu de l'art. 328 CO, le ménage employeur doit protéger la santé physique et psychique de son personnel⁸². En particulier, le travail doit être organisé de façon à éviter une situation de surmenage⁸³. Le fait d'exiger une disponibilité permanente est contraire à l'art. 328 CO. La protection de la personnalité inclut le devoir d'accorder des congés et des vacances (art. 329-329j CO)⁸⁴.

2. Limitation de la durée de travail, documentation des heures

a. Convention OIT n° 189

L'art. 6 C189 ancre le droit fondamental du personnel domestique à jouir, à l'instar des autres travailleurs et travailleuses, de conditions équitables et décentes⁸⁵. L'art. 10 al. 1 C189 exige en particulier des Etats qu'ils assurent l'*égalité de traitement* entre le personnel domestique et les autres catégories de personnes employées concernant « la durée normale du travail, la compensation des heures supplémentaires, les périodes de repos journalier et hebdo-

⁸⁰ ATF 112 II 138, JdT 1987 I 451, c. 3 (l'accident « n'avait rien d'imprévisible »). Voir CR CO-LEMPEN, art. 328 N 9.

⁸¹ TF 4A_578/2011 du 12 janvier 2012 (indemnité pour tort moral à hauteur de CHF 15'000.-). Voir aussi l'art. 328a al. 2 CO (obligation de fournir les soins et secours médicaux).

⁸² Voir aussi l'art. 13 C189 à la lumière de la Convention OIT n° 155 sur la santé et la sécurité des travailleurs (1981), qui figure depuis 2022 parmi les onze conventions fondamentales de l'OIT.

⁸³ CS CIT-DUNAND/RAEDLER, art. 328 N 15, 49, 52.

⁸⁴ CR CO-LEMPEN, art. 328 N 11 s.

⁸⁵ Voir l'art. 7 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I ; RS 0.103.1).

madaire⁸⁶, et les congés annuels payés, conformément à la législation nationale ou aux conventions collectives, compte tenu des caractéristiques particulières du travail domestique ».

Parmi ces caractéristiques figurent notamment, pour les aides à domicile *live-in*, l'injonction à être disponible 24 heures sur 24, leur travail étant entrecoupé de périodes d'inactivité pendant lesquelles le ménage employeur attend qu'elles soient prêtes à agir en cas de besoin⁸⁷. Eu égard à cette réalité, l'art. 10 al. 3 C189 précise que les « périodes pendant lesquelles les travailleurs domestiques ne peuvent disposer librement de leur temps et restent à disposition du ménage pour le cas où celui-ci ferait appel à eux doivent être considérées comme du temps de travail »⁸⁸.

Afin de rendre visible le travail d'assistance au quotidien et de faciliter le contrôle de sa durée par les parties au contrat ou les autorités, la Recommandation n° 201 prévoit que les heures de travail, dont les périodes de disponibilité, devraient être enregistrées sur un support librement accessible⁸⁹. En outre, il est recommandé aux Etats de réglementer le nombre maximal d'heures de disponibilité exigibles ainsi que leur taux de rémunération⁹⁰.

b. Modèle de contrat-type pour la prise en charge 24 heures sur 24

Le modèle de CTT publié par le SECO en matière de prise en charge 24 heures sur 24 indique dans quelle mesure il convient de rémunérer les plages de disponibilité⁹¹. En revanche, ces périodes n'ont pas à être prises en compte lors du calcul de la durée hebdomadaire du travail, fixée à 44 heures, ce chiffre ne se référant qu'au temps de « travail actif »⁹². Le modèle de CTT énonce diverses autres règles, notamment sur les congés, les pauses, le repos et le devoir

⁸⁶ Selon l'art. 10 al. 2 C189, le repos hebdomadaire doit être d'au moins 24 heures consécutives.

⁸⁷ Voir notamment CONSEIL FÉDÉRAL, p. 10 et *supra* I.B.1.

⁸⁸ Dans « la mesure déterminée par la législation nationale, par les conventions collectives ou par tout autre moyen compatible avec la pratique nationale ». Voir aussi *supra* II.B.2.a.

⁸⁹ Art. 8 al. 1 R201.

⁹⁰ Art. 9 al. 1 let. c R201.

⁹¹ SECO, *Modèle de CTT*, let. E et K. Voir *supra* II.B.2.b.

⁹² SECO, *Modèle de CTT*, let. D.

de documenter le temps de travail⁹³. Lorsqu'elles vont plus loin que le droit fédéral impératif⁹⁴, ces normes ne sont toutefois susceptibles de s'appliquer à une relation de travail donnée que si elles ont été reprises dans le CTT cantonal pertinent (art. 359 al. 2 et 360 al. 1 CO) ou dans le contrat de travail. Or, comme déjà relevé, les cantons n'ont que partiellement intégré les standards du SECO à leur CTT sur le service de maison⁹⁵.

c. Contrat-type genevois

Dans le canton de Genève, le CTT arrête la durée de la semaine de travail à 45 heures (art. 5 CTT-EDom), décrit les modalités d'octroi du congé hebdomadaire (art. 18 CTT-EDom) et prévoit que « l'employeur tient un registre des heures de travail et des jours de repos effectifs » (art. 10^{bis} al. 3 CTT-EDom)⁹⁶.

Toutefois, les parties au contrat de travail ont la possibilité de déroger par écrit à ces règles (art. 2 CTT-EDom). En effet, ces normes sont de nature dispositives (art. 360 al. 2 CO) puisque, d'une part, le droit fédéral relatif aux CTT ne permet de conférer un caractère impératif qu'aux articles sur le salaire minimum (art. 360a CO) et que, d'autre part, les prescriptions impératives de la loi sur le travail (LTr⁹⁷) relatives à la durée du travail (art. 9 ss LTr) et au devoir de documenter (art. 46 LTr), ne s'appliquent pas aux ménages qui emploient du personnel pour satisfaire leurs besoins privés (art. 2 al. 1 let. g LTr)⁹⁸, dont celui d'assistance aux personnes âgées.

⁹³ SECO, *Modèle de CTT*, let. F-I.

⁹⁴ Notamment l'art. 329 al. 1 et 2 CO sur le congé hebdomadaire.

⁹⁵ Voir *supra* II.B.2.b.

⁹⁶ Afin de faciliter la preuve des heures de travail accomplies, l'art. 10^{bis} al. 4 CTT-EDom précise que « si l'employeur faillit à son obligation de tenir un registre, l'enregistrement de la durée du travail fait par le travailleur vaut moyen de preuve en cas de litige ».

⁹⁷ Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr ; RS 822.11).

⁹⁸ Peu importe que le personnel vive ou non au sein du ménage. Parmi d'autres : KUKO ArG-BACHMANN, art. 2 N 71. Les dispositions de la loi et de ses ordonnances relatives à l'âge minimum s'appliquent en revanche aux ménages privés (art. 2 al. 4 LTr).

d. Inapplicabilité de la loi sur le travail

Historiquement, les ménages privés ont été exclus du champ d'application de la législation publique de protection des travailleuses et travailleurs en raison de la difficulté de contrôler son respect sans porter atteinte à la sphère privée des membres du foyer ainsi que de l'inexistence d'un besoin de protection, eu égard notamment aux CTT cantonaux sur le service de maison (art. 329 al. 2 CO)⁹⁹.

Ces raisons peinent à convaincre¹⁰⁰. En effet, l'argument du contrôle manque de pertinence dès lors que la pratique des services de lutte contre le travail au noir et des commissions tripartites chargées de veiller au respect des salaires minimaux montre que des contrôles sont possibles dans le secteur des services aux ménages privés¹⁰¹. Pour ce qui est des CTT cantonaux, nous avons vu que leurs dispositions sur la durée du travail et du repos ne revêtent aucun caractère impératif¹⁰². A cet égard, la jurisprudence révèle différents cas d'abus, dont celui d'une jeune fille tenue d'effectuer des tâches domestiques à raison de 13 heures par jour sur une période de 13 mois, sans congés ni vacances¹⁰³. Dans ce contexte, l'affirmation selon laquelle le personnel de maison n'a pas besoin de la protection résultant de la loi sur le travail surprend.

Le Tribunal fédéral semble pourtant faire sien cet argument dans un récent arrêt relatif à la prise en charge de seniors à domicile, sur lequel nous reviendrons dans la partie sur la location de services¹⁰⁴. L'arrêt explique que l'exclusion des ménages privés du champ d'application de la loi sur le travail (art. 2 al. 1 let. g LTr) peut notamment se justifier par « le lien de confiance particulier » présent entre ces derniers et leur personnel domestique¹⁰⁵. A juste titre, la doctrine a critiqué cette considération, fondée sur une vision paternaliste et

⁹⁹ Message LTr, FF 1960 pp. 885, 992. Voir aussi CONSEIL FÉDÉRAL, pp. 14 s. ; MEDICI, pp. 84 s.

¹⁰⁰ LEMPEN/SALEM, pp. 86 s. Voir aussi SCHWAAB, pp. 6 s.

¹⁰¹ Voir *supra* II.A.3 et II.B.1.c.

¹⁰² Voir *supra* II.C.2.c.

¹⁰³ TF 4C.94/2013 du 23 avril 2004, c. 5.3. Voir aussi TF 6B_430/2020 du 28 août 2020 (garde des enfants et aide au ménage durant 71 heures par semaine en moyenne, pendant plusieurs années, argent de poche mensuel entre CHF 50.– et 100.–, usure).

¹⁰⁴ *Infra* III.C.2.a.

¹⁰⁵ ATF 148 II 203, c. 4.3, 4.4.1 et 4.6.

« fantasmée » du maître de maison toujours bienveillant à l'égard de ses domestiques, et regretté que la compatibilité de cette exclusion avec l'art. 10 C189 n'ait pas été examinée¹⁰⁶.

L'injonction à l'égalité de traitement figurant aux art. 6 et 10 al. 1 C189¹⁰⁷ oblige pourtant les Etats à interpréter de façon restrictive les exceptions au champ d'application de la législation sur la durée du travail et du repos¹⁰⁸.

3. Protection spéciale en cas de communauté domestique

a. Vie privée et familiale

L'absence de limite impérative de la durée journalière ou hebdomadaire du travail, dont le respect pourrait être contrôlé par les inspections du travail auprès des ménages employeurs, s'avère particulièrement problématique pour le personnel *live-in*, susceptible d'être sollicité à tout moment. Une étude réalisée auprès de migrantes pendulaires montre que ces dernières se sentent souvent moralement obligées d'accéder aux demandes des seniors dont elles s'occupent personnellement, sans compter leurs heures. Au printemps 2020, durant la période de semi-confinement liée à la pandémie de COVID-19, plusieurs d'entre elles ont ainsi renoncé à « abandonner » ces derniers pour rejoindre leur propre famille et se sont ainsi retrouvées isolées dans le ménage bénéficiaire de l'assistance durant des périodes nettement plus longues que celles convenues au départ, sans compensation¹⁰⁹.

¹⁰⁶ SCHWAAB, pp. 6 s.

¹⁰⁷ Voir *supra* II.C.2.a.

¹⁰⁸ Dans ce sens : PÄRLI, *Private Haushalte*, N 13 s. ; SCHWAAB, p. 8 ; MEDICI, p. 219.

¹⁰⁹ SCHILLIGER/SCHWITER/STEINER, pp. 8-10 (« Zsuzsanna Jakab, for example, had been working six-week shifts as a live-in in Switzerland for five years. When the trained social worker heard of the pandemic, she was at the end of her current shift and wanted to return to Romania as soon as possible before the borders shut. But then she realized that the family she worked for was unable to ensure the provision of care for their frail mother: 'That's when I decided it's best for them if I stay. From then on, I no longer counted the days. I just hoped that I would be able to get home some time'. In the end, her shift of six weeks turned into four months »).

A l'instar des autres travailleurs et travailleuses, les aides à domicile ont besoin de trouver un équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle¹¹⁰ et d'avoir une vie sociale à l'extérieur de leur lieu de travail¹¹¹. Selon l'art. 9 (b) C189, les Etats doivent prendre des mesures afin d'assurer que le personnel *live-in* ne soit pas obligé de rester au sein du ménage, ou avec ses membres, pendant les périodes de repos journalier ou hebdomadaire ainsi que durant les congés. Durant ces périodes, la prise en charge de la personne assistée doit être garantie autrement, par exemple via une permanence téléphonique assumée par un tiers¹¹². En vertu de l'art. 6 C189, le personnel logé au sein du ménage doit bénéficier de conditions de vie décentes, qui respectent sa vie privée. Le devoir de diligence fondé sur l'art. 328 CO impose le respect de la sphère privée et du droit à ne pas faire l'objet d'une surveillance disproportionnée¹¹³.

b. Nourriture suffisante, logement convenable

L'art. 328a al. 1 CO prévoit le droit du personnel *live-in* à une « nourriture suffisante » et un « logement convenable ». L'art. 17 R201 ajoute que les repas fournis doivent être « de bonne qualité »¹¹⁴ et « adaptés, cas échéant et dans la mesure où cela est raisonnable, aux exigences culturelles et religieuses » de la personne employée. De surcroît, selon cette disposition, un logement « convenable » présuppose notamment une pièce séparée pouvant être fermée à clé avec un éclairage naturel suffisant¹¹⁵ et la possibilité d'utiliser des installations sanitaires communes ou privées¹¹⁶. Le modèle de CTT publié par le SECO¹¹⁷ consacre en outre le droit à un « accès illimité et gratuit à l'Internet dans des conditions qui permettent de respecter la sphère privée » du personnel *live-in*. En principe, l'usage du logement après le décès de la personne assistée et la

¹¹⁰ Voir l'art. 25 R201.

¹¹¹ Au sujet des instruments de l'OIT garantissant un droit au repos dans un but de protection de la vie sociale, voir LEMPEN/MAJOR, p. 86.

¹¹² SECO, *Modèle de CTT*, let. G.

¹¹³ CS CIT-DUNAND/RAEDLER, art. 328 N 14, 18. Voir aussi l'art. 328b CO.

¹¹⁴ Voir aussi SECO, *Modèle de CTT*, let. C (nourriture suffisante et saine).

¹¹⁵ Voir GE/CJ, JAR 2019 440, c. 10.2.1 (employée logée au sous-sol de la villa, dans une pièce éclairée à la lumière artificielle).

¹¹⁶ Voir aussi SECO, *Modèle de CTT*, let. C ; art. 11 CTT-EDom.

¹¹⁷ *Supra* II.C.2.b.

fin du contrat de travail (art. 338a al. 2 CO)¹¹⁸ n'est possible que si la famille du défunt y consent¹¹⁹.

III. Location par le ménage des services d'aide à domicile

A. Généralités

Intéressons-nous à présent au cas où une personne âgée (ou sa famille) conclut un contrat de location de services¹²⁰ avec une entreprise de location de services ou une organisation publique ou privée d'aide et de soins à domicile.

Selon le Tribunal fédéral, « la location de services désigne des relations tripartites entre un employeur (bailleur), une entreprise locataire et un travailleur [...]. La location de services implique ainsi deux contrats : d'une part un contrat de travail¹²¹ au sens des art. 319 ss CO [...] et, d'autre part, un contrat de location de services entre le bailleur et le locataire de services [...] »¹²². Tous deux sont soumis à la forme écrite (art. 19 al. 1 et 22 al. 1 LSE).

Dans cette constellation tripartite, l'employeuse formelle de l'aide à domicile est l'entreprise bailleresse de services, et non le ménage privé, locataire de services. La première abandonne toutefois au second l'essentiel de son pouvoir

¹¹⁸ Voir CR CO-DONATIELLO, art. 338a N 6.

¹¹⁹ Voir TF 4A_743/2011 du 14 mai 2012 (les fils de la défunte ont accepté que la domestique ayant assisté leur mère « sept jours sur sept avec attention, dévouement et gentillesse », continue à vivre dans l'appartement avec sa propre famille, nonobstant la fin du contrat de travail).

¹²⁰ A savoir un contrat innomé *sui generis* comportant des éléments du contrat de mandat. Voir FÉLIX, p. 782.

¹²¹ En général, un contrat-cadre est complété par un contrat relatif à une mission spécifique définissant le salaire horaire, le lieu et la durée de l'intervention (FÉLIX, p. 783 ; KULL, p. 126). Note rajoutée par l'auteur.

¹²² ATF 148 II 426, c. 5 (*Uber Eats*).

de direction (art. 321d CO). Il s'agit là d'une caractéristique importante de la location de services (art 26 al. 1 OSE¹²³)¹²⁴.

L'entreprise bailleuse de services qui met à disposition d'un ménage privé une aide à domicile doit avoir son siège en Suisse, la location dans ce pays de services fournis par du personnel recruté à l'étranger étant interdite (art. 12 al. 2 LSE)¹²⁵. En outre, l'entreprise qui prévoit de devenir bailleuse de services à des fins commerciales doit préalablement obtenir une autorisation (art. 12 al. 1 LSE)¹²⁶ et fournir des sûretés afin de garantir le paiement des salaires (art. 14 al. 1 LSE)¹²⁷. Lorsqu'une entreprise bailleuse pratique sans autorisation, son contrat avec les travailleuses ou les travailleurs loués est frappé de nullité (art. 19 al. 6 LSE)¹²⁸. En outre, le ménage client d'une entreprise non autorisée est passible d'une amende (art. 39 al. 2 LSE).

Pour l'entité locataire de services, le recours à cette modalité présente divers avantages, dont la flexibilité dans l'emploi du personnel¹²⁹ et le fait de ne pas devoir accomplir les démarches administratives inhérentes à l'engagement de personnes salariées, ni supporter les conséquences d'un empêchement de travailler dû à une maladie ou à un accident (le risque étant assumé par l'entreprise bailleuse de services en sa qualité d'employeuse). La location de services comporte aussi des inconvénients, notamment la faible attache des travailleuses et travailleurs à l'entité locataire, eu égard à la grande fluctuation

¹²³ Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (OSE ; RS 823.111).

¹²⁴ Au sujet des autres critères mentionnés par l'art. 26 OSE, notamment l'intégration dans l'entreprise locataire de services, voir (parmi d'autres) FÉLIX, pp. 786-793.

¹²⁵ Voir GE/CJ, CAPH/56/2018, JAR 2019 440 (entreprise espagnole, employée de maison mise à disposition d'un couple résidant en Suisse).

¹²⁶ Les organisations d'utilité publique, sans but lucratif, n'ont pas besoin d'une telle autorisation. Voir CONSEIL FÉDÉRAL, p. 14.

¹²⁷ Pour l'entreprise employeuse, la location de services entraîne ainsi un «*Mehraufwand*» par rapport à d'autres modalités. Voir KULL, p. 128.

¹²⁸ L'art. 320 al. 3 CO trouve application.

¹²⁹ Au début de la pandémie de COVID-19, les entreprises locataires de services ont résilié en priorité les contrats de location de services (art. 22 LSE) afin de pouvoir maintenir autant que possible les rapports de travail avec leur personnel fixe (KULL, pp. 129-139). De son côté, l'entreprise bailleuse de services peut résilier les contrats de travail avec le personnel qu'elle loue en respectant des délais plus courts (art. 19 al. 4 LSE) que ceux normalement applicables (art. 335b-c CO).

du personnel, ainsi que les coûts liés au tarif horaire du personnel dont les services sont loués¹³⁰.

B. Distinction : contrat de mandat avec une organisation d'aide à domicile

L'hypothèse susmentionnée de la location de services doit être distinguée de celle où une personne âgée (ou sa famille) *mandate* (art. 394 CO) une organisation d'aide et de soins à domicile¹³¹ afin que son personnel accomplisse¹³² au sein du ménage des prestations spécifiques (p. ex. soins ou tâches ménagères)¹³³, prédéfinies, selon un horaire souvent minuté. Dans ce cas de figure, le personnel de l'organisation d'aide à domicile reçoit directement de sa part, avant chaque mission, des instructions détaillées sur le travail à effectuer dans les différents ménages¹³⁴. Il se déplace la plupart du temps seul et travaille de façon autonome sans supervision du client ou de la cliente. Le personnel demeure entièrement intégré à l'organisation mandatée, qui conserve l'essentiel du pouvoir de direction au sens de l'art. 321d CO (cf. art. 26 OSE *a contrario*)¹³⁵.

Nous ne nous attarderons pas sur cette hypothèse du contrat de mandat, compte tenu du thème de cet article. En effet, la présente contribution porte sur l'aide aux seniors dans la vie de tous les jours. Or, la personne devant assurer une assistance au quotidien, contrairement à celle chargée de prodiguer des soins médicaux par exemple, ne saurait se limiter à suivre un protocole prédéterminé. L'aide à domicile, telle que définie en introduction¹³⁶, implique l'ac-

¹³⁰ KULL, p. 128.

¹³¹ Au sujet de ces organisations, voir *supra* I.B.2.

¹³² Voir art. 398 al. 3 CO.

¹³³ Voir *supra* I.A.

¹³⁴ Voir TF 2C_356/2012 du 11 février 2013, c. 4.3.2.

¹³⁵ HENSCH, p. 16. Pour un exposé détaillé des normes de droit privé ou public définissant les conditions de travail du personnel de l'organisation d'aide et de soins à domicile (*Spitex-Organisationen*) mandatée par le ménage privé, voir HENSCH, pp. 12-24. En particulier, la LTr s'applique (voir ATF 148 II 203, c. 3.4.3, qui se réfère notamment à GEISER, p. 1456).

¹³⁶ Voir *supra* I.A.

complissement de tâches imprévisibles, suivant les besoins de la personne assistée, et présuppose ainsi que l'organisation employeuse ait abandonné une partie essentielle du pouvoir de direction à la personne âgée ou, si celle-ci n'est plus en mesure de donner des instructions, aux personnes habilitées à la représenter. De plus, dans le modèle de la prise en charge 24 heures sur 24 avec hébergement, le critère de l'intégration au ménage privé – qui, à l'instar du transfert du pouvoir de direction, figure à l'art. 26 OSE parmi les indices en faveur d'une location de services – paraît forcément rempli. Ainsi, le contrat passé entre le ménage privé qui sollicite une assistance personnelle au quotidien (et non pas seulement la réalisation schématique de prestations spécifiques prédéterminées), d'une part, et l'entreprise qui envoie du personnel à domicile afin de satisfaire cette demande, d'autre part, relève de la location de services et non du mandat¹³⁷.

C. Conditions de travail des aides à domicile dont les services sont loués

1. Aperçu des normes et des types de contrôles

L'autorité habilitée à octroyer ou retirer l'autorisation de pratiquer la location de services – à savoir l'Office cantonal de l'emploi à Genève¹³⁸ – doit vérifier que les conditions de travail offertes par l'entreprise bailleuses de services sont conformes au droit impératif, notamment aux dispositions « relatives à l'admission des étrangers »¹³⁹ ou à « la protection des travailleurs » (art. 16 al. 1 let. b LSE)¹⁴⁰.

¹³⁷ Dans ce sens : TF 2C_356/2012 du 11 février 2013, c. 4 ; TF 2C_543/2014 du 26 novembre 2014, c. 3 et 4. Le Tribunal fédéral rappelle que la qualification doit se baser sur l'examen des circonstances du cas d'espèce et en particulier sur les tâches effectuées dans le cas concret. Voir aussi CONSEIL FÉDÉRAL, p. 13 ; PÄRLI, *Private Haushalte*, N 35 ; MÜLLER, p. 663 ; VOGLER, pp. 12-16.

¹³⁸ Règlement d'exécution de la loi sur le service de l'emploi et la location de services du 14 décembre 1992 (RSELS ; RS GE J 2 05.01), art. 1.

¹³⁹ Au sujet de la lutte contre le travail au noir, voir *supra* II.A.3.

¹⁴⁰ Voir PÄRLI, *Private Haushalte*, N 58.

Ainsi, l'Office cantonal de l'emploi doit s'assurer que l'entreprise qui loue à un ménage privé les services d'une aide à domicile respecte les normes impératives mentionnées dans la partie précédente, notamment celles sur la protection de la personnalité (art. 328-328a CO) et les congés (art. 329 ss CO), ainsi que les salaires minimaux fixés par CTT (art. 360a CO)¹⁴¹, dont le contrôle incombe aussi aux commissions tripartites (art. 360b CO, art. 7 al. 1 let. b LDét)¹⁴². En outre, lorsque les conditions d'application de la convention collective de travail (CCT) étendue pour la branche du travail temporaire (CCT « Location de services » 2021-2023¹⁴³) sont réunies¹⁴⁴, l'Office cantonal de l'emploi doit vérifier le respect de ses dispositions¹⁴⁵, notamment concernant le temps de travail¹⁴⁶. Un contrôle en la matière peut par ailleurs être exécuté sur mandat des commissions paritaires instituées par la CCT¹⁴⁷. Enfin, l'inspection cantonale du travail peut contrôler auprès des entreprises bailleuses de services le respect de la durée maximale du travail, des temps de pause et des règles sur les services de piquet prévues par la loi sur le travail (art. 9 ss LTr) et ses ordonnances d'application¹⁴⁸, comme exposé dans l'ATF 148 II 203¹⁴⁹ résumé dans la section suivante.

¹⁴¹ *Supra* II.B-C.

¹⁴² Voir *supra* II.B.1.c.

¹⁴³ Disponible sur <https://www.swisstafing.ch> (consulté le 30 janvier 2023).

¹⁴⁴ Voir les art. 1 à 4 de la CCT. Les organismes d'utilité publique – non soumis à autorisation (cf. *supra* I.B.2) – ne sont pas tenus d'appliquer la CCT Location de services. Voir CONSEIL FÉDÉRAL, p. 14.

¹⁴⁵ Voir PÄRLI, *Private Haushalte*, N 58.

¹⁴⁶ Art. 12 CCT Location de services (durée hebdomadaire normale : 42 heures ; durée maximale : 45 heures ; suppléments dus en cas de dépassement).

¹⁴⁷ A savoir des organes de contrôle relevant du droit privé, voir art. 357b CO.

¹⁴⁸ Voir notamment l'ordonnance 2 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 2 ; RS 822.11). Les art. 4 et 17 OLT 2 prévoient des dérogations pour les entreprises de soins à domicile.

¹⁴⁹ Voir c. 4.4.2 et 4.6.

2. Application de la loi sur le travail

a. ATF 148 II 203

A la suite d'une action intentée par un syndicat¹⁵⁰ défendant des personnes affectées à la prise en charge de seniors à domicile 24 heures sur 24 (selon un tournus tous les 21 jours), le Tribunal fédéral a tranché le 22 décembre 2021 la question de savoir si le personnel loué à un ménage privé est fondé à se prévaloir des normes de la loi sur le travail relatives à la durée du travail et du repos. L'arrêt du Tribunal rappelle que cette loi s'applique lorsque la personne à assister a conclu un contrat de *mandat* avec une organisation d'aide et de soins à domicile qui met du personnel à sa disposition¹⁵¹. En revanche, elle ne s'applique pas – en vertu de l'exception prévue à l'art. 2 al. 1 let. g LTr – lorsque le ménage privé a conclu un contrat de travail avec l'aide à domicile, directement ou via une agence de placement¹⁵².

Quid en cas de location de services ? En pareille hypothèse, selon le Tribunal fédéral, le ménage locataire de services doit être qualifié d'entreprise au sens de l'art. 1 al. 2 LTr¹⁵³. Eu égard à la volonté du législateur d'étendre le champ d'application des normes protectrices de la loi sur le travail au plus grand nombre de travailleurs et de travailleuses, le Tribunal est d'avis qu'il faut interpréter de façon restrictive l'exception prévue par l'art. 2 al. 1 let. g LTr et ne pas l'appliquer lorsque les services d'une aide à domicile sont loués à un ménage afin de servir non seulement les besoins privés de la personne à assister, mais aussi le but commercial de l'entreprise bailleresse de services¹⁵⁴. Par conséquent, la loi sur le travail régit de façon impérative les conditions de travail des aides à domicile dont les services ont été loués à un ménage privé.

b. Plateformes numériques

Lorsque le recours à une aide à domicile se fait via une plateforme numérique, il sied de déterminer si la société qui la gère pratique la location de services,

¹⁵⁰ Habilité à agir selon l'art. 58 LTr.

¹⁵¹ ATF 148 II 203, c. 3.4.3, 4.6. Voir *supra* III.B.

¹⁵² ATF 148 II 203, c. 4.3, 4.4 et 4.6. Voir *supra* II.C.2.d.

¹⁵³ ATF 148 II 203, 3.4.3.

¹⁵⁴ ATF 148 II 203, c. 4.2, 4.6.

auquel cas la loi sur le travail s'applique comme jugé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt susmentionné¹⁵⁵, ou si elle se limite au contraire à faire du placement¹⁵⁶. Dans cette seconde hypothèse, la plateforme joue le rôle d'une simple intermédiaire entre l'aide à domicile et le ménage qui l'emploie pour satisfaire ses besoins privés. L'exception figurant à l'art. 2 al. 1 let. g LTr est réalisée et la loi sur le travail ne trouve pas application¹⁵⁷.

Ainsi, les sociétés gérantes de plateformes numériques voulant éviter les prescriptions de la loi sur le travail relatives à la durée du travail et du repos pourraient être tentées, à l'avenir, de se définir comme des agences de placement (art. 2 LSE), plutôt que comme des entreprises baillereses de services (art. 12 LSE)¹⁵⁸. Toutefois, comme déjà expliqué, cette seconde qualification (location de services) s'impose lorsque la société fournit, en sus de son activité de placement, d'autres prestations, comme la planification du travail ou la tenue des comptes¹⁵⁹.

En pratique, il arrive que des sociétés proposent à la fois du placement et de la location de services, en fonction des demandes. Par exemple, depuis le 1^{er} janvier 2021, le « *Batgroup SA* », spécialisé dans le secteur du nettoyage à domicile, se compose de trois entités, à savoir « *Batmaid* », qui emploie du personnel de nettoyage dont les services sont réservés via la plateforme du même nom, « *Batwork* », qui met « en relation des agents de ménage et des employeurs privés » et « *Batsoft* : la plateforme pour déclarer, assurer et gérer son employé de ménage ». Le groupe déclare vouloir ainsi lutter contre le travail au noir¹⁶⁰.

¹⁵⁵ ATF 148 II 203.

¹⁵⁶ ATF 148 II 426, c. 6.1, 7.2 (*Uber Eats*).

¹⁵⁷ *Supra* II.A.2 et II.C.2.d.

¹⁵⁸ Dans ce sens : SCHWAAB, p. 5.

¹⁵⁹ Voir TF 2C_132/2018 du 2 novembre 2018, c. 4 et *supra* II.A.2. Voir aussi KULL, p. 134.

¹⁶⁰ Voir le blog <https://batmaid.ch/blog/fr/batmaid-va-devenir-un-groupe> (consulté le 30 janvier 2023).

IV. Conclusion

Véritable coup de théâtre dans l'histoire des conditions de travail des aides à domicile, l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 22 décembre 2021¹⁶¹ mérite d'être applaudi¹⁶². Fruit d'une mobilisation collective¹⁶³, l'arrêt montre clairement que le modèle de la prise en charge 24 heures sur 24 par une seule personne dont les services sont loués au ménage pendant 21 jours consécutifs (comme dans le cas d'espèce) est inadmissible en Suisse¹⁶⁴. Pour pouvoir offrir de telles prestations, les agences doivent prévoir, sans délai¹⁶⁵, non seulement plus de personnel, mais aussi plus d'argent, compte tenu des règles impératives de la loi sur le travail sur les suppléments à verser en cas de travail supplémentaire, nocturne ou dominical¹⁶⁶.

Après un tel rebondissement, quel sera le dénouement de l'histoire ? Il semble que le dernier chapitre soit en cours d'écriture dans la Berne fédérale. En effet, la jurisprudence susmentionnée suscite de vives discussions au sein des milieux économiques concernés inquiets que le modèle de l'aide à domicile devienne trop coûteux, alors que les EMS n'ont pas la capacité d'accueillir une grande partie des seniors actuellement pris en charge dans leurs propres murs¹⁶⁷. Dans ce contexte, le SECO examine avec les partenaires sociaux si une adaptation du régime de dérogation prévu par l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail¹⁶⁸ serait envisageable¹⁶⁹. Les négociations en cours détermineront dans quelle mesure les aides à domiciles dont les services sont loués

¹⁶¹ ATF 148 II 203.

¹⁶² Dans ce sens : PÄRLI, *Besprechung*, pp. 109 s. ; SCHWAAB, pp. 4 s.

¹⁶³ A ce sujet : SCHILLIGER/SCHWITER/STEINER, p. 7.

¹⁶⁴ Voir PÄRLI, *Besprechung*, p. 109.

¹⁶⁵ Aucun délai transitoire ne peut être accordé, comme expliqué par le Conseil fédéral dans sa réponse à l'Ip 22.4135 Germann « Ne démantelons pas le modèle d'accompagnement avec hébergement de la personne accompagnante à domicile ».

¹⁶⁶ Art. 13, 17b et 19 LTr. Voir MÜLLER, p. 664.

¹⁶⁷ KULL, pp. 134 s.

¹⁶⁸ Art. 4 ss, 17 OLT 2.

¹⁶⁹ Voir les réponses du Conseil fédéral à la question 22.7734 Maître « Des solutions pratiques pour l'accompagnement à domicile des seniors (live-in) » et à l'Ip 22.4135 Germann « Ne démantelons pas le modèle d'accompagnement avec hébergement de la personne accompagnante à domicile ».

par un ménage privé bénéficieront à l'avenir de meilleures conditions de travail, respectueuses de leur santé et de leur repos, conformément aux art. 10 et 13 de la Convention OIT n° 189.

La sécurité et de la santé au travail étant devenue une question prioritaire au niveau de l'OIT¹⁷⁰, il se peut que sa Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR) pose à l'avenir des exigences plus strictes que par le passé en lien avec la mise en œuvre des art. 10 et 13 C189¹⁷¹.

Or, pour les aides à domicile engagées directement par un ménage privé, l'ATF 148 II 203 n'apporte aucune amélioration. Les ménages privés employeurs demeurent exclus du champ d'application de la législation publique sur la durée du travail et du repos¹⁷². Ainsi, malgré les progrès réalisés en Suisse depuis la ratification de la Convention OIT n° 189 (notamment le modèle de CTT en matière de prise en charge 24 heures sur 24 énonçant des règles très précises – quoique non impératives – sur la rémunération du temps de présence et l'enregistrement du temps de travail), la « loi du foyer domestique »¹⁷³ continue à s'appliquer, le ménage privé apparaissant encore trop souvent comme une bulle hermétique au sein de laquelle les règles usuelles de droit du travail n'opèrent pas.

¹⁷⁰ Voir aussi la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail (1998, révisée en 2022).

¹⁷¹ Les dernières demandes directes (2021) adressées par la CEACR à la Suisse en lien avec la C189 ne concernaient ni le temps de travail (art. 10) ni la santé et la sécurité au travail (art. 13). Voir : https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:4123678,102861 (consulté le 30 janvier 2023).

¹⁷² Voir *supra* II.C.2.d.

¹⁷³ BLACKETT, p. 115.

Bibliographie

BLACKETT ADELLE, *Everyday Transgressions : Domestic Workers' Transnational Challenge to International Labor Law*, Ithaca 2019.

BLESI ALFRED/PIETRUSZAK THOMAS/WILDHABER ISABELLE (édit.), *Arbeitsgesetz : Kurzkommentar*, Bâle 2018 (cité : KUKO ArG-AUTEUR.E).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Soins aux personnes âgées : encadrer la migration pendulaire, rapport en réponse au postulat Schmid-Federer 12.3266 du 16 mars 2012*, Berne 2012.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, 2^e éd., Berne 2022 (cité : CS CIT-AUTEUR.E).

FÉLIX ROMAIN, *Location de services versus autres contrats de prestations : critères de distinction*, in : Wyler (édit.), *Panorama III en droit du travail*, Berne 2017, pp. 779-806.

GEISER THOMAS, *Rechtsprechungspanorama Arbeitsrecht : Ausgewählte Entscheide aus den Jahren 2019/2020*, in : PJA 11/2020, pp. 1446-1459.

HENSCH ANGELA, *Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexternen Krankenpflege*, in : *Pflegerecht* 1/2012, pp. 11-27.

KULL MICHAEL, *Personalverleih als Lösung in der Krise? aktuelle Entwicklungen und Probleme*, in : Pärli (édit.), *6. Basler Arbeitsrechtstagung: Bedeutung und Aufgabe des Arbeitsrechts in der Krise*, Zurich 2022, pp. 123-138.

LEMPEN KARINE, *Les Conventions de l'OIT sur la maternité (n° 183) et le travail domestique (n° 189)*, in: Wyler/Meier/Marchand (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Zurich 2015, pp. 201-212.

LEMPEN KARINE/SALEM RACHEL, *Travail domestique en Suisse*, in: DTA 2/2017, pp. 79-91.

LEMPEN KARINE/MAJOR MARIE, *Les normes de l'OIT et les discours sur le temps de travail en Suisse*, in : Dagron/Dupont/Lempen (édit.), *L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?*, pp. 81-135.

MEDICI GABRIELA, Migrantinnen als Pflegehilfen in Schweizer Privathaushalten: menschenrechtliche Vorgaben und staatliche Handlungspflichten, thèse, Zurich 2015.

MÜLLER ROLAND, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 2C_470/2020 vom 22. Dezember 2021, Verband Personals öffentlicher Dienste (VPOD) gegen Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt, 24-Stunden-Betreuung, in: PJA 6/2022, pp. 661-664.

OFFICE FÉDÉRAL DES STATISTIQUES (OFS), Evolution de la prise en charge médico-sociale des personnes âgées, 2010–2019, Neuchâtel 2021.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), Garantir un travail décent au personnel infirmier et aux travailleurs domestiques, acteurs clés de l'économie au soin à autrui, BIT Genève 2022 (cité : *Garantir un travail décent*).

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), Making decent work a reality for domestic workers, Genève 2021 (cité : *Decent Work*).

PÄRLI KURT, Private Haushalte: Anwendung des Arbeitsgesetzes?, in: Jusletter 27. Mai 2019 (cité : *Private Haushalte*).

PÄRLI KURT, Urteilsbesprechung BGer 2C_470.2020 vom 22. Dezember 2021, Vorinstanz: Appellationsgericht Basel-Stadt, Verwaltungsgericht, Urteil vom 10. April 2020, VD.2019.13, in: BJM 2/2022, pp. 96-110 (cité : *Besprechung*).

PERRENOUD STÉPHANIE, Soins à l'hôpital, soins à domicile et soins en EMS : quelles différences ?, in : RSAS 5-6/2015, pp. 415-437 et 524-566.

SCHILLIGER SARA/SCHWITER KARIN/STEINER JENNIFER, Care crises and care fixes under Covid-19 : the example of transnational live-in care work, in : Social and Cultural geography (2022).

SCHWAAB JEAN-CHRISTOPHE, Un ménage à trois n'est pas un ménage privé ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_470/2020, in : Newsletter DroitDuTravail.ch, janvier 2015.

SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Modèle de CTT en matière de prise en charge 24 heures sur 24, Berne 2017 (cité : *Modèle de CTT*).

SECRÉTARIAT D'ETAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Rapport LTN 2021 : Exécution de la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir, Berne 2022 (cité : *Rapport LTN*).

SECRÉTARIAT D'ETAT À L'ÉCONOMIE (SECO), FlaM Bericht 2021: Umsetzung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr Schweiz – Europäische Union, Berne 2022 (cité : *FlaM*).

SECRÉTARIAT D'ETAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Les personnes à assister et leurs proches : Aide-mémoire, Berne 2022, disponible à : <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/seco/nsb-news/medienmitteilungen-2018.msg-id-71402.html> (cité : *Aide-mémoire*).

VOGLER MANUEL, Haushaltshilfen im schweizerischen Arbeitsrecht, Zurich 2016.

WAGNER REMO, Die Rund-um-die-Uhr-Betreuung in der Pflege, in: PJA 6/2016, pp. 768-777.

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire Romand : Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO-AUTEUR.E).

Contrats d'hébergement en appartement protégé

Qualification contractuelle et éléments de procédure

*François Bohnet**

*Yan Wojcik***

Table des matières

I.	Introduction	157
II.	Différentes formes d'hébergement	157
III.	Régimes cantonaux encadrant la mise à disposition d'appartements protégés	159
A.	Parties à la relation juridique	160
1.	Personnes âgées	160
2.	Cocontractant	161
B.	Appartement adapté	162
1.	Exigence géographique	162
2.	Exigences architecturales	163
C.	Prestations d'encadrement offertes	164
1.	Types de prestations	164
a.	Prestations relatives à la sécurité	166
b.	Prestations socioculturelles	166
c.	Prestations d'assistance	167
d.	Prestations de soins	168
2.	Prestataire de l'encadrement	170
a.	Personne du prestataire	170
b.	Facturation des prestations	171
D.	Synthèse	172
IV.	Qualification contractuelle de l'hébergement des personnes âgées	173
A.	Contrat de bail	173

* Professeur à l'Université de Neuchâtel, Bâtonnier de l'Ordre des Avocats Neuchâtelois, LL.M., avocat spécialiste FSA droit du bail.

** Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel, avocat.

1. Cession d'usage d'un appartement adapté	173
2. Contrat de bail atypique	174
a. Notion	174
b. Prépondérance de la cession de l'usage en cas d'appartement adapté	175
B. Contrat innommé ou composé	176
1. Contrat de pension	176
a. Contenu de la relation juridique	176
b. Qualification contractuelle à retenir	178
2. Application du droit du bail	180
a. Cession à titre onéreux de l'usage d'habitation	180
b. Prépondérance des prestations d'encadrement	185
i. Critère jurisprudentiel	185
ii. Critique de la doctrine	186
C. Synthèse	189
V. Éléments de procédure	190
A. Introduction	190
B. Théorie des faits de double pertinence	190
1. Principe	190
2. Droit du bail	191
C. Règles de compétence	193
1. Compétence locale	193
2. Compétence matérielle	194
a. Autorité paritaire de conciliation	194
i. Impérativité des règles légales	194
ii. Etendue de la compétence matérielle	195
iii. Sanction de l'incompétence	196
b. Tribunal de première instance	197
i. Principe	197
ii. Règle de compétence des juridictions spécialisées	198
3. Procédure applicable	201
a. Procédure simplifiée	201
b. La procédure de cas clair	202
VI. Conclusion	203
Bibliographie	204
Documents officiels	211

I. Introduction

Avec l'augmentation notoire du nombre de personnes âgées, tout un pan de l'immobilier s'est développé autour des appartements protégés¹, au cœur de diverses politiques sociales. Elles se traduisent dans des régimes cantonaux disparates, fédéralisme oblige. Si plusieurs études empiriques et statistiques ont déjà été réalisées sur ce thème, en revanche, les analyses juridiques sont encore discrètes². Or, la qualification juridique du contrat d'hébergement en appartement protégé se révèle plutôt complexe, même si les régimes cantonaux n'envisagent que la conclusion de baux à loyer. Toutefois, la qualification de la relation ne saurait dépendre du droit cantonal ou du seul intitulé du contrat.

La présente contribution se trouve donc à la croisée de différents chemins. Pour étudier l'hébergement des personnes âgées en appartements protégés, il convient en premier lieu de présenter le contenu (potentiel) de cette relation juridique (II et III). Puis, en deuxième lieu, il convient de la qualifier juridiquement. L'enjeu réside dans l'application des dispositions protectrices du droit du bail (IV). En troisième lieu, la présente contribution esquissera quelques effets de ladite qualification sur les règles procédurales (V).

II. Différentes formes d'hébergement

Il existe différentes formes d'hébergement pour personnes âgées³. Elles peuvent être classées selon les prestations offertes en complément de la mise à disposition d'une chambre ou d'un appartement⁴. Une personne âgée peut ainsi demeurer dans un logement dont elle est propriétaire ou dont elle dispose

¹ BREITSCHMID, p. 24.

² Cf. BORCHI, p. 27, qui déclarait en 2004, qu'« une analyse de la doctrine et de la jurisprudence montre très clairement que le débat concernant les personnes âgées se développe essentiellement en relation aux assurances sociales et à l'âge de la retraite ».

³ Par souci de concision, il est renvoyé, pour une étude approfondie des différentes formes de logement, à HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI. Cf. également le panorama dressé par HOPPLER-WYSS, N 569 ss.

⁴ HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 33.

en raison d'un contrat de bail. Le cas échéant, elle peut recourir à l'aide et aux soins à domicile⁵.

Lorsque la situation l'impose, la personne âgée peut devoir s'établir dans un établissement traditionnel destiné aux personnes âgées, tels un home ou un EMS⁶. A certaines conditions, en particulier en cas d'incapacité de discernement de la personne âgée, un corps de règles spécifiques trouve ainsi à s'appliquer, à savoir les art. 382 ss CC⁷.

Développés dans les années 1980⁸, les appartements protégés constituent une structure intermédiaire entre les institutions traditionnelles et le logement ordinaire⁹. En conséquence, les logements protégés relèvent des politiques de maintien à domicile¹⁰. C'est précisément la particularité de cette situation « à mi-chemin » qui engendre les difficultés de qualification contractuelle que la présente contribution aborde.

⁵ Cf. FAVRE/VITTOZ, p. 572, qui rappellent le rôle principal dans ce domaine des cantons et celui secondaire de la Confédération.

⁶ CommFam-LEUBA/VAERINI, Introduction aux art. 382-387 CC N 16, qui précisent que la différence se trouve dans la fourniture de prestations médicales en complément du cadre socio-hôtelier.

⁷ CommFam-LEUBA/VAERINI, Introduction aux art. 382-387 CC N 7 ss ; BSK ZGB I-KÖBRICH, art. 382 CC N 4 ; HOTZ, pp. 822 ss.

⁸ HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 158 ; IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 8.

⁹ IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 5, qui considèrent qu'il s'agit d'une institution relevant des soins longue durée ; ANKERS/SERDALY, *Habitat*, p. 9 ; HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 159 ; ANKERS/SERDALY, *Prise en charge*, p. 21.

¹⁰ Art. 10 al. 2 let. c LAPRAMS/VD ; art. 1 et 3 al. 2 LORSDDom/GE ; art. 10 al. 1 LSLD/VS. Cf. également HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 159, qui considèrent qu'il s'agit du but premier de cette forme de logement ; Directives/VS, ch. 3.

III. Régimes cantonaux encadrant la mise à disposition d'appartements protégés

Les législations cantonales romandes prévoient des dispositions spécifiques pour les appartements protégés¹¹. Il s'agit des cantons du Jura¹², de Neuchâtel¹³, de Genève¹⁴, de Vaud¹⁵ ainsi que du Valais¹⁶. La législation fribourgeoise contient une disposition relative aux coûts des soins dans les habitations communautaires qui correspondent, dans une certaine mesure, aux appartements protégés¹⁷. Il n'existe pas de définition uniforme de l'appartement protégé et les différentes législations cantonales ne présentent pas le même degré normatif¹⁸. La terminologie utilisée varie entre les différentes législations cantonales. Cette différence terminologique s'aggrave encore en raison de l'absence d'uniformité entre le langage technique et le langage juridique utilisés par lesdites législations¹⁹.

La présente contribution recourt à la terminologie retenue par la littérature non-juridique francophone existante sur ce thème²⁰. L'appartement adapté se définit comme « un logement dans lequel une personne en situation de handicap physique ne rencontre pas de barrière architecturale »²¹. L'appartement

¹¹ Pour un aperçu de la situation légale dans les différents cantons depuis 2016, cf. OESCH/KÜNZLI, pp. 2 ss ; IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 7.

¹² Art. 16 LOG/JU ; art. 67 ss OOG/JU.

¹³ Art. 13 ss REPRA/NE.

¹⁴ Art. 20 ss RORSDom/GE.

¹⁵ Art. 16 ss LAPRAMS/VD ; art. 18 ss RLAPRAMS/VD.

¹⁶ Art. 10 LSLD/VS.

¹⁷ Art. 8 al. 3 LPMS/FR.

¹⁸ OESCH/KÜNZLI, p. 2 ; HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 159 ; IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 5 ; ANKERS/SERDALY, *Prise en charge*, p. 23.

¹⁹ IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 8.

²⁰ Cf. notamment ANKERS/SERDALY, *Habitat*, pp. 8 ss ; Brochure/VD, p. 4. Les termes germanophones sont : « *Betreutes Wohnen* » ou « *Wohnen mit Service* », cf. notamment RÜEGGER, p. 6.

²¹ ANKERS/SERDALY, *Habitat*, p. 8, qui précisent qu'il s'agit donc de « logements conçus pour répondre aux besoins de personnes vieillissantes et qui leurs sont spécifiquement destinés ». Cf. également HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 158.

protégé est un appartement adapté auquel s'ajoutent différentes prestations d'encadrement²².

A. Parties à la relation juridique

1. Personnes âgées

La législation cantonale réserve l'usage des appartements en question à certains types de personnes physiques²³. Le cercle des destinataires de ces politiques sociales cantonales se circonscrit autour des personnes âgées, soit, en principe²⁴, autour des personnes qui ont atteint l'âge légal de la retraite²⁵. Toutefois, le cercle des bénéficiaires est parfois élargi aux personnes au bénéfice de l'assurance-invalidité²⁶ ou simplement aux personnes en situation de dépendance²⁷. Par ailleurs, ledit cercle de bénéficiaires peut également être restreint par des conditions supplémentaires, par exemple une durée de résidence dans le canton²⁸ ou par l'effectivité du besoin de sécurité et de contacts sociaux²⁹ ou d'assistance³⁰.

²² ANKERS/SERDALY, *Habitat*, p. 9 ; IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 5 ; HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 158 ; OESCH/KÜNZLI, p. 2 ; ANKERS/SERDALY, *Prise en charge*, p. 22, qui distinguent selon les prestations de base et celles à choix du preneur ; WERNER et al., p. 16, qui ne distinguent pas les logements adaptés des logements protégés.

²³ Cf. art. 3 al. 5 LORSDom/GE.

²⁴ Cf. toutefois MAGISTRINI, p. 22, qui mentionne l'absence de contrôle effectif dans le canton de Neuchâtel.

²⁵ Art. 2 REPRANE ; art. 20 al. 1 et 21 al. 1 RORSDom/GE (avec une dérogation prévue à l'art. 21 al. 5). Cf. toutefois art. 3 et 16 al. 2 LAPRAMS/VD et art. 1 LOG/JU, qui mentionnent les personnes âgées de manière plus générale.

²⁶ Art. 2 REPRANE.

²⁷ Art. 16 LAPRAMS et art. 18 RLAPRAMS. Cf. également ZH/OGer, NG170023 du 5 juin 2018, c. 1.1 ; BISANG, *mp* 4/2010, N 55 ; BISANG, *MRA* 4/2013, N 6.

²⁸ Art. 21 al. 2 RORSDom/GE.

²⁹ Art. 21 al. 1 RORSDom/GE ; art. 18 RLAPRAMS/VD ; art 16 LOG/JU.

³⁰ Art. 16 al. 1 LOG/JU, qui précise que les personnes concernées ne nécessitent ni placement en EMS ni en unité de vie psychogériatrique.

Les études statistiques indiquent que les personnes du quatrième âge (80 ans et plus) ont davantage recours aux appartements protégés³¹. Les handicaps physiques sont également pertinents, en sus du critère de l'âge, pour délimiter le cercle des bénéficiaires³². La doctrine discute le moment à partir duquel une personne devient une personne âgée. En effet, l'art. 112c Cst. recourt à cette notion sans la définir. Il convient de retenir que la notion ne dépend pas d'un âge précis, mais de la prise en compte de la situation de dépendance dans laquelle se trouve la personne en raison de son âge³³. Cette interprétation peut être mobilisée en cas de difficulté d'interprétation du droit cantonal.

2. Cocontractant

La personne propriétaire ou la personne de l'« ayant droit » de l'appartement mis à disposition ne se confond pas nécessairement avec la personne qui offre l'encadrement. Si ces deux personnes ou entités peuvent se recouper, aucune législation cantonale n'impose directement une telle identité pour l'ensemble des prestations. La personne du prestataire d'encadrement est abordée plus en détail par la suite.

La mise à disposition de l'appartement est en règle générale le fait d'une personne morale³⁴. Plus précisément, il s'agit d'EMS, d'organismes d'utilité publique, de communes ainsi que de sociétés commerciales³⁵. Le droit cantonal prévoit parfois certaines cautions lorsque l'appartement n'est pas mis à disposition par un organisme public, telle qu'une collaboration contractualisée, voire le recours au mécanisme de location par un intermédiaire puis de sous-

³¹ HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 161 ; IMHOF/MAHRER IMHOF, pp. 9 s. Ces auteurs et cette auteure précisent que certains couples du troisième âge relèvent également du cercle des bénéficiaires. Cf. également BEDIN et al., p. 18, qui précisent que l'âge médian d'emménagement est de 73 ans dans le canton de Vaud.

³² ANKERS/SERDALLY, *Habitat*, p. 9, qui précisent que le public cible est constitué des « personnes âgées en situation de fragilité » ; HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 161 ; IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 10.

³³ Pour le paragraphe, CR CST-DUPONT, art. 112c Cst. N 7 ; BSK BV-GÄCHTER/FILIPO, art. 112c Cst. N 6.

³⁴ Cf. art. 23 al. 1 RORSDom/GE ; art. 6 let. a et 8 REPR/NE.

³⁵ HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 160 ; IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 7 ; ANKERS/SERDALLY, *Habitat*, p. 10. Cf. également MAGISTRINI, p. 21.

location au senior³⁶. Par ailleurs, les législations cantonales prévoient une procédure de reconnaissance ou d'autorisation pour le ou la propriétaire³⁷. Un régime de surveillance est également prévu³⁸. L'examen de ces procédures dépasse le cadre de cette contribution et n'a pas d'influence directe sur la qualification contractuelle, de sorte que la lectrice ou le lecteur est renvoyé aux différentes contributions déjà rédigées sur ce thème³⁹.

B. Appartement adapté

En principe, les immeubles concernés s'inscrivent dans une planification cantonale⁴⁰. Envisagés comme outil de maintien à domicile, les logements en question doivent être aménagés selon les besoins de la personne âgée de manière à maintenir son autonomie⁴¹. Partant, deux types d'exigences sont formulées, une première quant à l'emplacement géographique et une seconde de nature architecturale.

1. Exigence géographique

La première exigence est relative à la situation géographique de l'appartement protégé. Celui-ci doit en principe se situer dans une zone urbanisée à proximité

³⁶ Brochure/VD, p. 27, qui prévoit un accord de collaboration ainsi que l'engagement de la personne référente ; Directives/VS, ch. 4, qui prévoient la signature d'un contrat de collaboration.

³⁷ Art. 5 ss REPR/NE ; cf. art. 17 LAPRAMS/VD, qui subordonne une aide financière à l'examen de conditions particulières en lien avec la structure qui fournit les prestations médico-sociales ou psychoéducatives ; art. 22 al. 1 et 25 RORSDom/GE ; art. 10 al. 3 LSLD/VS et art. 4 let. i OLSLD/VS ; ANKERS/SERDALY, *Prise en charge*, p. 33.

³⁸ Art. 25 al. 5 RORSDom/GE, en particulier en ce qui concerne la convention entre la personne propriétaire et l'exploitant à Genève (cf. art. 26 al. 8 RORSDom/GE).

³⁹ Cf. MAGISTRINI, pp. 23 ss ; FAVRE/VITTOZ, pp. 574 ss. Cf. également WERNER et al., p. 21.

⁴⁰ MAGISTRINI, p. 19 ; ANKERS/SERDALY, *Prise en charge*, p. 33 ; art. 22 al. 1 RORSDom/GE.

⁴¹ Art. 67 al. 1 OOG/JU ; HOPPLER-WYSS, N 710.

des commerces, cafés et transports publics⁴². Cette exigence se comprend à l'aune des besoins de sociabilité et d'accessibilité aux commerces et lieux culturels des personnes âgées.

Nous l'avons mentionné, les appartements protégés peuvent être situés à proximité des EMS (voire offerts par ces derniers⁴³). Certaines législations subordonnent cette proximité à des conditions supplémentaires. Par exemple, la législation neuchâteloise impose des critères architecturaux ainsi qu'une gestion administrative différenciée⁴⁴. De même, le canton de Vaud autorise, dans les cas exceptionnels et pour autant que l'espace architectural le permette, la présence de logements protégés dans les locaux d'un EMS⁴⁵.

2. Exigences architecturales

Le respect de critères architecturaux spécifiques constitue une seconde exigence. Les appartements protégés doivent être adaptés aux besoins de la personne âgée et prévoir des espaces communautaires⁴⁶. C'est pourquoi plusieurs législations cantonales renvoient à la norme SIA 500⁴⁷, intitulée « Constructions sans obstacle », qui sert à promouvoir le principe de l'égalité dans le domaine du bâtiment, à savoir « faciliter à tous l'utilisation d'un bâtiment, même à ceux dont la mobilité est réduite, aux personnes âgées [...] »⁴⁸. En outre, les législations cantonales prévoient des directives ou des recommandations qui précisent les critères architecturaux desdits appartements⁴⁹.

⁴² Art. 67 al. 2 OOG/JU ; art. 10 al. 1 LSLD/VS, qui mentionne une proximité avec les lieux de service. Cf. Brochure/VD, pp. 4 et 9, qui mentionne une localisation proche des prestataires de services ; Directives/VD, ch. 2 ; IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 8.

⁴³ ANKERS/SERDALY, *Habitat*, p. 10, qui considèrent que « cette proximité permet d'offrir aux occupants une continuité dans leur lieu de vie, si leur état de santé s'aggrave ».

⁴⁴ Art. 18 REPRA/NE ; Directives/VD, ch. 2 ; Brochure/VD, p. 28.

⁴⁵ Brochure/VD, p. 28.

⁴⁶ Art. 16 al. 1 LOG/JU ; art. 71 al. 1 OOG/JU ; art. 20 al. 1 let. a et b RORSDom/GE, qui prévoit que le système de sécurité doit être intégré au bâti ; art. 16 al. 2 et 19 REPRA/NE ; art. 16 al. 2 LAPRAMS/VD ; art. 10 al. 1 LSLD/VS.

⁴⁷ Art. 17 al. 1 REPRA/NE ; art. 5 Directives/JU ; cf. également Brochure/VD, pp. 4 s., qui se réfère à la Norme SIA 500. Cf. également IMHOF/MAHRER IMHOF, pp. 7 s.

⁴⁸ Norme SIA 500, avant-propos, p. 4.

⁴⁹ Art. 5 Directives/JU, qui renvoient aux directives « Habitat pour personnes âgées : le standard suisse en matière de conception architecturale » et la liste de contrôle qui en

Il ressort des études effectuées à ce sujet que les appartements protégés comprennent de 1 à 3,5 pièces et sont pourvus d'une cuisine et d'une salle de bain⁵⁰. La législation jurassienne définit spécifiquement la composition des appartements protégés, prévoyant que ceux-ci comportent en principe 2 ou 3 pièces et une salle de bain⁵¹. D'autres espaces supplémentaires (p. ex. un balcon, une terrasse ou un espace extérieur commun) sont prévus dans ses directives⁵².

C. Prestations d'encadrement offertes

1. Types de prestations

Nous l'avons mentionné⁵³, la distinction entre l'appartement adapté et l'appartement protégé réside dans l'offre des prestations d'encadrement. Il n'existe pas de régime uniforme quant au nombre ou à l'espèce des prestations offertes, qui peuvent ainsi varier entre les cantons et les institutions⁵⁴. Il ressort des législations cantonales que le catalogue de prestations prévues constitue un minimum⁵⁵. La législation neuchâteloise se limite à l'énumération des presta-

fait partie intégrante ; Brochure/VD, pp. 9 ss, qui prévoit plusieurs précisions en lien avec l'agencement du logement ; art. 16 al. 1 REPR/NE ; Brochure/NE, pp. 16 s., cf. également MAGISTRINI, p. 21, qui précise que de telles directives n'ont toutefois pas été rendues ; art. 10 al. 3 LSLE/VS. Cf. également Directives/VS, ch. 5, très précises au sujet de l'architecture des logements.

⁵⁰ IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 7, qui mentionnent des appartements d'une à deux pièces. Cf. également ANKERS/SERDALY, *Prise en charge*, p. 22, qui précisent que « les exigences architecturales [...] varient selon les cantons » ; dans le même sens, HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, pp. 159 s., qui citent d'autres études dont il ressort que les appartements protégés ont 2,5 à 3,5 pièces « et assez souvent 1,5 pièce ».

⁵¹ Art. 71 al. 1 OOG/JU.

⁵² Art. 6 Directives/JU.

⁵³ *Supra* III, introduction.

⁵⁴ ANKERS/SERDALY, *Habitat*, p. 9 ; ANKERS/SERDALY, *Prise en charge*, p. 22 ; HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 162 ; BARMETTLER et al., p. 225, figure B43. Cf. également RÜEGGER, p. 6, qui précise qu'il est recouru auxdites prestations en raison d'un besoin ou d'une envie de confort.

⁵⁵ Art. 68 al. 1 2^e tiret OOG/JU ; art. 13 *in initio* REPR/NE ; Brochure/NE, p. 18 ; art. 20 al. 2 RORSDom.

tions relatives à la sécurité et de type socioculturel⁵⁶. Il semble s'agir du dénominateur commun des différents régimes cantonaux⁵⁷. Une telle limitation ne signifie pas que des prestations supplémentaires ne peuvent pas être proposées à la personne occupant un logement protégé⁵⁸. Ainsi, certaines législations prévoient en outre que des prestations socio-hôtelières, socio-éducatives ou thérapeutiques doivent être proposées à la personne âgée qui les demande ou qui en présente le besoin⁵⁹.

La population qui recourt aux appartements protégés choisit ce type de logement au vu du libre choix des prestations proposées⁶⁰. En conséquence, le nombre de prestations réellement offertes ne peut être déterminé abstraitement pour tous les appartements protégés. La situation de chaque cas d'espèce doit être examinée. Il ressort néanmoins des statistiques que l'éventail de prestations d'encadrement se compose du système d'alarme, des visites de sécurité, de la présence constante d'une personne de contact dans l'immeuble, de l'organisation d'activités et d'événements, du service de repas, du service de nettoyage, du service de blanchisserie, de l'assistance et des soins⁶¹.

En conséquence, les prestations évoquées peuvent être classées en quatre catégories, à savoir les prestations relatives à la sécurité, les prestations socioculturelles, les prestations d'assistance et les prestations de soins.

⁵⁶ Cf. art. 13 REpra/NE ; Brochure/NE, p. 20 ; WERNER et al., p. 17, qui précisent qu'il s'agit de prestations formant le *Kernangebot*.

⁵⁷ Comp. art. 13 REpra/NE ; art. 68 OOG/JU ; art. 20 RORSDom/GE ; art. 19 RLAPRAMS/VS ; art. 10 LSLD/VS.

⁵⁸ MAGISTRINI, p. 22 ; Brochure/NE, p. 20. Cf. dans le même sens art. 26 al. 4 RORSDom/GE ; ANKERS/SERDALY, *Prise en charge*, p. 25.

⁵⁹ Art. 68 al. 1 2^e tiret OOG/JU ; art. 20 RLAPRAMS/VD, qui prévoit des prestations socio-éducatives pour les personnes qui souffrent d'un handicap mental ou de troubles psychiques (appartement supervisé).

⁶⁰ Art. 20 al. 2 et 26 al. 4 RORSDom/GE ; HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 159 ; WERNER et al., p. 18, qui mentionnent également l'absence de prestations ; ANKERS/SERDALY, *Habitat*, p. 10 ; ANKERS/SERDALY, *Prise en charge*, p. 25.

⁶¹ WERNER et al., p. 17 ; IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 9 ; ANKERS/SERDALY, *Habitat*, pp. 9 s. ; HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 162 ; Directives/VD, ch. 4, qui ne mentionnent pas les soins ; HOPPLER-WYSS, N 704.

a. Prestations relatives à la sécurité

Les prestations relatives à la sécurité permanente apportées à la personne âgée se composent de la présence d'un interphone à l'entrée de l'immeuble⁶², d'un système d'alarme et d'intervention (voire de recherche⁶³), de l'organisation de visites de sécurité ainsi que d'une présence régulière dans l'immeuble d'une personne qui bénéficie, en principe, d'une formation suffisante pour déterminer le service compétent pour l'occurrence en question (p. ex. composer le « 144 » ou informer l'OSAD)⁶⁴. Ces prestations visent la mise en place d'un environnement sécurisant afin de permettre le maintien à domicile recherché pour les personnes âgées qui présentent une condition médicale notoirement plus fragile⁶⁵.

En pratique, le système d'alarme, permettant de contacter une personne interne ou une institution externe, est largement proposé dans les appartements protégés. Les visites de sécurité le sont dans une mesure moins large. La personne de contact disponible de manière permanente constitue la prestation la moins offerte⁶⁶.

b. Prestations socioculturelles

Les prestations sociales et culturelles portent sur l'organisation pour les personnes âgées d'activités communautaires leur permettant de maintenir une vie sociale et un épanouissement culturel⁶⁷. Ces prestations servent à pallier la so-

⁶² Brochure/VD, p. 15.

⁶³ Art. 20 al. 1 let. e RORSDom/GE, qui prévoit pareille recherche en cas d'absence supérieure à 24 heures.

⁶⁴ Art. 16 al. 2 LAPRAMS/VD ; art. 19 al. 1 et 21 RLAPRAMS/VD ; art. 68 al. 1 2^e tiret OOG/JU ; art. 13 let. b, c et d REPRANE ; art. 20 al. 1 let. b, d et e RORSDom/GE ; Directives/VD, ch. 4 ; Brochure/VD, pp. 15 et 30 ; Brochure/NE, p. 24 ; ANKERS/SERDALY, *Habitat*, p. 9.

⁶⁵ HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 158 ; IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 9, qui le qualifie de « *zentralen Anliegen* ». Cf. également WERNER et al., p. 17 ; ANKERS/SERDALY, *Habitat*, p. 9.

⁶⁶ WERNER et al., p. 17 ; IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 9, qui précisent l'augmentation du recours à de tels dispositifs.

⁶⁷ HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 162, qui indiquent que ces prestations sont fournies plus fréquemment dans les « logements-foyers d'une certaine importance ».

litude dans laquelle les personnes âgées peuvent parfois se trouver⁶⁸. Concrètement, il s'agit de la participation à des animations, à des événements ou à des excursions ainsi qu'à des repas communs⁶⁹. Le droit neuchâtelois ajoute des prestations de ce type dans le cadre de l'emménagement des personnes âgées dans l'appartement protégé (transition avant emménagement, orientation dans l'immeuble, présentation des locataires et des intervenants, enfin aide au maintien du réseau social)⁷⁰.

Il ressort des statistiques consultées que de telles prestations sont largement proposées en pratique. Elles constituent ainsi une prestation importante et nécessaire, à tel point que certaines institutions s'en servent à des fins publicitaires⁷¹.

c. Prestations d'assistance

Les prestations d'assistance regroupent d'une part les prestations liées à l'aide au ménage, au service de blanchisserie et le service de repas⁷². D'autre part, ces prestations couvrent l'aide administrative fournie par l'institution. Aucune législation cantonale n'impose la fourniture de prestations de cette catégorie. Une telle obligation serait du reste contraire à l'objectif d'autonomie recherché.

Le premier groupe de prestations englobe les prestations qui relèvent de l'aide à domicile mentionnée à l'art. 112c Cst⁷³. Selon la doctrine, cette disposition constitutionnelle concerne les repas à domicile ou l'aide au ménage, soit l'ensemble des prestations qui permettent le maintien à domicile d'une personne âgée et qui ne correspondent pas à des soins. L'art. 112c Cst. sert ainsi à fonder l'obligation des cantons « à ce que des prestataires – en règle générale des

⁶⁸ IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 10.

⁶⁹ Art. 68 al. 1 2^e tiret OOG/JU ; art. 13 let. a et d et 19 REPR/NE ; art. 19 al. 1 RLAPRAMS/VD ; art. 20 al. 1 let. f et g RORSDom/GE ; art. 10 al. 1 LSLD/VS, qui précise expressément le but de prévention de l'isolement social ; ANKERS/SERDALLY, *Habitat*, p. 10.

⁷⁰ Art. 13 let. a REPR/NE.

⁷¹ WERNER et al., p. 17 ; IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 10.

⁷² Art. 68 al. 1 2^e tiret OOG/JU ; art. 8 al. 3 LPMS/FR, qui mentionne les prestations socio-hôtelières.

⁷³ Art. 19 al. 1 *in fine* RLAPRAMS/VD ; art. 10 al. 2 LSLD/VS ; Brochure/VD, pp. 30 s.

OSAD – fournissent ces prestations aux personnes qui ne peuvent pas ou ne veulent pas recourir à un prestataire privé ». Le concept de l'appartement protégé permet ainsi de fournir de telles prestations « à l'interne », évitant de la sorte à la personne bénéficiaire de recourir à des services externes^{74, 75}.

Lesdites prestations d'assistance ne sont pas fournies dans la même mesure entre les différentes institutions. Il ressort des statistiques à disposition que les repas à domicile sont plus largement offerts que le nettoyage de l'appartement ou le service de blanchisserie⁷⁶.

Une seconde catégorie de prestations s'ajoute aux prestations susmentionnées, à savoir l'aide administrative. On observe une disparité entre les législations cantonales quant à l'étendue de l'aide apportée. Alors que la législation neuchâteloise ne prévoit qu'une aide légère, par l'orientation vers les ressources externes⁷⁷ (p. ex. services de soins à domicile), d'autres législations prévoient une aide plus fournie⁷⁸. Ainsi, le droit genevois prévoit une aide administrative, l'accompagnement auprès de professionnels de la santé, ainsi que la rédaction de directives anticipées et la désignation d'un représentant thérapeutique⁷⁹. Cette catégorie n'est pas reprise, en tant que telle, dans le cadre des études statistiques menées sur les appartements protégés.

d. Prestations de soins

En ce qui concerne les prestations de soins, la solution juridique retenue par les cantons est hétéroclite. Certains cantons ne les prévoient pas, d'autres les mentionnent et d'autres encore les prévoient explicitement. Statistiquement, les prestations de soins (*Pflege* et *Betreuung*) sont fournies dans un peu plus de la moitié des appartements protégés⁸⁰.

⁷⁴ ANKERS/SERDALY, *Habitat*, p. 10.

⁷⁵ Pour le paragraphe et la citation, CR CST-DUPONT, art. 112c Cst. N 11.

⁷⁶ Pour le paragraphe, WERNER et al., p. 17 ; HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 162 ; IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 10.

⁷⁷ Art. 13 let. e REPR/NE. Cf. également Brochure/VD, p. 30.

⁷⁸ Art. 20 al. 1 let. i RORS/GE ; Brochure/VD, p. 30.

⁷⁹ Art. 20 al. 1 let. c, i et j RORS/GE.

⁸⁰ WERNER et al., p. 17 ; HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 162 ; IMHOF/MAHRER IMHOF, pp. 8 ss, qui précisent que ces prestations ne sont pas concrètement définies, de telle sorte qu'il est difficile de déterminer précisément le concept utilisé. Cf. également

Dans une perspective plus large, certaines législations prévoient la mise à disposition de mesures préventives et de promotion de la santé⁸¹. D'autres évoquent spécialement la fourniture de soins à domicile⁸². La législation jurassienne circonscrit le cercle des prestations offertes aux prestations paramédicales et thérapeutiques⁸³. Leur portée est limitée par le fait que la personne âgée ne doit pas présenter un besoin d'assistance nécessitant un placement en EMS⁸⁴. En effet, dites prestations de soins servent précisément à éviter l'entrée dans une institution traditionnelle⁸⁵. HOPPLER-WYSS considère que les appartements protégés ne constituent pas une forme adéquate pour la personne âgée qui montre un besoin en soins important et durable⁸⁶.

BARMETTLER et al., p. 224, figure B34, qui indiquent que des soins ambulatoires et stationnaires peuvent être fournis ; RÜEGGER, p. 6.

⁸¹ Brochure/VD, p. 28 ; art. 20 al. 1 let. h RORSDom/GE.

⁸² Art. 68 al. 2 OOG/JU, qui précise explicitement que les prestations de soins sont dispensées par l'institution (cf. également art. 70 al. 1 *in fine* OOG/JU) ; art. 19 al. 2 RLAPRAMS/VD ; art. 10 al. 2 LSLD/VS ; Brochure/VD, p. 28, qui prévoit que des prestations d'aide et de soins à domicile peuvent être proposées à certaines conditions. Cf. CR CST-DUPONT, art. 112c Cst. N 10, qui définit les soins à domicile comme « les prestations de soins de longue durée au sens des art. 25a LAMal et 7 OPAS, fournies à domicile. Il s'agit de prestations qui doivent être fournies par des infirmières ou des infirmiers indépendants ou par des organisations de soins à domicile (OSAD), et qui sont partiellement financées par l'assurance obligatoire des soins ».

⁸³ Cf. Définitions/JU, p. 4, qui définit les prestations paramédicales comme un « ensemble des prestations de soins à l'exclusion des prestations médicales et thérapeutiques » ; les prestations thérapeutiques sont exemplifiées « prestations de physiothérapie, d'ergothérapie, etc. » et les prestations médicales sont celles « fournies par le corps médical (d'ordre physique et mental) ».

⁸⁴ Art. 16 LOG/JU ; art. 68 al. 1 2^e tiret OOG/JU. Cf. également Directives/VS, ch. 3.

⁸⁵ IMHOF/MAHRER IMHOF, p. 9 ; HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 162.

⁸⁶ HOPPLER-WYSS, N 706.

2. Prestataire de l'encadrement

a. Personne du prestataire

Les législations cantonales, à l'exception de celle du canton de Genève⁸⁷, prévoient que les prestations d'encadrement sont en principe fournies par la personne propriétaire de l'appartement⁸⁸. L'art. 14 REPR/NE autorise cependant le propriétaire à conclure une convention avec un tiers en vue de l'exécution des prestations d'encadrement⁸⁹. En droit vaudois, à l'inverse, lorsque le prestataire n'est pas propriétaire, le régime de la sous-location est utilisé pour mettre l'appartement protégé à la disposition de la personne âgée⁹⁰, voire celui d'un accord de collaboration avec le propriétaire⁹¹.

Plus spécifiquement, dans le canton de Genève, la législation distingue le « propriétaire » de « l'exploitant » et précise de manière détaillée le régime contractuel qui doit gouverner la relation entre les différents protagonistes. Ainsi, la relation entre le propriétaire et la personne âgée relève du bail à loyer, alors que la relation juridique entre cette dernière et l'exploitant fait l'objet d'un contrat-type d'accueil écrit qui décrit les prestations offertes⁹². En effet, le catalogue desdites prestations n'est pas de nature obligatoire, de telle sorte qu'il doit être précisé contractuellement⁹³.

Par ailleurs, la majorité des législations romandes prévoit une reprise du régime ordinaire d'aide et de soins à domicile par le rappel des prestataires auto-

⁸⁷ Cf. toutefois les art. 20 al. 1 let. b et 23 al. 5 RORS/GE, qui prévoient (au titre de prestations) que le système de sécurité est intégré au bâti et que le propriétaire le prend à sa charge.

⁸⁸ Art. 14 REPR/NE ; art. 68 al. 2 OOG/JU ; Brochure/VD, p. 27.

⁸⁹ Art. 14 REPR/NE, qui précise que pour l'ensemble des prestations, le titulaire de la reconnaissance choisit en principe un seul prestataire par immeuble. Cf. également art. 68 al. 2 OOG/JU. Cf. également art. 24 al. 2 RORS/GE, qui prévoit une possibilité de délégation de certaines prestations.

⁹⁰ Brochure/VD, p. 27.

⁹¹ Brochure/VD, p. 27. Cf. également Directives/VS, ch. 4.

⁹² Art. 20 al. 2, 23, 24 et 26 RORS/GE.

⁹³ Cf. également art. 9 de la convention de reconnaissance des logements protégés/VD, qui prévoit la conclusion d'un contrat de prise en charge qui peut être intégrée au contrat de bail ou conclue sous la forme d'un contrat de prestation.

risés⁹⁴. La législation valaisanne est particulièrement évocatrice lorsqu'elle rappelle que « [l]es soins et l'aide dans les appartements à encadrement médico-social sont dispensés *comme dans tout domicile* par un fournisseur de soins et d'aide à domicile autorisé » (mise en évidence ajoutée)⁹⁵. Les législations neuchâteloise et genevoise se limitent à rappeler le droit au libre choix du prestataire de soins à domicile⁹⁶, renvoyant ainsi entièrement au régime idoïne.

Au vu de ce qui précède, si les prestations relatives à la sécurité, socioculturelles et d'assistance s'intègrent dans le concept même de l'habitation, « en cas de besoin de soins, ceux-ci sont *en principe* prodigués par le service 'officiel' d'aide et de soins à domicile » (mise en forme ajoutée)⁹⁷.

b. Facturation des prestations

Plusieurs législations prévoient des règles spécifiques sur la facturation des prestations d'encadrement. A Neuchâtel, les prestations d'encadrement doivent être clairement définies en quantité et qualité dans le contrat de bail à loyer dans une rubrique à part et être facturées de manière forfaitaire⁹⁸. Les prestations supplémentaires et non prévues par la législation sont facturées en sus du loyer sur la base d'une liste qui indique clairement les tarifs et d'un contrat spécifique⁹⁹. En droit vaudois, le bail prévoit le montant du loyer, des charges ainsi que le coût du système technique de sécurité. Il est prévu que les frais relatifs à l'accompagnement social et à l'animation fassent l'objet d'un contrat de prestation, d'un avenant au contrat de bail à loyer ou s'inscrivent dans un contrat de bail à loyer mixte¹⁰⁰. La législation genevoise indique que les relations entre l'exploitant et le locataire doivent, entre autres, décrire les

⁹⁴ Art. 19 al. 2 et 3 RLAPRAMS, qui prévoit le recours obligatoire à une OSAD ainsi que la conclusion d'un contrat spécifique ; art. 10 al. 2 LSLD/VS. Cf. toutefois art. 68 al. 2 et 70 al. 1 OOG/JU.

⁹⁵ Art. 10 al. 2 LSLD/VS.

⁹⁶ Art. 24 al. 6 RORSDom/GE ; art. 14 al. 3 REPR/NE.

⁹⁷ Pour la citation et le paragraphe, ANKERS/SERDALLY, *Habitat*, p. 10, qui précisent qu'ils peuvent également être fournis par un EMS. Cf. également HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 158.

⁹⁸ Art. 15 REPR/NE. Cf. également Brochure/NE, p. 20.

⁹⁹ Brochure/NE, p. 20.

¹⁰⁰ Cf. notamment art. 15 REPR/NE ; Brochure/VD, p. 21 ; Directives/VD, ch. 2 ; MAGISTRINI, p. 27.

prestations fournies ainsi que leurs prix¹⁰¹. La législation jurassienne prévoit la conclusion d'un contrat d'hébergement qui prévoit les prestations de l'institution et les conditions financières¹⁰².

D'une manière générale, le modèle de facturation des prestations peut se décrire de la manière suivante : le contrat de bail comprend dans les frais accessoires un forfait pour les prestations relatives à la sécurité et à l'accès aux locaux communs, alors que les prestations supplémentaires sont facturées en fonction de leur utilisation effective¹⁰³, et le cas échéant, le prix des prestations est également forfaitisé¹⁰⁴. Lorsque les prestations d'aide et de soins à domicile interviennent dans le cadre des prestations complémentaires à l'AVS/AI, elles sont soumises à un régime de facturation spécifique¹⁰⁵. Les spécificités de ce régime, ainsi que de celui du financement par l'assurance-maladie¹⁰⁶, dépassent le cadre de la présente contribution.

D. Synthèse

La mise à disposition d'un appartement protégé constitue une forme de logement pour personne âgée. Son intérêt réside dans la possibilité offerte à la personne âgée d'occuper un appartement malgré les difficultés que l'avancement de l'âge peut engendrer. Pour ce faire, il est tenu compte de la situation géographique de l'appartement ainsi que de son agencement. Des prestations d'encadrement peuvent être proposées à la personne âgée. Ces dernières sont de différentes natures afin de répondre aux différents besoins des personnes âgées. Le régime des prestations ne peut donc pas être déterminé d'une manière générale pour tous les appartements protégés. Les stipulations contractuelles intervenues entre les parties sont déterminantes. La mise à disposition dudit appartement se fait en principe au moyen d'un contrat de bail ou d'un

¹⁰¹ Art. 26 al. 4 RORS Dom/GE.

¹⁰² Art. 40 LOG/JU ; art. 66 al. 2 OOG/JU.

¹⁰³ ANKERS/SERDALY, *Habitat*, pp. 9 s. ; RÜEGGER, p. 6 ; MAGISTRINI, p. 22 ; Directives/VD, ch. 4.

¹⁰⁴ MEIER, p. 22 ; HÖPFLINGER/HUGENTOBLE/SPINI, p. 160 ; Brochure/NE, p. 6. Cf. également BANNWART/KÜNZI/GAJTA, p. V.

¹⁰⁵ ANKERS/SERDALY, *Habitat*, p. 10 ; Directives/VD, ch. 3.

¹⁰⁶ Cf. CR CST-DUPONT, art. 112c Cst N 10.

contrat mixte. Il convient ainsi d'examiner dans quelle mesure cette qualification peut être retenue.

IV. Qualification contractuelle de l'hébergement des personnes âgées

A. Contrat de bail

1. Cession d'usage d'un appartement adapté

Le contrat de bail se compose de l'obligation du bailleur de céder l'usage d'une chose au locataire pour une certaine durée, contre paiement par ce dernier d'un loyer (art. 253 CO)¹⁰⁷. Il s'agit d'un contrat nommé, à savoir que la loi contient un corps de règles précis pour cette catégorie de contrats¹⁰⁸.

Lorsque la chose louée sert de logement à la personne locataire, il s'agit d'un bail d'habitation, soit une forme particulière de bail immobilier. Une simple place pour dormir ne remplit pas les conditions de l'habitation. Il doit s'agir « [d'] espaces protégés contre les influences extérieures garantissant une certaine sphère privée et aménagés pour une certaine durée »¹⁰⁹. Les appartements adaptés constituent manifestement des habitations. La simple mise à disposition d'un appartement adapté relève ainsi du contrat de bail¹¹⁰.

Les spécificités d'un appartement adapté, à savoir les exigences architecturales, en particulier l'intégration du système de sécurité dans le bâti, restent

¹⁰⁷ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 58 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1624.

¹⁰⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, N 311 et 328 ss ; SCHLUEP, p. 770.

¹⁰⁹ CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253a CO N 3.

¹¹⁰ Pour le paragraphe et la citation, cf. CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY-MARTENET, art. 253 CO N 3. Cf. également TERCIER/BIERI/CARRON, N 1663. Cf. également FR/TC, 102 2016 71 du 30 octobre 2017, c. 2.3.

donc sans conséquences sur la qualification du contrat¹¹¹. Partant, l'absence, en violation du contrat, d'aménagements spécifiques destinés à l'accueil des personnes âgées constitue un défaut soumis au régime des art. 259 ss CO¹¹².

On rappellera en passant que la personne âgée soumise au régime genevois est partie à deux relations juridiques indépendantes. La législation genevoise prévoit explicitement à l'art. 26 al. 2 RORSDom/GE la conclusion d'un contrat de bail avec le propriétaire de l'appartement adapté mis à disposition. Quant aux prestations fournies par une personne ou une institution étrangère au bail, elles ne peuvent pas être prises en compte pour déterminer le régime juridique applicable.

2. Contrat de bail atypique

a. Notion

En vertu de la liberté contractuelle, les parties à un contrat peuvent convenir de prestations supplémentaires à celles prévues par la loi¹¹³. Les contrats nommés avec des éléments atypiques (*typische Verträge mit Beimischung*) sont des contrats nommés qui présentent, sur des questions secondaires, des éléments relevant d'autres contrats (i.e. les éléments atypiques)¹¹⁴. La mise à disposition d'une habitation avec des prestations de service (p. ex. avec service de nettoyage) est qualifiée de contrat de bail avec des éléments atypiques¹¹⁵.

L'étendue de la prestation atypique est déterminante. Tant que cette dernière demeure accessoire, le contrat demeure soumis aux règles régissant la prestation principale¹¹⁶. HIGI/BÜHLMANN considèrent cependant que la violation des prestations accessoires est sanctionnée par le régime ordinaire de la violation contractuelle lorsque la prestation accessoire en question ne sert pas directe-

¹¹¹ Cf. ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 253a/253b CO N 12, qui précisent que les parties au contrat de bail disposent d'une certaine autonomie pour déterminer ce qu'elles considèrent comme habitation.

¹¹² HÖPPLER-WYSS, N 710.

¹¹³ CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19/20 CO N 6.

¹¹⁴ MÜLLER, N 3927 ; OBERHAUSSER, N 46.

¹¹⁵ HONSELL, p. 27 ; BIBER, N 16.

¹¹⁶ HONSELL, p. 27 ; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 9 ; CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, Innominatkontrakte AT N 10 ; BIBER, N 21.

ment l'utilisation de la chose louée, évinçant ainsi le régime de la garantie pour les défauts¹¹⁷. GIGER retient une approche fonctionnelle orientée sur l'objet matériel de la violation contractuelle, de telle sorte que les dispositions du droit du bail s'appliqueront par exemple à l'endommagement de la chose louée¹¹⁸.

b. Prépondérance de la cession de l'usage en cas d'appartement adapté

La doctrine retient que la cession de l'usage d'un appartement protégé doit être qualifiée de contrat de bail avec prestations atypiques (*Mietvertrag mit Beimischung*). Cette qualification tient compte, en sus de la mise à disposition d'un logement adapté, du service de nettoyage de l'appartement, du service de blanchisserie et de la préparation de repas¹¹⁹. WEBER retient de manière plus générale que le but du maintien à domicile poursuivi par les appartements protégés justifie d'appliquer à tout le moins les dispositions de protection contre les congés¹²⁰.

Nous l'avons mentionné, les prestations offertes dans le cadre d'un appartement protégé dépendent du cas d'espèce. Or les prestations envisagées par la doctrine sont plus limitées que celles qui peuvent être proposées à la personne âgée dans le cadre de la relation contractuelle ici examinée. A notre sens, il convient de distinguer, d'une part, l'offre de prestations relatives à la sécurité et de nature socioculturelle, et d'autre part, l'offre de prestations d'assistance et de soins.

Les prestations relatives à la sécurité, qui relèvent du contrat de mandat¹²¹, servent la mise à disposition de la chose louée. Elles revêtent logiquement un caractère accessoire. On se trouve donc en présence d'un contrat de bail atypique. La Cour d'appel bâloise a ainsi considéré que les frais d'un service de

¹¹⁷ ZK-HIGI/BÜHLMANN, Vorbemerkungen zum 8. Titel N 204.

¹¹⁸ BK OR-GIGER, art. 253 CO N 172.

¹¹⁹ BIBER, N 84 ; BREITSCHMID/STECK/WITTWER, p. 884 ; BK OR-GIGER, art. 253b CO N 27 ; HOPPLER-WYSS, N 709 et 711, qui applique les règles sur la fin du bail aux prestations de soutien et de soins. *Nuancé* : SVIT-ROHRER, art. 253b CO N 4 ; BK OR-GIGER, art. 253 CO N 172 s., qui défend une approche fonctionnelle orientée sur l'objet matériel de la violation contractuelle.

¹²⁰ BSK OR I-WEBER, art. 253a/253b CO N 17a.

¹²¹ BREITSCHMID/STECK/WITTWER, pp. 887 s.

piquet étaient soumis aux dispositions du droit du bail, puisqu'ils se trouvaient en lien avec l'usage de la chose¹²². Les prestations socioculturelles revêtent également un caractère accessoire, puisqu'elles sont au service du rapport locatif. L'usage des locaux communautaires, la participation à des excursions et événements ou à des repas communs sert le maintien du tissu social des personnes locataires.

Les prestations d'assistance ressortissent en principe à divers contrats. L'aide administrative relève du mandat. Le service de blanchisserie, le nettoyage de l'appartement et le service de repas à domicile relèvent en principe du contrat d'entreprise¹²³. La doctrine susmentionnée considère que ces prestations revêtent par principe un caractère accessoire. Tel n'est cependant pas toujours le cas, en particulier en matière de soins fournis à la personne âgée. La qualification du contrat peut s'en ressentir comme nous allons l'examiner ci-après.

B. Contrat innommé ou composé

1. Contrat de pension

a. Contenu de la relation juridique

Lorsque toutes les prestations d'encadrement sont réunies, le contrat peut être qualifié de contrat de pension (*Pensionsvertrag*¹²⁴). La doctrine distingue les contrats de pension et les contrats qui encadrent la mise à disposition des ap-

¹²² BS/Appellationsgericht du 21 novembre 2001, mp 2002, pp. 174 s. Cf. également MAGISTRINI, p. 28.

¹²³ OBERHAUSSER, N 98 s. ; le nettoyage relève du contrat d'entreprise et les repas à domicile de la livraison d'ouvrage.

¹²⁴ La terminologie employée varie. Le contrat de pension est parfois appelé «*Heimvertrag*», «*contrat d'assistance*» ou «*Beherbergungs- und Betreuungsvertrag*». Cf. également BREITSCHMID/STECK/WITTWER, pp. 867 s. ; BREITSCHMID, p. 25, qui précise toutefois que «*das Wohnen in einer altersgerechten Wohnung einer Residenz regelnder Vertrag [könnte] dereinst gegebenenfalls in einen solchen Heimvertrag übergehen, wenn Pensionäre auf Dauer in die Pflegeabteilung überwiesen würden*».

partements protégés (*Betreutes Wohnen*)¹²⁵. La comparaison des contenus des deux relations juridiques révèle la perméabilité de la distinction.

Dans l'arrêt 4A_113/2012, le Tribunal fédéral décrit le contenu d'un tel contrat de pension. Il se composait en l'espèce de la mise à disposition d'un appartement adapté (avec accès à des locaux communs) dans une résidence pour seniors et de prestations complémentaires. Le prix de pension comprenait les prestations suivantes (art. 4.1 à 4.4 du contrat) : le nettoyage hebdomadaire de l'appartement, le repas de midi (sept fois par semaine), le service d'appel 24 heures sur 24 (*Notfalldienstbereitschaft*), la fourniture d'aide et de conseils en cas de problèmes personnels aigus, l'organisation d'événements (p. ex. concerts, excursions, conférences). La personne âgée pouvait également recourir à davantage de prestations (art. 4.6 et 5 du contrat), telles que des repas supplémentaires, la prise en compte d'un régime alimentaire spécifique, le service de blanchisserie, des nettoyages supplémentaires de l'appartement, des travaux administratifs, le recours à un artisan à domicile, ainsi que des soins et une assistance médicale (*Pflege und medizinische Betreuung*) contre versement d'un montant supplémentaire¹²⁶.

A l'instar de l'appartement protégé, le contrat de pension propose une forme de logement pour personnes âgées. Il s'agit dans les deux cas de la fourniture de prestations matérielles et de services dans un appartement adapté. Tracer la ligne de démarcation entre ces deux formes de logement est cependant malaisé, compte tenu de la diversification de l'offre de logement pour personnes âgées¹²⁷. Certains auteurs et auteures considèrent au demeurant que la résidence pour personnes âgées constitue une forme luxueuse de l'appartement protégé¹²⁸.

¹²⁵ BREITSCHMID/STECK/WITTWER, p. 884 ; BIBER, N 84, qui utilise l'expression «*Verträge über Alterswohnungen*».

¹²⁶ TF 4A_113/2012 du 13 novembre 2012, c. A.b et 2.2. Comp. BREITSCHMID/STECK/WITTWER, pp. 876 s. et 885 ss ; HOTZ, pp. 840 ss, qui qualifient juridiquement lesdites prestations. Comp. HOPPLER-WYSS, N 704 et 711 pour les appartements protégés.

¹²⁷ ZH/OGer, NG110007 du 26 janvier 2012, c. 2.13.

¹²⁸ ANKERS/SERDALY, *Habitat*, pp. 11 s., qui précisent que les résidences pour personnes âgées « disposent en général, sur place de personnel soignant (aide-soignant(e) et/ou infirmier/infirmière) apte à fournir des soins de base en cas de nécessité, et à organiser

b. Qualification contractuelle à retenir

Selon le Tribunal fédéral, le contrat de pension est un contrat *sui generis*, qui combine des éléments du contrat de bail, de mandat, de vente ou d'entreprise¹²⁹. Un contrat *sui generis* constitue une forme particulière de contrat innommé, dont un élément ne ressort d'aucun contrat nommé¹³⁰. Les contrats *sui generis* présentent donc des éléments importants¹³¹ qui ne correspondent pas à une catégorie définie par la loi.

Cet avis n'est pas unanime. L'*Obergericht* zurichois retient que le contrat de pension constitue certes un contrat innommé, mais sous forme de contrat mixte¹³². Il y a contrat mixte lorsque des éléments relevant de plusieurs contrats sont réunis au sein d'une seule relation juridique¹³³. Plusieurs auteurs et auteures considèrent quant à eux que le contrat de pension réunit plusieurs prestations principales, de telle sorte qu'il s'agit d'un contrat avec une prestation principale atypique¹³⁴. Cette qualification est contestée par certains au-

les prises en charge plus lourdes, cas échéant ». Cf. également BARMETTLER et al., p. 224 ; HOPPLER-WYSS, N 710.

¹²⁹ TF 4A_113/2012 du 13 novembre 2012, c. 2. Cf. également BISANG, *MRA* 4/2013, N 2, qui considère que : «*Das Bundesgericht hielt dafür, gestützt auf diese ausdrückliche gesetzliche Regelung, deren Anwendung streitig war, komme dem besonderen Problem der Rechtsanwendung auf Innominatsverträge insoweit keine Bedeutung zu*» ; ZH/OGer, LF210061 du 17 novembre 2021, c. 4.1, qui considère que dans le cas d'espèce, «*[d]ie Einordnung war im genannten Entscheid aber auch nicht von Relevanz*». Cf. également SCHLUEP, p. 775 ; HONSELL, pp. 29 s. ; BISANG, *mp* 4/2010, N 13.

¹³⁰ TF 4C.313/2004 du 21 janvier 2005, c. 1.2 ; HUGUENIN, N 3690 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 318.

¹³¹ HUGUENIN, N 3690 ; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 11.

¹³² ZH/OGer, LF210061 du 17 novembre 2021, c. 4.1. Cf. dans le même sens PÜNTENER, *Mietrecht für die Praxis*, p. 56.

¹³³ TF 4C.313/2004 du 21 janvier 2005, c. 1.2 ; HUGUENIN, N 3684 ; MÜLLER, N 3937 s. ; SCHLUEP, p. 771 ; ces auteurs et cette auteure n'admettent pas le mélange avec des prestations relevant de contrats innommés. *Contra* : ENGEL, *Traité*, p. 176 ; BIBER, N 10 s. ; Cf. également CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés N 12 s., qui relèvent la nature (essentiellement) sémantique de la controverse.

¹³⁴ ZK-HIGI/BÜHLMANN, Vorbemerkungen zum 8. Titel N 214 ; BIBER, N 17 et 82 ; BISANG, *mp* 4/2010, N 49, qui considère que la relation juridique en cause s'inscrit dans le groupe des *Verträge mit typenfremder Hauptleistung* ; BK OR-GIGER, art. 253b CO N 27. Ces auteurs et cette auteure admettent toutefois que la qualification juridique dépend des circonstances du cas d'espèce.

teurs et auteures qui considèrent que les éléments de droit du bail sont accessibles¹³⁵.

A notre sens, il s'agit plutôt d'un contrat composé ou combiné. Le contrat composé comprend plusieurs contrats indépendants réunis par la volonté des parties. Les différentes prestations se trouvent alors dans un rapport synallagmatique, impliquant une fin commune aux différents contrats¹³⁶. Ils peuvent être bilatéraux ou multilatéraux¹³⁷. A la différence des contrats composés, les contrats combinés supposent l'existence d'une unique relation juridique¹³⁸. Le contrat combiné est un type de contrat mixte, par lequel une partie au moins promet plusieurs prestations principales relevant de contrats différents¹³⁹, tels que le contrat d'hôtellerie¹⁴⁰. Le mélange desdits éléments conduit à l'apparition d'une constellation contractuelle inconnue de la loi¹⁴¹. Déterminer s'il s'agit d'un contrat composé ou d'un contrat combiné relève de l'interprétation des manifestations de volonté¹⁴². En particulier, le fait que la relation contractuelle des parties soit contenue dans plusieurs documents contractuels n'empêche pas de retenir l'existence d'un contrat combiné¹⁴³. La distinction semble

¹³⁵ SVIT-ROHRER, Vorbemerkungen zu Art. 253-273c N 47, qui se réfère notamment à la non-couverture du coût des infrastructures par le montant versé par la personne âgée ; BK OR-GIGER, art. 253 CO N 172 ; BREITSCHMID/STECK/WITTWER, p. 883, qui n'excluent pas entièrement une application du droit du bail. Cf. également ROHRER, pp. 197 s.

¹³⁶ TF 4A_102/2013 du 17 octobre 2013, c. 2.2 ; TF 4C.373/2006 du 29 janvier 2007, c. 4.2 ; MÜLLER, N 3930 ss ; HUGUENIN, N 3676, qui précise que la fin de l'un des contrats peut dépendre de la fin de l'autre sans que la réciproque ne soit vraie ; CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés N 16 ; HONSELL, p. 29 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 319.

¹³⁷ HUGUENIN, N 3677 ; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 52.

¹³⁸ MÜLLER, N 3938 s., qui considère que l'on discerne mieux les « sous-contrats » dans les contrats composés.

¹³⁹ PICHONNAZ, p. 33 ; MÜLLER, N 3939 ; HUGUENIN, N 3687 ; CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, Innominatkontrakte AT N 18, qui précisent tous que la contre-prestation est en principe pécuniaire. Cf. également BISANG, *mp* 4/2010, N 13 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 316.

¹⁴⁰ BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 10 ; SCHLUEP, p. 931 ; MÜLLER, N 760, qui précise qu'il s'agit d'un contrat mixte avec des éléments de bail à loyer.

¹⁴¹ BIBER, N 10 ; CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, Innominatkontrakte AT N 10 ; SCHLUEP, pp. 773 s.

¹⁴² HUGUENIN, N 3685.

¹⁴³ SCHLUEP, p. 773 ; HUGUENIN, N 3685.

davantage théorique, puisque contrats combinés et composés emportent, sur le champ du régime juridique applicable, des conséquences très similaires¹⁴⁴. Déterminer si un contrat de pension constitue un contrat combiné ou un contrat composé dépendra, à notre sens, de la volonté des parties et, ce faisant, des circonstances du cas d'espèce.

Concernant Genève, on notera que, indépendamment du contenu de la convention liant la personne âgée à l'exploitant, on ne saurait faire dépendre la résiliation du contrat de bail de la résiliation d'un autre contrat auquel le bailleur n'est pas partie¹⁴⁵. On ne peut pas, pour ce motif déjà, retenir ici l'existence d'un contrat composé. A défaut, la protection du droit du bail, dont l'application est expressément rappelée par la législation genevoise, serait illusoire. En revanche, il est envisageable qu'un contrat soumis à l'art. 404 CO prenne fin en raison de la fin d'un autre contrat¹⁴⁶.

2. Application du droit du bail

La qualification du contrat de pension en contrat innommé (*sui generis* ou combiné) pose la problématique de l'application du droit du bail, et en particulier, des normes protectrices du locataire à la personne âgée. Le droit du bail à loyer comprend des normes impératives ou semi-impératives, qui constituent autant de restrictions à la liberté contractuelle¹⁴⁷. Partant, il convient de circonscrire le champ d'application de ces dispositions.

a. Cession à titre onéreux de l'usage d'habitation

Les dispositions impératives servent notamment à protéger la partie économiquement et socialement faible¹⁴⁸. Le champ d'application d'une norme impé-

¹⁴⁴ Cf. notamment TF 4A_219/2020 du 12 mars 2021, c. 3.1.

¹⁴⁵ LACHAT, p. 824 ; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 266a CO N 3, qui rappellent le fait que la résiliation d'un contrat est « une manifestation de volonté par laquelle *une partie* met fin unilatéralement au contrat pour un certain terme » (mise en forme modifiée).

¹⁴⁶ ROHRER, pp. 197 s.

¹⁴⁷ CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés N 52 ; MÜLLER, N 3949 ; ZH/OGer, NG170023 du 5 juin 2018, c. 2.4.

¹⁴⁸ BIBER, N 26 ; ENGEL, *Contrats*, p. 734.

rative se détermine par son interprétation¹⁴⁹. Celle-ci doit prendre en compte, en particulier, les motifs à l'origine de la législation en question et le besoin de protection des parties¹⁵⁰. En présence d'un contrat innommé, il convient de comparer la situation du cas d'espèce à celle qui a motivé l'intervention du législateur¹⁵¹. La situation est facilitée pour les contrats de pension, puisque le droit du bail définit de manière autonome la portée des dispositions protectrices du locataire¹⁵².

Selon l'art. 253b al. 1 CO, les dispositions sur la protection contre les loyers abusifs s'appliquent par analogie aux autres contrats qui visent principalement la cession à titre onéreux de l'usage d'habitations ou de locaux commerciaux. Par « autres contrats », cette disposition vise les contrats innommés¹⁵³.

Dans un arrêt sur le *Pensionvertrag*, le Tribunal fédéral opère une dissociation entre le régime juridique auquel un contrat innommé est soumis et l'application de l'art. 253b CO. Partant du principe que la loi énonce elle-même les conditions de l'application des dispositions sur les loyers abusifs, le Tribunal fédéral retient que la question du régime juridique applicable au contrat conclu entre les parties ne se pose donc pas (« *Dem besonderen Problem der Rechtsanwendung auf Innominatverträge kommt insoweit keine Bedeutung*

¹⁴⁹ HUGUENIN, N 3709. Cf. également CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, Innominatkontrakte AT N 33 s., qui précisent que plus la norme est spécifique, moins son champ d'application est étendu.

¹⁵⁰ MÜLLER, N 3949 ; HUGUENIN, N 3709 s. ; ZH/OGer, LF210061 du 17 novembre 2021, c. 4.2.3 ; OBERHAUSSER, N 57. Cf. également SCHLUEP, p. 780 ; CARRON/WESSNER, N 1430 s.

¹⁵¹ BIBER, N 26 ; SCHLUEP, p. 793, qui se réfère à la *Schutzbedürfnislage* ; HUGUENIN, N 3710 ; CARRON, p. 356 ; MORIN, pp. 3 s. Cf. également ATF 134 III 497, c. 4.4.2. Cf. également SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 26.24 ; BK OR-GIGER, art. 253b CO N 22 ; TERCIER, p. 49.

¹⁵² TF 4A_113/2012 du 13 novembre 2012, c. 2 ; ZH/OGer, LF210061 du 17 novembre 2021, c. 3.1 ; BIBER, N 30 ss ; PÜNTENER, *Mietrecht für die Praxis*, p. 57 ; KOLLER, N 10.38, qui considère que l'art. 253b al. 1 CO constitue un cas d'application de la méthode de l'analogie.

¹⁵³ Cf. notamment KUKO OR [2014]-BLUMER, art. 253a/253b CO N 11. Cf. également CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 253b CO N 5, qui mentionnent les contrats composés.

zu »). Comme nous le verrons, le Tribunal fédéral examine la prépondérance entre les différents éléments compris dans le contrat¹⁵⁴.

Or le critère de la prépondérance des éléments relevant du bail est également utilisé pour l'application des autres règles de droit du bail¹⁵⁵. En raison de ce parallélisme, il n'est plus possible de distinguer entre le régime juridique auquel est soumis un contrat innommé ou composé et l'application de l'art. 253b al. 1 CO¹⁵⁶.

Pour déterminer le régime juridique applicable à un contrat mixte, les tribunaux suivent une approche pragmatique et recourent à plusieurs méthodes « traditionnelles »¹⁵⁷.

La jurisprudence part du constat qu'en principe, la structure contractuelle choisie par les parties empêche qu'un élément soit d'une importance telle qu'il absorbe les autres éléments¹⁵⁸. Toutefois, si la problématique juridique con-

¹⁵⁴ Pour la citation et le paragraphe, TF 4A_113/2012 du 13 novembre 2012, c. 2 ss. Cf. également ZH/OGer, LF210061 du 17 novembre 2021, c. 3.1, qui tire la conclusion identique de l'arrêt du Tribunal fédéral précité. Cf. également ZH/Mietgericht, MJ220023 du 1^{er} avril 2022, c. 3.3.

¹⁵⁵ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 253b CO N 6 ; KUKO OR [2008]-WALTER, art. 253b CO N 11, qui qualifie l'art. 253b CO de «überflüssig»; CHK OR-HÜLLIGER/HEINRICH, art. 253b CO N 2 ; BISANG, *mp* 4/2010, N 18. Cf. également ATF 131 III 528, c. 7.1.2, qui retient que le critère est celui du caractère prépondérant de la mise à disposition de locaux ; ATF 118 II 157 = JdT 1993 I 648, c. 3a, qui reprend ce critère de manière générale pour l'application du droit du bail ; TF 4C_373/2006 du 29 janvier 2007, c. 4.3, qui retient l'application des dispositions sur la fin du bail dans la mesure où la location d'un bien est aussi importante que les services supplémentaires convenus. Cf. également AUBERT, *Plateforme*, N 49, qui se réfère au prix des prestations supplémentaires.

¹⁵⁶ Cf. à ce sujet KUKO OR [2008]-WALTER, art. 253b CO N 11, qui considère que «Art. 253b OR ist daher insoweit überflüssig»; critique reprise par BK-GIGER, art. 253b CO N 15. Cf. également BSK OR-WEBER, art. 253a/253b CO N 17 s., qui retient que les différentes théories développées en lien avec la détermination du régime juridique applicable aux contrats innommés peuvent être reprises. Cf. également BIBER, N 31, qui précise que la question de l'articulation entre l'art. 253b CO et les théories générales sur les contrats innommés est controversée.

¹⁵⁷ CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, *Contrats innommés* N 19 ; CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, *Innominatkontrakte* AT N 30 ; Cf. également BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, *Einl. vor Art. 184 ff.* N 31, qui retiennent que la méthode du Tribunal fédéral allie la théorie de l'absorption et celle de la combinaison.

¹⁵⁸ TF 4A_219/2020 du 12 mars 2021, c. 3.1 et les références citées, qui retient « [qu']il ne sera que rarement possible de [...] soumettre [le contrat mixte ou composé] entiè-

cerne le contrat dans son ensemble (par exemple sa résiliation ou sa validité), alors le « centre de gravité des relations contractuelles » détermine directement le régime juridique applicable (théorie de l'absorption). Ainsi, le Tribunal fédéral a considéré qu'en présence d'un contrat par lequel une chose était cédée en échange de prestations de service, l'élément de droit du bail n'était pas accessoire, de telle sorte que les dispositions protectrices du droit du bail sur la résiliation trouvaient à s'appliquer.

Il convient ainsi d'isoler la question juridique posée, afin de déterminer les dispositions légales ou principes juridiques les plus adaptés pour la résoudre. La méthode appliquée par la jurisprudence constitue une version développée de la théorie de la combinaison (*Blumenpflücktheorie*)¹⁵⁹ en ne se plaçant plus sur le plan des corps de règles entiers, mais sur celui des normes précises¹⁶⁰. En présence d'un contrat mixte ou composé, chaque question peut obéir à un régime juridique différent d'une autre question, mais « chaque question doit être [...] soumise aux dispositions d'un seul et même contrat »¹⁶¹.

En somme, il s'agit de déterminer « quel est l'élément prépondérant par rapport à la question posée, puis de soumettre cette question aux règles de ce contrat nommé »¹⁶². Pour déterminer cette prépondérance, le Tribunal fédéral retient qu'il convient également de rechercher le « centre de gravité des relations contractuelles » afin d'appréhender la relation juridique comme un unique accord. C'est l'intérêt des parties, tel qu'il ressort du contrat examiné, qui détermine l'importance des différents éléments du contrat entre eux. C'est ainsi qu'est révélé « *welches der im Vertrag enthaltenen Typenrechte für diese konkrete Frage dominiert* »¹⁶³. Le régime ainsi désigné trouve à s'appliquer. Le Tribunal fédéral a ainsi retenu qu'en présence d'un contrat de partenariat et de contrats de sous-location, le centre de gravité se trouvait dans le premier cité

rement aux règles d'un contrat réglé par la loi » ; CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés N 19.

¹⁵⁹ Cf. notamment BSK OR-WEBER, art. 253a/253b CO N 17.

¹⁶⁰ CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, Innominatkontrakte AT N 28, qui relèvent que cette méthode perd en prévisibilité ; HUGUENIN, N 3701.

¹⁶¹ Pour la dernière citation et le paragraphe, ATF 131 III 528, c. 7.1.1 ; TF 4A_219/2020 du 12 mars 2021, c. 3.1 ; TF 4A_129/2017 du 11 juin 2018, c. 5.1 et les références citées ; TF 4A_335/2018 du 9 mai 2019, c. 4.1 avec note de GANDROY, N 11, p. 37.

¹⁶² MORIN, p. 3.

¹⁶³ BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 23.

en raison des investissements importants consentis et de la volonté des parties de collaborer pendant une longue durée. En conséquence, les dispositions de la partie générale du CO trouvaient à s'appliquer pour les règles sur la demeure^{164 165}.

En outre, MORIN retient, en présence de règles impératives découlant du régime juridique ainsi désigné, qu'il convient encore de vérifier si la partie qui pourrait s'en prévaloir se trouve dans une situation juridique similaire à celle qui a motivé l'intervention du législateur¹⁶⁶. Cette approche rejoint ce que certains auteurs et auteures soutiennent quant au régime juridique applicable aux contrats *sui generis*. Selon certains, cette problématique se résout à l'aune du principe de l'application analogique¹⁶⁷. Au vu de la position du Tribunal fédéral, qui retient que le contrat de pension intègre plusieurs éléments de contrats nommés, la question est d'ordre théorique. De même, en raison de l'importance vitale d'un logement, l'analogie sera le plus souvent réalisée lorsqu'il s'agit d'une habitation.

Au vu de ce qui précède, c'est donc la prépondérance de la cession onéreuse (notamment) d'une habitation qui détermine si le droit du bail trouve à s'appliquer. Autrement dit, les dispositions protectrices du droit du bail ne s'appliquent donc pas lorsque les éléments relevant du bail sont simplement accessoires¹⁶⁸, par rapport à l'ensemble du contrat lorsque ce dernier est concerné en entier ou, à défaut, à l'aune d'une question précise. Par voie de con-

¹⁶⁴ TF 4A_219/2020 du 12 mars 2021, c. 3.3, ce qui était également le cas par le renvoi de l'art. 258 CO.

¹⁶⁵ Pour le paragraphe, CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, *Innominatkontrakte* AT N 30 : «Vielmehr sei für jede Rechtsfrage der vertragliche Regelungsschwerpunkt zu ermitteln»; CHK OR-HÜLLIGER/HEINRICH, art. 253b CO N 3 ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 253b CO N 6 ; BIBER, N 23 ; PICHONNAZ, p. 39 ; CARRON, p. 355. Cf également la jurisprudence citée en note 9.

¹⁶⁶ MORIN, p. 3. Cf. également BIBER, N 34 ; BSK OR-WEBER, art. 253a/253b CO N 17.

¹⁶⁷ CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, *Innominatkontrakte* AT N 30 ; CARRON, p. 356. Cf. également KOLLER, N 10.38, qui semble considérer que l'art. 253b CO s'approche de la théorie de l'application analogique.

¹⁶⁸ CHK OR-HULLIGER/HEINRICH, art. 253b CO N 3 ; ZK-HIGI/BÜHLMANN, art. 253a/253b CO N 61 ; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 253b CO N 6 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1651 ; TF 4C_373/2006 du 29 janvier 2007, c. 4.3, qui retient l'application des dispositions sur la fin du bail dans la mesure où la location d'un bien est aussi importante que les services supplémentaires convenus. Cf. également AUBERT, *Plateforme*, N 49, qui se réfère au prix des prestations supplémentaires.

séquence, il subsiste un risque réel que l'application des dispositions protectrices prévues par le droit du bail soit évincée par l'ajout de (suffisamment de) prestations supplémentaires à la cession onéreuse d'une habitation¹⁶⁹.

b. Prépondérance des prestations d'encadrement

i. Critère jurisprudentiel

Saisi par un locataire d'un appartement dans une résidence pour personne âgée, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que les dispositions de protection contre les loyers abusifs ne trouvaient pas à s'appliquer, au motif que «[d]ie *Betreuung* bildet mithin ein ganz wesentliches für den Vertragsschluss entscheidendes Element»¹⁷⁰. Le Tribunal fédéral considère ainsi que les prestations proposées par la résidence pour senior¹⁷¹ constituent une offre globale. Le fait que les prestations supplémentaires en question soient facturées en sus du prix de pension de base n'est qu'une question de *Preisgestaltung*. Le Tribunal fédéral tient donc également compte des prestations que la résidence s'est engagée à offrir à la demande de la personne âgée, même si la commande de ces prestations implique la conclusion de contrats supplémentaires¹⁷². Cette flexibilité correspond au but poursuivi par le contrat, appelé à évoluer dans le temps, à savoir le maintien de la personne âgée dans l'appartement en question au-delà d'un âge pour lequel l'usage d'un appartement ordinaire est impossible ou présente des risques. En conséquence, au vu de l'importance de l'assistance apportée (*Betreuung*), cette dernière constitue

¹⁶⁹ BIBER, N 33 s. ; BSK OR-WEBER, art. 253a/253b CO N 17. Cf. également, avec un avis différent, KUKO OR [2008]-WALTER, art. 253b CO N 11 : «*Wesentlich ist die mietvertragliche Komponente, wenn sie nach dem subjektiven Willen mindestens einer Vertragspartei conditio sine qua non des Gesamtvertrags ist*» ; BSK OR-WEBER, art. 253a/253b CO N 17a : «*Als wesentlich ist jede mietvertragliche Komponente zu erachten, ohne die das Vertragsgebilde nicht zustande gekommen wäre*».

¹⁷⁰ TF 4A_113/2012 du 13 novembre 2012, c. 2.2.

¹⁷¹ Cf. ANKERS/SERDALY, *Habitat*, pp. 11 s., qui définissent la résidence privée comme «[u]n logement protégé de haut standing, en particulier concernant le confort hôte-lie-r » ; BARMETTLER et al., p. 224.

¹⁷² Cf. également ZH/OGer, LF210061 du 17 novembre 2021, c. E.1, qui retient que la non-utilisation des différentes prestations ainsi que les violations contractuelles n'entraînent pas de conséquence sur la qualification.

l'élément prépondérant pour la conclusion du contrat, de telle sorte que l'art. 253b al. 1 CO ne s'applique pas¹⁷³.

Le Tribunal fédéral déclare ne pas s'être prononcé sur le régime juridique applicable au contrat examiné. Il distingue cette question de celle de l'application de l'art. 253b CO¹⁷⁴. Dans un second arrêt, notre Haute Cour généralise néanmoins cette approche fondée sur l'examen des prestations effectivement conclues entre les parties. Le critère déterminant est donc celui de l'importance des prestations accordées en sus de la mise à disposition d'un appartement. Le droit du bail ne s'applique pas lorsque les prestations supplémentaires convenues en sus de la mise à disposition d'un appartement constituent l'élément principal de la relation juridique. A l'inverse, les dispositions du droit du bail s'appliquent lorsque lesdites prestations constituent de simples prestations accessoires à la mise à disposition de l'appartement¹⁷⁵.

ii. Critique de la doctrine

Un premier courant adhère au résultat auquel parvient le Tribunal fédéral. MONTINI/WAHLEN appliquent le droit du bail uniquement lorsque les prestations de soins ne constituent pas un élément essentiel du contrat¹⁷⁶. D'autres auteurs et auteures considèrent, à cet égard, que les prestations de soutien (social et psychologique) ainsi que les services supplémentaires dominent la relation juridique¹⁷⁷. D'autres auteurs et auteures encore semblent guider leur analyse par un souci de praticabilité du droit. ROHRER retient que dite relation contractuelle ne se prête guère à l'application des art. 269 ss CO puisqu'il s'agirait d'examiner si le personnel, l'infrastructure et les frais d'exploitation

¹⁷³ Pour le paragraphe, TF 4A_113/2012 du 13 novembre 2012, c. 1 et 2.2 s.

¹⁷⁴ TF 4A_113/2012 du 13 novembre 2012. Cf. également ZH/OGer, LF210061 du 17 novembre 2021, c. 4.1, qui retient que le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la question du droit applicable au contrat de pension (plus précisément à sa résiliation).

¹⁷⁵ Pour le paragraphe, TF 4A_202/2014 du 18 février 2015, c. 7.3.3, qui précise : «*Dabei sind vertraglich verschieden ausgestaltete Formen des Alterswohnens denkbar*».

¹⁷⁶ CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, art. 253b CO N 6.

¹⁷⁷ BK OR-GIGER, art. 253b CO N 27 ; BISANG, *mp* 4/2010, N 49 ss, qui admet cependant qu'il convient d'examiner les circonstances du cas d'espèce. Cf. toutefois BISANG, *MRA* 4/2013, N 2. Cf. également ZH/OGer, NG110007 du 26 janvier 2012, c. 2.5.3 ; BIBER, N 17 et 82, qui prennent en compte l'impact de la possibilité de l'entrée dans un service médicalisé dans la qualification d'un contrat de pension.

sont appropriés¹⁷⁸. Dans le même sens, LACHAT motive son avis par un impératif de facilitation du but social poursuivi par les institutions en cause, plus précisément, par l'intérêt à ne fournir de tels contrats qu'aux personnes qui en ont effectivement besoin (et *a contrario* à les refuser efficacement aux personnes qui ne présentent plus ce besoin) ainsi que par le contrôle des coûts déjà opérés par les collectivités publiques¹⁷⁹.

Un second courant critique le résultat auquel conduit l'approche du Tribunal fédéral¹⁸⁰. Les auteures et auteurs concernés contestent ainsi le rôle secondaire attribué à la fonction locative de l'appartement protégé. Selon PÜNTENER, l'importance de la mise à disposition du logement équivaut au moins à celle des autres prestations. Il ajoute que l'importance de l'application du droit du bail se révèle en lien avec les termes et délais qui sont d'ordinaire plus courts dans les contrats de pension¹⁸¹. Dans le même sens, BLUMER considère que l'élément de durée dans le cadre du contrat de pension exclut un simple refus de l'application des dispositions du droit du bail. Selon BLUMER, il ne faut pas, dans un tel cas, exclure l'application du droit du bail trop facilement, en raison de l'importance essentielle de ces contrats pour les locataires¹⁸². Enfin, BREITSCHMID relève que la mise à disposition de la chose est le présupposé logique sans lequel les autres prestations ne peuvent être fournies. Leur exécution n'a pas de sens sans la mise à disposition de la chose louée. Cette mise à disposition est rendue plus confortable par les prestations d'encadrement. Cet auteur ajoute que l'âge de la personne locataire aggrave son besoin de

¹⁷⁸ SVIT-ROHRER, Vorbemerkungen zu Art. 253-273c N 47. Cf. également BIBER, N 17 et 82, qui prend en compte le coût des infrastructures.

¹⁷⁹ LACHAT, pp. 78 s.

¹⁸⁰ Cf. en particulier BSK OR I-WEBER, art. 253a/253b CO N 18, qui soutient que le Tribunal fédéral aurait dû limiter son examen à la question du caractère principal ou essentiel de la mise à disposition de l'appartement. Cf. dans le même sens ZH/BezGer, ER200219 du 21 décembre 2020, ZMP 2021 N 12, c. 4.2, qui retient : «*Es unterstellt gemischte Verträge stets dann den mietrechtlichen Schutzbestimmungen, wenn das mietrechtliche Element vertragswesentlich ist*» (mise en forme ajoutée). Cf. également BLUMER, N 153, qui fait remarquer que l'application du droit du bail demeure controversée.

¹⁸¹ PÜNTENER, *Mietrecht für die Praxis*, p. 58. Cf. ZH/OGer, NG110007 du 26 janvier 2012, c. 2.20 et 3.6.6, qui mentionne que le délai d'un mois de délai de résiliation est une durée habituelle ; ZH/OGer, NG170023 du 5 juin 2018, c. 3.6.6, qui considère ce délai comme très court.

¹⁸² BLUMER, N 20 et 153.

protection et que ces prestations ne peuvent conduire à l'application du régime réservé aux objets de luxe (au sens de l'art. 253b al. 2 CO)¹⁸³.

Ce dernier courant doctrinal semble s'être frayé un chemin dans la jurisprudence zurichoise. L'*Obergericht* zurichois est parvenu à la conclusion que les dispositions relatives à la résiliation d'un contrat de bail s'appliquaient au contrat de pension, au motif que la résiliation du contrat emporte pour première conséquence la perte de son foyer (*Zuhause*)¹⁸⁴. L'arrêt précité confirme une décision du tribunal des baux zurichois qui considérait, au vu de la diversité des contrats conclus, que la question du régime juridique applicable aux contrats de pension devait être déterminée selon les circonstances du cas d'espèce¹⁸⁵. Dans le même sens, le Tribunal de cassation zurichois avait considéré qu'un contrat de pension était gouverné par les dispositions du droit du bail lorsqu'il s'agissait d'un élément important pour la conclusion du contrat¹⁸⁶.

A notre sens, par l'examen effectué, le Tribunal fédéral se prononce sur l'élément prépondérant du contrat de pension. Cette manière de procéder revient à déterminer le centre de gravité dudit contrat. Si l'art. 404 CO devait être considéré comme applicable à la résiliation du contrat¹⁸⁷, toute protection contractuelle contre les congés deviendrait illusoire¹⁸⁸. En conséquence, une approche fondée sur un examen au cas par cas semble conduire à des résultats plus proches de la volonté du législateur quant à la protection des personnes locataires.

¹⁸³ BREITSCHMID, pp. 25 s.

¹⁸⁴ ZH/OGer, NG170023 du 5 juin 2018, c. 3.6.6, par le recours à la théorie de la combinaison.

¹⁸⁵ ZH/Mietgericht, MB170008 du 3 novembre 2017, ZMP 2018, N 5.

¹⁸⁶ ZH/Kassationsgericht, AA080180 du 27 mars 2010, c. 3.6.5, reproduit in : mp 2012, p. 25.

¹⁸⁷ Cf. toutefois CARRON/WESSNER, N 1396, qui rappellent qu'il existe des contrats de service qui ne sont pas soumis aux dispositions du droit du mandat.

¹⁸⁸ HOTZ, p. 841 ; BISANG, mp 4/2010, N 50. Cf. également BREITSCHMID/STECK/WITTWER, pp. 888 s. Cf. également, sur l'impérativité de l'art. 404 CO, ATF 115 II 464 = JdT 1990 I 312, c. 2 ; TF 4A_436/2021 du 22 mars 2022, c. 9.2.

C. Synthèse

En matière de logement protégé, le critère déterminant pour la qualification de la relation juridique est celui de l'importance des prestations d'encadrement. Lorsque celles-ci sont accessoires à la mise à disposition d'un appartement protégé, il s'agit d'un contrat de bail atypique. Cette qualification doit être retenue en présence de simples prestations relatives à la sécurité et de nature socioculturelle. En présence de prestations d'assistance ou de soins, la qualification se complexifie. L'existence d'un contrat mixte ou composé pourra être retenue lorsque lesdites prestations présentent un caractère principal. En conséquence, nous considérons qu'il s'agit d'un examen en deux étapes.

Dans un premier temps, il convient d'examiner la convention des parties pour déterminer l'étendue des prestations d'encadrement à disposition de la personne âgée. Lors de cette première étape, l'ensemble des prestations à disposition de la personne âgée doit être pris en compte, même si certaines impliquent la conclusion de contrats supplémentaires. Ces dernières prestations ne doivent être considérées qu'à la condition que la personne âgée puisse bénéficier, le cas échéant, d'engagement contraignant de son cocontractant. Dans un second temps, il convient de déterminer l'importance accordée par les parties aux différents éléments. Cette recherche est celle du centre de gravité de la relation juridique. Le Tribunal fédéral semble accorder une importance particulière aux motifs qui ont guidé les parties en vue de la conclusion du contrat¹⁸⁹.

Il apparaît ainsi que le critère dégagé par la jurisprudence est clair. Sa prévisibilité est néanmoins réduite par l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'autorité.

¹⁸⁹ Cf. paragraphe (*in fine*) de la note 173.

V. Éléments de procédure

A. Introduction

Certaines règles de procédure, en particulier celles relatives à la compétence matérielle et locale ainsi que la question de la procédure applicable, peuvent dépendre de la qualification juridique de la prétention affirmée en justice. Le CPC prévoit ainsi des normes protectrices en matière de bail à loyer. Autant dire que la qualification contractuelle de la relation d'hébergement n'est pas sans conséquence sur les règles de procédure applicables.

Qu'en est-il lorsque, dans un cas d'espèce, l'existence même d'un contrat de bail est sujette à débat ? La théorie des faits de double pertinence peut dans un tel cas venir en aide au demandeur.

L'application des normes procédurales relatives au bail à loyer (compétence, frais et procédure applicable) se pose également en cas de contrat de bail mixte ou composé comprenant la mise à disposition d'un logement. Ces différentes questions sont examinées dans les développements qui suivent.

B. Théorie des faits de double pertinence

1. Principe

Certains faits sont déterminants « pour la compétence du tribunal comme pour le bien-fondé de l'action ». D'une manière plus générale, la théorie des faits de double pertinence s'étend également à l'analyse des autres conditions de recevabilité et des autres questions procédurales¹⁹⁰. En application de cette théorie, lorsque le tribunal examine d'entrée de cause la recevabilité de la demande, il doit le faire à l'aune des seuls allégués, moyens et conclusions du demandeur. Le ou la juge se limite donc à vérifier si lesdits faits conduisent à l'admission de la recevabilité. A défaut, le tribunal délivre un prononcé d'irrecevabilité. Sinon, la procédure continue de manière ordinaire, notamment

¹⁹⁰ BOHNET, *Procédure civile*, pp. 105 s., 117 ; DIETSCHY-MARTENET, *Bail et procédure*, N 14 ; HOFFMANN-NOWOTNY, N 10 ; PÜNTENER, *ZPR*, N 149.

avec l'administration des preuves. Si à la suite de dite administration, le ou la juge constate que les éléments qui ont fondé la recevabilité de la demande font défaut, il doit rejeter dite demande par une décision au fond, après avoir examiné la prétention alléguée à l'aune de tout autre fondement¹⁹¹.

Toutefois, selon la formule consacrée, la théorie des faits de double pertinence ne trouve pas à s'appliquer « notamment en cas d'abus de droit de la part du demandeur, par exemple lorsque la demande est présentée sous une forme destinée à en déguiser la nature véritable, lorsque les allégués sont manifestement faux, que la thèse de la demande apparaît d'emblée spécieuse ou incohérente, ou se trouve réfutée immédiatement et sans équivoque par la réponse et les documents de la partie défenderesse »¹⁹². La théorie est critiquée par la doctrine dans la mesure où elle conduit à un jugement sur le fond rendu par une autorité en dehors de sa compétence, et ce en application de dispositions légales étrangères à son domaine de spécialisation¹⁹³.

2. Droit du bail

Le législateur a prévu plusieurs règles procédurales qui visent la protection du locataire. La théorie des faits de double pertinence s'applique aux questions procédurales qui dépendent de l'existence d'un contrat de bail.

Ainsi, lorsque la recevabilité de la demande dépend de la qualification du contrat de bail, le tribunal doit admettre la recevabilité sur la seule base des allégués du demandeur. Il importe peu que le défendeur conteste dite qualification et, partant, conclue à l'irrecevabilité de la demande, sous réserve de l'exception susmentionnée découlant de la théorie des faits de double pertinence elle-même. La qualification du contrat est tranchée dans la décision au fond, et le cas échéant, le tribunal spécialisé applique des règles de droit qui régissent un

¹⁹¹ Pour le paragraphe et les citations, TF 4A_429/2020 du 5 mai 2021, c. 2.1 ; TF 4A_186/2017 du 4 décembre 2017, c. 2. Cf. également BISANG, *MRA 4/2013*, N 5, selon qui la qualification contractuelle du contrat de pension en contrat de bail constitue un fait de double pertinence.

¹⁹² TF 4A_484/2018 du 10 décembre 2019, c. 5.2. Cf. également ATF 141 III 294, c. 5.3, qui précise que la théorie des faits de double pertinence ne s'applique ni à la validité d'une convention d'arbitrage ni sur les questions d'immunité de juridiction.

¹⁹³ AUBERT, pp. 623 ss ; BOHNET, *Procédure civile*, p. 106 ; BOHNET, *Newsletter*, pp. 6 ss ; DIETSCHY-MARTENET, *Bail et procédure*, N 14.

autre contrat quand bien même la procédure s'est déroulée conformément aux règles prévues pour les litiges de droit du bail¹⁹⁴.

Cette théorie s'applique également pour les contrats innommés¹⁹⁵. Ce sont donc les allégués de la demande, en particulier quant à la qualification du contrat, qui seront décisifs pour la recevabilité de la demande, à moins que cette qualification puisse être réfutée aux conditions posées par la théorie des faits de double pertinence¹⁹⁶. En d'autres termes, il convient d'examiner si la demande se fonde sur un état de fait sur la base duquel les dispositions procédurales du droit du bail trouvent à s'appliquer¹⁹⁷. Pour ce faire, certains auteurs et auteures se réfèrent à la théorie de la combinaison¹⁹⁸. D'autres considèrent qu'il s'agit d'une application de la théorie de l'absorption, à savoir par la recherche du centre de gravité de la relation contractuelle¹⁹⁹. MORIN emprunte la voie médiane, puisqu'elle retient l'application de la théorie de la combinaison en considérant que la question du for est pertinente pour l'ensemble du contrat²⁰⁰. Indépendamment de la théorie suivie, une importance particulière sera accordée au « centre de gravité » de la relation juridique, en particulier en ce qui concerne la fin de la relation contractuelle.

¹⁹⁴ DIETSCHY-MARTENET, *Bail et procédure*, N 14 ; PÜNTENER, *ZPR*, N 149.

¹⁹⁵ DIETSCHY-MARTENET, *Bail et procédure*, N 17 ; BISANG, *MRA* 4/2013, N 5.

¹⁹⁶ DIETSCHY-MARTENET, *Bail et procédure*, N 15 ss ; ZH/OGer, NG170023 du 5 juin 2018, c. III. 2.3.1 s.

¹⁹⁷ DIETSCHY-MARTENET, *Bail et procédure*, N 15 ; PÜNTENER, *ZPR*, N 199 ; ZH/OGer, NG170023 du 5 juin 2018, c. III. 2.3.1 s, qui précise la jurisprudence zurichoise, quant à la compétence matérielle du tribunal des baux, en retenant que «[i]m Rahmen der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit ist zu ihrer Beantwortung in erster Linie auf das von der Klägerin geltend Gemachte abzustellen und dieses ist als wahr zu unterstellen. Allfällige Einwände der Gegenpartei sind im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich [...]. Demnach ist im Fall von gemischten Verträgen danach zu fragen, ob die Klägerin einen Sachverhalt geltend macht, gestützt auf welchen die Anwendung der mietrechtlichen Bestimmungen des OR als angezeigt erscheint».

¹⁹⁸ PÜNTENER, *ZPR*, N 199 ; DIETSCHY-MARTENET, *Bail et procédure*, N 15.

¹⁹⁹ CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés N 22 ; CPra Bail-BOHNET, art. 33/35 CPC N 14 ; ZPOKomm-FELLER/BLOCH, art. 33 CPC N 18 ; TF 4A_323/2013, c. 5.4, qui renvoie à ATF 131 III 528, c. 7.1.1 (qui concerne les contrats mixtes).

²⁰⁰ MORIN, p. 3.

C. Règles de compétence

1. Compétence locale

Aux termes de l'art. 33 CPC, le tribunal du lieu où est situé l'immeuble est compétent pour statuer sur les actions fondées sur un contrat de bail à loyer. Cette disposition s'applique au contrat de bail à loyer immobilier. La doctrine considère que la notion de droit du bail doit être interprétée de manière uniforme en droit fédéral, le CPC ne prévoit donc pas une définition procédurale de la notion de bail à loyer²⁰¹.

En présence d'un contrat mixte, l'art. 33 CPC trouve donc à s'appliquer lorsque les éléments contractuels du droit du bail sont prépondérants, ce qui se détermine à nouveau par la recherche du centre de gravité de la relation contractuelle²⁰². L'intérêt de cette démarche réside dans le fait de soumettre l'ensemble des litiges qui découlent de la relation contractuelle à des règles de compétences locales uniques, évitant ainsi un morcellement de ladite compétence²⁰³. Cette compétence coïncide en principe avec l'application des dispositions relevant du titre huitième du CO (art. 253 ss CO)²⁰⁴. La doctrine est dès lors partagée quant à l'application de l'art. 33 CPC aux contrats de pension²⁰⁵.

²⁰¹ DIKE ZPO-HIGI, art. 33 CPC N 8 ; CHK ZPO-SUTTER SOMM/SEILER, art. 33 CPC N 7 s. ; ZPOKomm-FELLER/BLOCH, art. 33 CPC N 15.

²⁰² CHK ZPO-SUTTER SOMM/SEILER, art. 33 CPC N 10 ; SVIT-BISANG/KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren und gerichtliches Verfahren in Mietsachen N 231 ; BSK ZPO-KAISER JOB, art. 33 CPC N 9 ; ZPOKomm-FELLER/BLOCH, art. 33 CPC N 18 ; BK ZPO-WALTHER, art. 33 CPC N 9 ; DIKE ZPO-HIGI, art. 33 CPC N 24 ; SHK ZPO-LAMBELET, art. 33 CPC N 4 ; CR CPC-HALDY, art. 33 CPC N 5 ; KUKO ZPO-HAAS/STRUB, art. 33 CPC N 7.

²⁰³ CHK ZPO-SUTTER SOMM/SEILER, art. 33 CPC N 10 ; ZPOKomm-FELLER/BLOCH, art. 33 CPC N 18. Cf. toutefois PC CPC-DIETSCHY-MARTENET, art. 33 CPC N 13, qui précise que « lorsque le litige concerne la fin du contrat, l'aspect prépondérant de celui-ci détermine la règle de for applicable ».

²⁰⁴ CHK ZPO-SUTTER SOMM/SEILER, art. 33 CPC N 12 ; SHK ZPO-LAMBELET, art. 33 CPC N 4. Cf. CONOD/BOHNET, p. 333, qui renvoient à la jurisprudence établie sous l'égide de l'art. 23 LFors qui prévoyait un for relatif aux litiges qui se fondaient sur un état de fait soumis au droit du bail.

²⁰⁵ BK ZPO-WALTHER, art. 33 CPC N 9, qui prévoit explicitement cette règle pour les contrats de pension ; ZPOKomm-FELLER/BLOCH, art. 33 CPC N 18, qui mentionnent spécifiquement les « *Reinigungsleistungen in der Seniorenresidenz* » comme presta-

La compétence de l'art. 33 CPC l'emporte sur celle de l'art. 32 CPC en matière de consommation courante²⁰⁶. La doctrine reconnaît que le bail puisse être qualifié de contrat de consommation, lorsqu'il est fourni par une personne professionnelle, tout en reconnaissant qu'il obéit en principe à des règles propres²⁰⁷. En conséquence, lorsque les conditions de l'art. 32 CPC sont réunies alors que celles de l'art. 33 CPC font défaut, les autorités judiciaires du domicile de la personne âgée demeurent compétentes. Le for de l'art. 32 al. 1 let. a CPC coïncide avec celui de l'art. 33 CPC. L'identité de résultat permet d'éviter la détermination du centre de gravité de la relation juridique.

Les fors des art. 32 et 33 CPC sont semi-impératifs, de telle sorte que l'élection de for conclue en violation de cette disposition ne lie que la « partie forte »²⁰⁸. L'élection conclue après la survenance du litige est valable. En conséquence, quelle que soit la qualification retenue, il ne peut être retiré à la personne preneuse d'un appartement protégé la possibilité d'agir devant les autorités du lieu où se trouve le logement.

2. Compétence matérielle

a. Autorité paritaire de conciliation

i. Impérativité des règles légales

Comme le relève MAGISTRINI, la législation cantonale neuchâteloise prévoit une procédure de gestion des plaintes intégrée aux baux d'appartements protégés. La procédure prévoirait plusieurs stades précédents, non contraignants, avant la saisine de l'autorité de conciliation « officielle »²⁰⁹.

En ce qui concerne les tâches des autorités de conciliation, l'ordre juridique suisse interdit l'externalisation des tâches de conciliation. En effet, « la juri-

tions accessoires. *Contra* : SHK ZPO-LAMBELET, art. 33 CPC N 4, qui le refuse au *Heimvertrag*.

²⁰⁶ DIETSCHY-MARTENET, *Procès civil social*, N 17.

²⁰⁷ BSK ZPO-KAISER JOB, art. 32 CPC N 11 ; DIKE ZPO-BRUNNER, art. 32 CPC N 20.

²⁰⁸ ATF 137 III 311, c. 4.1 ; TF 4C.29/2006 du 21 mars 2006, c. 4.1. En doctrine, parmi d'autres, CR CPC-HALDY, art. 35 CPC N 2 ; BOHNET, *Procédure civile*, p. 70.

²⁰⁹ Pour le paragraphe, MAGISTRINI, pp. 35 s., qui défend l'incompétence de telle autorité.

diction étatique est un service public dont l'organisation et le fonctionnement ne sont pas laissés au libre arbitre des particuliers »²¹⁰. En d'autres termes, les parties ne peuvent investir une autre autorité de la compétence réservée par le CPC aux autorités de conciliation qu'il instaure. En conséquence, seule la saisine d'une autorité de conciliation au sens du CPC permet de respecter les éventuels délais relevant du droit du bail.

ii. *Etendue de la compétence matérielle*

Aux termes de l'art. 200 al. 1 CPC, dans les litiges relatifs aux baux à loyer d'habitations, l'autorité de conciliation se compose d'un président et de représentants siégeant paritairement. Il s'agit d'une restriction à la compétence laissée aux cantons d'organiser les autorités de conciliation (art. 3 CPC)²¹¹.

La doctrine et la jurisprudence considèrent que la compétence de cette autorité doit être reconnue de manière large²¹². La compétence de l'autorité paritaire de conciliation s'étend ainsi aux requêtes fondées sur un contrat innommé dont l'élément prépondérant relève du contrat de bail²¹³. Le caractère prépondérant se détermine par la recherche du centre de gravité qui découle de l'examen de « la portée de chacun des éléments du contrat mixte eu égard à la situation juridique dans son ensemble »²¹⁴. La recherche d'un centre de gravité quant à l'ensemble de la relation juridique s'apparente à la théorie de l'absorption²¹⁵, permettant ainsi de soumettre à l'autorité paritaire de conciliation l'ensemble des litiges ressortissant à un contrat innommé. L'autorité de conciliation zuri-

²¹⁰ TF 4A_432/2018 du 28 septembre 2018, c. 7 ; JÉQUIER, p. 67, qui considère toutefois que « le droit de procédure civile ne s'oppose pas d'emblée à ce qu'une autorité autre qu'étatique puisse se charger de la conciliation préalable prévue par le CPC ».

²¹¹ CPra Bail-BOHNET, art. 3/200 CPC N 1 ; BK ZPO-ALVAREZ/PETER JAMES, art. 200 CPC N 1 ; CHK ZPO-SUTER-SOMM/SEILER, art. 200 CPC N 1. La doctrine précise que le droit cantonal peut élargir la compétence de l'autorité paritaire de conciliation.

²¹² LACHAT/LACHAT, pp. 60 s. Dans le même sens, BSK ZPO-INFANGER, art. 200 CPC N 2b ; BISANG, *mp* 4/2010, N 8 s.

²¹³ CPra Bail-BOHNET, art. 3/200 CPC N 16 ; PÜNTENER, *mp* 4/2011, pp. 271 s. ; SVIT-BISANG/KOUMBARAKIS, *Schlichtungsverfahren und gerichtliches Verfahren in Mietsachen* N 217 ; BISANG, *mp* 4/2010, N 26 ; BISANG, *MRA* 4/2013, N 4, qui considère que l'autorité paritaire n'est pas compétente pour les contrats innommés ; PÜNTENER, *ZPR*, N 198 ; LACHAT/LACHAT, p. 61.

²¹⁴ BOHNET, *Séminaire* 2016, N 20.

²¹⁵ Dans le même sens, CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, *Contrats innommés* N 24.

choise en matière de bail a admis, sous l'ancien droit zurichois, sa compétence pour connaître d'un litige autour d'un contrat de pension²¹⁶.

La compétence de l'autorité paritaire de conciliation quant aux litiges concernant un appartement protégé dépend de leur qualification juridique, elle-même fonction des prestations d'encadrement offertes. Ainsi, lorsque la mise à disposition de l'appartement constitue l'élément principal, les litiges au sujet des prestations d'encadrement sont soumis à la compétence de l'autorité paritaire de conciliation.

iii. Sanction de l'incompétence

Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la sanction attachée à l'incompétence de l'autorité de conciliation. L'autorité de conciliation matériellement incompétente peut prononcer une décision d'irrecevabilité, à condition que ladite incompétence soit manifeste. Selon HOHL/BOVEY, une telle décision peut intervenir « s'il ne résulte pas des allégués de la requête que le litige ressortit au bail à loyer »^{217, 218}.

En conséquence, lorsqu'il ressort de la requête de conciliation que la mise à disposition de l'appartement protégé constitue le centre de gravité de la relation juridique prise dans son ensemble, l'autorité paritaire de conciliation doit délivrer une autorisation de procéder. En cas de litiges portant sur les prestations d'encadrement, la partie requérante doit alléguer les faits permettant de déterminer le centre de gravité. Lorsque la requête concerne la contestation d'une augmentation de loyer, ladite autorisation de procéder devra être délivrée au prétendu bailleur (art. 209 al. 1 let. a CPC).

L'autorisation de procéder constitue une condition de recevabilité de la demande. L'examen de sa validité relève donc de la compétence du tribunal saisi

²¹⁶ ZH/Kassationsgericht, AA080180 du 27 mai 2010, mp 2012, p. 21, rendu avant l'entrée en vigueur du CPC ; PÜNTENER, *mp 4/2011*, pp. 271 s. Cf. toutefois BISANG, *MRA 4/2013*, N 4, qui soutient qu'en présence d'un contrat de pension la compétence de l'autorité paritaire de conciliation devait être niée au profit de l'autorité ordinaire.

²¹⁷ HOHL/BOVEY, p. 520. Dans le même sens, BISANG, *MRA 4/2013*, N 26 ; SVIT-BISANG/KOUMBARAKIS, *Schlichtungsverfahren und gerichtliches Verfahren in Mietsachen* N 226.

²¹⁸ Pour le paragraphe, ATF 146 III 47, c. 4.3. Cf. également CR CPC-BOHNET, art. 200 CPC N 5, qui précise que « [s]i c'est l'existence du contrat de bail même qui est contestée, l'autorité est compétente ».

de la demande. Le défendeur ne peut interjeter un moyen de droit contre l'autorisation de procéder afin d'en contester ladite validité²¹⁹.

En présence d'une décision d'irrecevabilité fondée sur le défaut de compétence matérielle de l'autorité paritaire de conciliation, voire d'un jugement d'irrecevabilité en raison de l'invalidité de l'autorisation de procéder, la partie requérante pourra se prévaloir de l'art. 63 CPC, afin de bénéficier de la litispendance existante²²⁰. Le régime de l'art. 63 CPC s'applique également en cas de décision d'irrecevabilité fondée sur l'incompétence locale ou matérielle du tribunal saisi²²¹.

b. Tribunal de première instance

i. Principe

Selon l'art. 4 CPC, sauf disposition contraire du CPC, le droit cantonal détermine la compétence matérielle des tribunaux. Ainsi, à la différence de la compétence de l'autorité paritaire de conciliation, la définition de la compétence des juridictions spécialisées en droit du bail ressort du droit cantonal²²². De plus, à la différence de la compétence locale, les règles sur la compétence matérielle sont impératives. Ainsi, les parties ne peuvent, en principe, pas y déroger par une élection de for. Les règles relevant du droit cantonal, ce dernier peut prévoir un régime différent et permettre l'élection de for en matière de compétence matérielle²²³. Ainsi, les cantons demeurent libres de prévoir des

²¹⁹ ATF 146 III 265, c. 5.5.3 ; ATF 141 III 159, c. 2.1 ; ATF 139 III 273, c. 2.3 ; TF 5A_87/2022 du 2 novembre 2022, c. 3.1.1.2.

²²⁰ ATF 146 III 265, c. 5.7.2. Cf. également BISANG, *MRA 4/2013*, N 4, sur le contrat de pension. Sur le moment déterminant, cf. CR CPC-BOHNET, art. 63 N 10 : « [L]orsque l'autorisation de procéder est nulle et que le juge du fond n'entre pas en matière fautive de compétence fonctionnelle (ou que le demandeur retire sa demande), le demandeur doit déposer une nouvelle requête de conciliation dans le délai de l'art. 63 al. 1, et l'instance est réputée introduite à la date du premier dépôt de la requête de conciliation ».

²²¹ PC CPC-CHABLOZ, art. 63 CPC N 5.

²²² BLUMER, N 199 ; DIETSCHY-MARTENET, *Bail et procédure*, N 8 et 19, qui précise que la définition du droit du bail ressort dans ce cas au droit cantonal.

²²³ DIETSCHY-MARTENET, *Bail et procédure*, N 79. Cf. également § 21 al. 2 GOG/ZH (mentionné par DIETSCHY-MARTENET), qui prévoit une telle élection de for, mais interdit une exclusion de la compétence du *Mietgericht* par avance.

juridictions spécialisées en matière de droit du bail et de déterminer l'étendue de la compétence de ces dernières. A défaut de tels tribunaux, les litiges sont en principe soumis à la juridiction ordinaire. En Romandie, seuls les cantons de Neuchâtel et du Valais ne disposent pas de tribunal spécialisé²²⁴.

Les contrats innommés posent des difficultés similaires à celles relevant de la compétence locale en matière de compétence matérielle. A l'instar de ce qu'ils soutiennent pour la compétence locale, THÉVENOZ/DE WERRA considèrent que l'ensemble des litiges ressortant au même contrat doivent être soumis à la même juridiction. Ces auteurs considèrent ainsi que la compétence *ratione materiae* des tribunaux doit être déterminée selon le centre de gravité du contrat²²⁵.

ii. Règle de compétence des juridictions spécialisées

Si la rédaction des règles de compétence matérielle comporte des différences, l'examen de la jurisprudence relative aux dispositions topiques révèle qu'elles renvoient toutes aux dispositions procédurales contenues dans les anciens art. 274 ss aCO.

Ainsi, selon l'art. 1 al. 1 et 2 LJB/VD, la compétence du Tribunal des baux s'étend aux contestations relatives aux baux à loyer portant sur des choses immobilières, quelle que soit la valeur litigieuse. L'art. 2 LTBLF/JU prévoit que le Tribunal des baux à loyer et à ferme est compétent pour les contestations entre bailleurs et preneurs relatives au contrat de bail portant sur une chose immobilière et ses accessoires. L'art. 89 LOJ/GE prévoit que le Tribunal des baux et loyers du canton de Genève connaît des litiges relatifs au contrat de bail à loyer (art. 253 à 273c CO) et au contrat de bail à ferme non agricole (art. 275 à 304 CO) portant sur une chose immobilière. L'art. 56 LJ/FR dispose que le tribunal des baux statue en première instance sur toutes les contestations entre bailleurs et locataires ou fermiers, locataires et sous-locataires, ou leurs ayants droit, relatives au contrat de bail à loyer ou au contrat de bail à ferme non agricole portant sur une chose immobilière et ses accessoires, située dans le canton.

²²⁴ LACHAT/LACHAT, p. 63.

²²⁵ CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés N 22 ss.

La jurisprudence des autorités judiciaires spécialisées en droit du bail renvoie au régime qui prévalait avant l'entrée en vigueur du CPC (art. 274 ss aCO). Il convient ainsi d'examiner si l'état de fait du litige ressort au droit du bail²²⁶. Ainsi, la jurisprudence vaudoise est particulièrement évocatrice en ce qu'elle retient que « si un état de fait pouvant tomber sous le coup du droit du bail [...] est rendu vraisemblable, toute juridiction autre que le Tribunal des baux ne peut donc pas faire autrement – sauf à violer le droit fédéral – que de décliner d'office sa compétence »²²⁷.

En présence d'un contrat mixte, la jurisprudence vaudoise considère qu'il convient de rechercher le centre de gravité des relations contractuelles et que le Tribunal des baux est compétent lorsque l'élément ressortissant au bail est prépondérant²²⁸. La jurisprudence zurichoise a précisé la compétence matérielle du tribunal des baux en lien avec les contrats innommés, de telle sorte que ladite compétence doit être admise lorsque le droit du bail trouve à s'appliquer à l'élément contractuel litigieux entre les parties²²⁹.

Il ressort de la jurisprudence citée précédemment que la compétence matérielle des juridictions spécialisées en matière de bail est conditionnée par l'application des dispositions relevant du droit du bail. En particulier, la recherche du centre de gravité ou de l'application du droit du bail à l'élément contractuel litigieux correspond aux méthodes idoines susmentionnées. La jurisprudence zurichoise retient du reste qu'il s'agit d'un fait de double pertinence²³⁰.

²²⁶ JU/CC, 110/2015 du 12 février 2016, c. 4.1 s. ; FR/TC, 102 2022 76 du 17 août 2022, c. 2.1 ; GE/CJ, ACJC/129/2022 du 31 janvier 2022, c. 5.1.2, qui précise que la compétence des autorités genevoises doit être comprise largement ; GE/CJ, ACJC/243/2021 du 1^{er} mars 2021, c. 3.2.1.1.

²²⁷ VD/TC, HC/2018/337 du 1^{er} mai 2018, c. 3.2.2.

²²⁸ CDB 2011, p. 129.

²²⁹ ZH/OGer, NG170023 du 5 juin 2018, c. 2.3.1. Cf. toutefois ZH/OGer, NG110007 du 26 janvier 2012, c. 3.2, rendu sous l'ancienne procédure zurichoise et qui retient un critère différent.

²³⁰ ZH/OGer, NG170023 du 5 juin 2018, c. 2.3.2, qui précise : «*Demnach ist im Fall von gemischten Verträgen danach zu fragen, ob die Klägerin einen Sachverhalt geltend macht, gestützt auf welchen die Anwendung der mietrechtlichen Bestimmungen des OR als angezeigt erscheint. Die Frage nach der tatsächlichen Anwendbarkeit ist erst im Rahmen der materiellen Prüfung abschliessend zu beantworten*».

Cette question se pose différemment pour le canton de Genève. Il ressort de la législation de ce dernier que les personnes âgées sont liées par deux contrats indépendants envers le propriétaire et l'exploitant²³¹.

A notre sens, la compétence doit être admise sur la base du critère de l'élément prépondérant²³². Cette démarche correspond à la jurisprudence romande et présente divers avantages. Elle permet, sur le principe, de faire coïncider l'application du droit du bail avec la compétence des juridictions spécialisées. Elle permet également de garantir une continuité avec la compétence de l'autorité paritaire de conciliation²³³ et avec les réflexions relatives à la compétence locale. Le recours à ce critère évite également un morcellement de la compétence et garantit dans une certaine mesure la prévisibilité du droit²³⁴.

Ainsi, les litiges fondés sur les appartements protégés s'articuleront autour de la portée des prestations d'encadrement auxquelles la personne locataire peut recourir. En présence de prestations de soins, les plaideurs et les plaideuses devront alléguer les faits qui fondent le caractère prépondérant du bail. Il s'agit donc d'un fait relatif à la recevabilité de la demande. Le Tribunal fédéral a considéré que l'établissement des faits relatifs aux conditions de recevabilité était soumis à la maxime inquisitoire simple, et ce indépendamment de la maxime applicable à la cause au fond, de telle sorte que les parties peuvent proposer des moyens de preuve et alléguer des faits jusqu'au début des délibérations (art. 229 al. 3 CPC)²³⁵. En conséquence, les plaideurs et les plaideuses pourront continuer de motiver en fait la potentialité de l'application du droit du bail à l'état de fait qui fonde la demande après les deux tours d'allégation.

²³¹ *Supra*, III.2.a.

²³² Dans le même sens, BLUMER, N 200.

²³³ Cf. à ce sujet SVIT-BISANG/KOUMBARAKIS, *Schlichtungsverfahren und gerichtliches Verfahren in Mietsachen* N 216, qui considèrent que «[i]st die Sachliche Zuständigkeit der paritätischen Schlichtungsbehörde gegeben, trifft dies auch für diejenige des Mietgerichts zu».

²³⁴ Cf. TF 4A_323/2013 du 29 novembre 2013, c. 5.4, qui retient que la théorie de l'absorption assure la prévisibilité du droit.

²³⁵ TF 4A_165/2021 du 18 janvier 2022, c. 3.2.3.

3. Procédure applicable

a. Procédure simplifiée

L'application de la procédure simplifiée est dichotomique. L'art. 243 al. 1 CPC prévoit que cette dernière trouve à s'appliquer lorsque la valeur litigieuse²³⁶ ne dépasse pas CHF 30'000.—. Sous réserve de l'application de la procédure sommaire, au-delà de ce montant, la procédure ordinaire trouve à s'appliquer. L'art. 243 al. 2 let. c CPC prévoit qu'en matière de bail à loyer d'habitation, la procédure simplifiée s'applique aux litiges qui concernent la consignation du loyer, la protection contre les loyers abusifs, la protection contre les congés ou la prolongation du bail à loyer. La présentation précise de l'ensemble des questions qui entourent l'application de la procédure dépasse largement le cadre de la présente contribution²³⁷. On précisera néanmoins que, par le truchement de la procédure simplifiée, le législateur a entendu offrir aux justiciables une procédure rapide permettant à la « partie faible » de procéder seule²³⁸.

La protection procédurale de la personne locataire dépend de la procédure applicable, qui détermine par ricochet les maximes de procédure applicables²³⁹. L'art. 247 al. 2 CPC définit le champ d'application de la maxime inquisitoire sociale. En effet, de cette dernière, le tribunal établit les faits d'office dans les affaires visées par l'art. 243 al. 2 CPC (let. a) et dans les autres litiges portant sur des baux à loyer soumis à la procédure simplifiée (let. b). L'intérêt de cette maxime se révèle en particulier pour la partie non représentée, puisque le tribunal saisi de la cause pourra se fonder sur des faits ressortant des preuves qui n'ont pas été allégués²⁴⁰. L'application de cette maxime entraîne en sus l'application de l'art. 229 al. 3 CPC, de telle sorte que les faits peuvent être allégués et les moyens de preuve présentés jusqu'aux délibérations.

²³⁶ Par souci de concision, il est renvoyé à BRIDEL sur la question du calcul de la valeur litigieuse pour les affaires relevant du bail à loyer.

²³⁷ Pour une étude approfondie, il est renvoyé à HEINZMANN, N 89 ss.

²³⁸ CR CPC-TAPPY, art. 243 CPC N 5 ; HEINZMANN, N 332.

²³⁹ Cf. HEINZMANN, N 329 ss.

²⁴⁰ CR CPC-TAPPY, art. 247 CPC N 23 ; PC CPC-HEINZMANN, art. 247 CPC N 7 s. ; ZPOKomm-HAUCK, art. 247 CPC N 34.

En ce qui concerne plus précisément les conséquences de la qualification du contrat de bail, on remarquera qu'à nouveau, la conséquence procédurale dépend de l'applicabilité de certaines dispositions du droit du bail. DIETSCHY-MARTENET fait précisément remarquer que l'application des normes de procédure dépend de l'aspect prépondérant du contrat, de telle sorte que si le bail prédomine, les dispositions procédurales topiques trouvent à s'appliquer²⁴¹. Cette question se résout à l'aune de la théorie des faits de double pertinence.

b. La procédure de cas clair

La procédure sommaire est à disposition des plaideurs et des plaideuses sous la forme de la procédure de cas clair. Cette dernière fait l'objet de l'art. 257 CPC. Selon cette disposition, la procédure sommaire s'applique lorsque l'état de fait n'est pas litigieux ou susceptible d'être immédiatement prouvé et que la situation judiciaire est claire. Ces conditions sont cumulatives²⁴².

Selon la formule jurisprudentielle consacrée, la situation juridique est claire « lorsque l'application de la norme au cas concret s'impose de façon évidente au regard du texte légal ou sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence éprouvées. En règle générale, la situation juridique n'est pas claire si l'application d'une norme nécessite l'exercice d'un certain pouvoir d'appréciation de la part du juge ou que celui-ci doit rendre une décision en équité, en tenant compte des circonstances concrètes de l'espèce »²⁴³. On précisera encore qu'un courant de la doctrine considère qu'un arrêt publié au recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral rend la situation juridique claire, et ce indépendamment de l'existence des critiques doctrinales²⁴⁴.

La procédure de cas clair est envisageable, lorsque le litige s'articule autour de l'interprétation d'un contrat, et ce même s'il y a lieu de recourir au principe

²⁴¹ DIETSCHY-MARTENET, *Bail et procédure*, N 15. Cf. également ATF 119 II 141 = JdT 1994 I 220, c. 4, au sujet de l'art. 274g aCO et des contrats mixtes, plus précisément de la location d'une chambre dans un «*betreute [...] Wohngruppe*» (l'application du droit du bail n'était alors pas contestée et l'arrêt ne fait pas mention des prestations alors offertes).

²⁴² Cf. notamment TF 4A_376/2021 du 7 janvier 2022, c. 4.1.

²⁴³ ATF 144 III 462, c. 3.1 ; ATF 141 III 23, c. 3.2 ; ATF 138 III 123, c. 2.1.2.

²⁴⁴ DIKE ZPO-GÖKSU, art. 257 CPC N 11 ; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, art. 257 CPC N 8. *Contra* : SHK ZPO-KOSLAR, art. 257 CPC N 15, qui retient qu'une situation juridique claire implique une pratique judiciaire établie et soutenue par la doctrine.

de confiance, à condition que le sens de la disposition à interpréter puisse être déterminé sans équivoque²⁴⁵. Une telle interprétation sera cependant le plus souvent exclue dans la mesure où les dispositions contractuelles nécessitent une interprétation par le tribunal qui devra tenir compte des intérêts des parties dans le cadre de l'application du principe de confiance et ce faisant preuve d'appréciation²⁴⁶. SUTTER-SOMM/SEILER excluent l'application de la procédure de cas clair en présence de lacunes contractuelles que le tribunal est appelé à combler²⁴⁷.

Concernant le contrat de pension, l'*Obergericht* zurichois a considéré que la situation juridique n'était pas claire (malgré l'existence de l'arrêt TF 4A_113/2012), de sorte que la requête en cas clair tendant à l'expulsion d'une personne âgée est irrecevable. Cette autorité retient que l'arrêt précité n'est qu'un simple refus de l'application de l'art. 253b CO dans le cas d'espèce, sans que la Haute Cour se soit prononcée sur la question du droit applicable au contrat de pension, de telle sorte que le régime juridique applicable ne pouvait être déterminé en procédure de cas clair²⁴⁸. Cette conclusion s'impose également pour les appartements protégés dont les prestations d'encadrement s'étendent à la fourniture de soins. De plus, dans la mesure où l'application des dispositions contractuelles à un contrat innommé implique la prise en compte, notamment, de l'intérêt des parties, la requête en cas clair, par exemple d'expulsion, est en principe irrecevable.

VI. Conclusion

Au terme de cette analyse, force est de constater que le droit privé n'aménage pas de protection particulière de la personne âgée pour son « dernier logement ». Elle demeure ainsi une partie locataire comme une autre, protégée uniquement à ce titre.

²⁴⁵ BOHNET/MELCARNE, N 38 ; CR CPC-BOHNET, art. 257 CPC N 14 s. ; DIKE ZPO-GÖKSU, art. 257 CPC N 11 ; SPICHIN, N 105.

²⁴⁶ BSK ZPO-HOFMANN, art. 257 CPC N 11a ; ZPOKomm-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, art. 257 CPC N 10a.

²⁴⁷ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 257 CPC N 8.

²⁴⁸ ZH/OGer, LF210061 du 17 novembre 2021, c. 4.1.

L'absence de standardisation s'explique par la volonté d'offrir des services « sur mesure » et de l'existence de plusieurs régimes cantonaux différents. Si les services ainsi offerts doivent être salués, il convient également de mentionner que leur ajout diminue la prévisibilité du régime juridique applicable. Ce dernier continue de ressortir majoritairement au droit du bail à loyer. Néanmoins, la prise en compte, par la jurisprudence fédérale, des prestations qui peuvent être sollicitées par la personne âgée dans le cadre de la qualification contractuelle demeure étonnante.

Les règles sur la qualification contractuelle sont marquées par un haut degré d'abstraction. Ainsi, la relation juridique au sujet de l'appartement protégé, à l'instar de toute relation entremêlant des éléments relevant de différents contrats, est dépendante de son « centre de gravité ».

Les règles de procédure s'appuient sur le même critère. Toutefois, la théorie des faits de double pertinence apporte une certaine protection à la personne âgée. S'il s'avère, à la suite de l'administration des preuves, que l'autorité ou la procédure n'était pas la bonne, il sera quand même statué au fond.

Face à ces difficultés, les personnes âgées voulant prétendre au respect de leurs droits n'auront donc d'autres choix que de recourir aux services de spécialistes. La réunion des règles relatives aux contrats innommés, dont certaines institutions n'ont pas hésité à se prévaloir, avec les règles procédurales de droit du bail, semble rendre illusoire toute défense judiciaire par une personne âgée non représentée. C'était pourtant là le but avoué de l'introduction d'une procédure simplifiée dans le CPC.

Bibliographie

ANKERS NEIL/SERDALY CHRISTINE, *Habitat senior – proposition de lexique romand unifié*, Berne 2014 (cité : *Habitat*).

ANKERS NEIL/SERDALY CHRISTINE, *Personnes âgées peu dépendantes de soins – Prise en charge dans cinq cantons romands (Obsan Dossier 58)*, Neuchâtel 2017 (cité : *Prise en charge*).

AUBERT CAROLE, Droit du bail et plateformes d'hébergement, in : Bohnet/Carron (édit.), 20^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2018, pp. 35-57 (cité : *Plateforme*).

AUBERT GABRIEL, La double impasse de la théorie des faits de double pertinence, in : RSPC 6/2021, pp. 619-626.

BAKER&MCKENZIE (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpflis Handkommentar, Berne 2010 (cité : SHK ZPO-AUTEUR).

BANNWART LIVIA/KÜNZI KILIAN/GAJTA PATRIK, Etude complémentaire sur l'habitat protégé – Coût de l'habitat protégé dans le modèle à quatre niveaux selon Imhof et Mahrer Imhof (2018), Berne 2020.

BARBEY RICHARD, Commentaire du droit du bail – Chapitre III – Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux – 1. Introduction et art. 271-271a CO, Genève 1991.

BARMETTLER MIRIAM et al., Immobilienentwicklung, in : Wipfler/Humbel (édit.), Immobilienmanagement – Handbuch für Immobilienentwicklung, Bauherrenberatung, Immobilienbewirtschaftung, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017.

BEDIN et al., Vivre à domicile le plus longtemps possible – Etude sur les logements protégés mandatée par le Canton Vaud, 2021.

BIBER IRÈNE, Die Anwendung der mietrechtlichen Schutzbestimmungen auf gemischte Verträge, in : mp 1/2014, pp. 1-31.

BISANG RAYMOND, Fragen im Zusammenhang mit gemischten Verträgen mit mietrechtlichem Einschlag, in : mp 4/2010, pp. 235-256 (cité : *mp 4/2010*).

BISANG RAYMOND, Kommentar zum Urteil des Bundesgerichts 4A_113/2012 vom 13. November 2012, in: MRA 4/2013, pp. 35-45 (cité : *MRA 4/2013*).

BLUMER MAJA, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete/Pacht), SPR VII/3, Bâle 2012.

BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 3^e éd., Bâle/Neuchâtel 2021 (cité : *Procédure civile*).

BOHNET FRANÇOIS, Le double paradoxe de la théorie des faits de double pertinence ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_484/2018, Newsletter DroitDuTravail.ch, février 2020 (cité : *Newsletter*).

BOHNET FRANÇOIS, Le droit du bail en procédure civile suisse, in : Bohnet/Wessner (édit.), 16^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010, pp. 1-39 (cité : *Séminaire* 2016).

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO (édit.), Droit du bail à loyer et à ferme, Commentaire pratique, Bâle 2017 (cité : CPra Bail-AUTEUR).

BOHNET FRANÇOIS et al., Code de procédure civile, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR).

BOHNET FRANÇOIS/MELCARNE LUCA, Dix ans de cas clairs en droit du bail, in : Bohnet/Carron (édit.), 21^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2020.

BORGHI MARCO, La discrimination des personnes âgées, in : Tercier et al. (édit.), Gauchs Welt – recht, Vertragsrecht und Baurecht – Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2004, pp. 23-35.

BREITSCHMID PETER, (Mieter-)Schutz von Alters- und PflegeheimbewohnerInnen, in: Pfleregerecht 1/2016, pp. 24-26.

BREITSCHMID PETER/STECK DANIEL/WITTEWIT CAROLINE, Der Heimvertrag, in: FamPra.ch 4/2009, pp. 867-897.

BRIDEL BASTIEN, Les effets et la détermination de la valeur litigieuse en procédure civile suisse – Exemples choisis en droit du bail à loyer, thèse Lausanne, Zurich 2020.

BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO – Kommentar, vol. 1 (art. 1-196), vol. 2 (art. 197-408), 2^e éd., Zurich/St-Gall 2016 (cité : DIKE ZPO-AUTEUR).

CARRON BLAISE/WESSNER PIERRE, Droit des obligations – Partie générale, vol. 1, Berne 2022.

CARRON MAXENCE, La qualification des contrats de services, in : RDS 4/139 (2020) I, pp. 345-365.

CHABLOZ ISABELLE/DIETSCHY-MARTENET PATRICIA/HEINZMANN MICHEL (édit.), Code de procédure civile, Petit commentaire, Bâle 2020 (cité : PC CPC-AUTEUR).

CONOD PHILIPPE/BOHNET FRANÇOIS, Droit du bail : fond et procédure, 2^e éd., Bâle/Neuchâtel 2021.

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Bail à loyer et procédure civile, Bâle 2018 (cité : *Bail et procédure*).

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Fors, frais et représentation dans le procès civil social, in : Bohnet/Dupont (édit.), Le procès civil social, Bâle/Neuchâtel 2018, pp. 1-29 (cité : *Procès civil social*).

ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse – Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, 2^e éd., Berne 2000 (cité : *Contrats*).

ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse – Dispositions générales du CO, 2^e éd., Berne 1997 (cité : *Traité*).

FAVRE ANNE-CHRISTINE/VITTOZ SARAH, Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques, in : Boillet/Favre/Martenet (édit.), Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Zurich/Bâle 2020, pp. 569-596.

GANDOY AURÉLIE, Invalidité ex tunc d'un contrat composé pour cause d'erreur, in : DB 31 (2019) n° 11, pp. 35-38.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, OR AT – Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, vol. I, 11^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020.

GEISER THOMAS/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA (édit.), Zivilgesetzbuch I – Art. 1-456 ZGB, Basler Kommentar, Bâle 2022 (cité : BSK ZGB I-AUTEUR).

GIGER HANS, Die Miete, Grundsatzanalyse, Vorbemerkungen und Art. 253-255 OR, Berner Kommentar, Berne 2013 (cité : BK OR-GIGER).

GÜNGERICH ANDREAS (coord.), ALVEREZ CIPRIANO et al., Schweizerische Zivilprozessordnung, vol. I (Art. 1-149 ZPO), vol. II (art. 150-352 und 400-406 ZPO), Berner Kommentar, Berne 2012 (cité : BK ZPO-AUTEUR).

HEINZMANN MICHEL, La procédure simplifiée – une émanation du procès civil social, thèse d'habilitation Fribourg, Zurich 2018.

HIGI PETER/BÜHLMANN ANTON/WILDISEN CHRISTOPH, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR), Art. 253 - 265 OR, Zürcher Kommentar, 5^e éd., Zurich 2019 (cité : ZK-AUTEUR).

HIGI PETER/BÜHLMANN ANTON/WILDISEN CHRISTOPH, Die Miete, Art. 266-268b OR, Zürcher Kommentar, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020 (cité : ZK-AUTEUR).

HOFFMANN-NOWOTNY URS, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, thèse, Bâle 2010.

HOHL FABIENNE/BOVEY GRÉGORY, Dix ans de Code de procédure civil : bilan et perspectives, in : RDS 5/140 (2021) I, pp. 509-539.

HONSELL HEINRICH (édit.), Obligationenrecht – Art. 1-529, Kurzkomentar, Bâle 2008 (cité : KUKO OR [2008]-AUTEUR).

HONSELL HEINRICH (édit.), Obligationenrecht, Kurzkomentar, Bâle 2014 (cité : KUKO OR [2014]-AUTEUR).

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 10^e éd., Zurich 2017.

HÖPFLINGER FRANÇOIS/HUGENTOBLE VALÉRIE/SPINI DARIO, Age Report IV – Habitat et vieillissement – Réalités et enjeux de la diversité, Zurich/Genève 2019.

HOPPLER-WYSS JOSEF, Recht im Alter – Ein Leitfaden für Soziale Dienste, Spitex-Organisationen, Institutionen der Beratung, Verwaltungen und Behörden, Einrichtungen in Altersarbeit, Pflege und Betreuung, Zurich/St-Gall 2011.

HOTZ SANDRA, Der Betreuungsvertrag, in: FamPra.ch 4/2016, pp. 815-873.

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 3^e éd., Zurich 2019.

IMHOF LORENZ/MAHRER IMHOF ROMY, Betreutes Wohnen in der Schweiz – Grundlagen eines Modells, Winterthur 2018.

JÉQUIER GUILLAUME, Nature et effet d'une clause de conciliation préalable devant une institution privée, note relative à l'arrêt TF [28.09.2018] 4A_432/2018, in : RSPC 1/2019, pp. 66-69.

KOLLER ALFRED, OR AT – Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Berne 2017.

LACHAT DAVID, Chapitres 2 et 28, in : Lachat et al. (édit.), *Le bail à loyer* – Edition 2019, Lausanne 2019.

LACHAT DAVID/LACHAT BORIS, *Procédure civile en matière de baux et loyers* – Edition 2019, Genève 2019.

LEUBA AUDREY et al. (édit.), *Protection de l'adulte, Commentaire du droit de la famille*, Berne 2013 (cité : CommFam-AUTEUR).

MAGISTRINI LORIS, *Les appartements avec encadrement en droit neuchâtelois*, in : RJN 2021, pp. 15-39.

MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (édit.), *Constitution fédérale, Commentaire romand*, Bâle 2021 (cité : CR CST-AUTEUR).

MEIER KARIN, *Hilfe ist jederzeit zur Stelle*, in : Sidler (édit.), *Betreute Wohnungen mit Heimvorteil*, Zurich 2016, pp. 19-29.

MORIN ARIANE, *Les règles impératives et dispositives applicables aux contrats de type commercial*, Bulletin Ceditac n° 79 (consulté à l'adresse web : <https://www.unil.ch/cedidac/fr/home/menuinst/bulletins.html>, dernière consultation le 3 décembre 2022).

MÜLLER CHRISTOPH, *Contrats de droit suisse - Présentation systématique des contrats les plus importants en pratique*, 2^e éd., Berne 2021.

MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE (édit.), *Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3^e éd., Zurich 2016 (cité : CHK OR-AUTEUR).

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar*, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : KUKO ZPO-AUTEUR).

OBERHAUSSER CAMILL, *Vertragsqualifikation bei Airbnb*, Mémoire Bâle, Zurich/Bâle/Genève 2021.

OESCH THOMAS/KÜNZI KILIAN, *Kantonale Rechtsgrundlagen und Regelungen für betreutes Wohnen*, Berne 2016.

PICHONNAZ PASCAL, *Les contrats innommés : quelques questions récurrentes*, in : Pichonnaz/Werro (édit.), *La pratique contractuelle : actualité et perspectives* – Symposium en droit des contrats, Genève/Zurich/Bâle 2009, pp. 21-44.

PÜNTENER RICHARD, Das mietrechtliche Schlichtungsverfahren in der Zivilprozessordnung, in: mp 4/2011, pp. 243-290 (cité : *mp 4/2011*).

PÜNTENER RICHARD, Definition des Mietvertrags; Abrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen (Kapitel 2), in: Lachat (édit.), *Mietrecht für die Praxis*, 10^e éd., Zurich 2022 (cité : *Mietrecht für die Praxis*).

PÜNTENER RICHARD, Zivilprozessrecht für die Mietrechtspraxis, Bâle 2016 (cité : *ZPR*).

RICHARD PHILIPPE, Die allgemeinen Bestimmungen des neuen Mietrechts (Teil 1), in: mp 2/1991, pp. 39-68.

ROHRER BEAT, Kommentar zum Urteil des Bundesgerichts 4C.373/2006 vom 29. Januar 2007, in: MRA 5/2006, pp. 192-199.

RÜEGGER HEINZ, Wohnformen im Alter – eine terminologische Klärung, Berne 2014.

SCHLUEP WALTER R., Innominatverträge, in: Vischer (édit.), *Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse*, SPR VII/2, Bâle/Stuttgart 1979.

SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 8^e éd., Berne 2020.

SPICHIN NICOLAS, *Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO*, thèse, Bâle 2019.

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar*, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-AUTEUR).

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : ZPOKomm-AUTEUR).

SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT (édit.), *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zurich/Bâle/Genève 2021 (cité : CHK ZPO-AUTEUR).

SVIT (édit.), *Das schweizerische Mietrecht, Kommentar*, 4^e éd., Zurich 2018 (cité : SVIT-AUTEUR).

TERCIER PIERRE, Des législateurs innommés, in : Forstmoser/Tercier/Zäch (édit.), *Innominatverträge – Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep*, Zurich 1988, pp. 45-60.

TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016.

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), *Code des obligations I – Art. 1-529 CO*, Commentaire romand, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR).

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (édit.), *Bundesverfassung*, Basler Kommentar, Bâle 2015 (cité : BSK BV-AUTEUR).

WERNER SARAH et al., *Angebot und Inanspruchnahme von intermediären Strukturen für ältere Menschen in der Schweiz* (Obsan Dossier 52), Neuchâtel 2016.

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (édit.), *Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR*, Basler Kommentar, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BSK OR I-AUTEUR).

Documents officiels

Jura

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE ET DE LA SANTÉ, *Directives en matière de conception architecturale pour la construction ou rénovation d'appartements protégés* du 10 février 2017 (RS JU 810.411.1 ; cité : Directives/JU).

SERVICE DE LA SANTÉ PUBLIQUE DE LA RCJU, *Définitions des prestations de la planification médico-sociale (PMS) jurassienne*, novembre 2009 (cité : Définitions/JU ; consultable à l'adresse url : <https://www.jura.ch/DES/SSA/Etablissements-pour-personnes-agees/Planification-medico-sociale.html>, dernière consultation le 7 décembre 2022).

Neuchâtel

DÉPARTEMENT DES FINANCES ET DE LA SANTÉ, *Appartements avec encadrement* (cité : Brochure/NE ; consultable à l'adresse url : <https://www.ne.ch/>

autorites/DFS/SCSP/medico-social/pms/Pages/Appartements-avec-encadrement.aspx, dernière consultation le 7 décembre 2022).

Valais

DÉPARTEMENT DE LA SANTÉ, DES AFFAIRES SOCIALES ET DE L'ÉNERGIE, Directives concernant les conditions à remplir pour l'exploitation d'un appartement à encadrement médico-social (cité : Directives/VS ; consultable à l'adresse url : <https://www.vs.ch/documents/8841577/0/Directives+-+appartements+à+encadrement+médico-social.pdf/ce62a36a-d6c5-c967-279f-6f59ac86bc8f?t=1609947058321&v=1.0>, dernière consultation le 7 décembre 2022).

Vaud

DIRECTION GÉNÉRALE DE LA COHÉSION SOCIALE, Directive fixant le cadre de référence pour les logements protégés, Annexe 1 du modèle de convention de reconnaissance des logements protégés (cité : Directives/VD ; consultable à l'adresse url : https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/social/Vivre_à_domicile/Logements_protégés/Professionnels/2_Modèle_convention_logements_protégés_2021-05.pdf, dernière consultation le 7 décembre 2022).

SERVICE DES ASSURANCES SOCIALES ET DE L'HÉBERGEMENT/SERVICE DE L'ÉCONOMIE, DU LOGEMENT ET DU TOURISME/SERVICE DE LA SANTÉ PUBLIQUE/ASSOCIATION AVRIL, Le logement protégé ou adapté – Brochure destinée aux constructeurs et exploitants, s.l. 2021 (cité : Brochure/VD ; consultable à l'adresse url : https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dsas/DGCS/2011_brochure-logement-protege-adapte.pdf, dernière consultation le 7 décembre 2022).

Ergänzungsleistungen zur AHV/IV und Vermögensplanung im Hinblick auf das Alter

Thomas Gächter*

Carlo Lienhard**

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangslage und Problemstellung	214
II.	Grundgedanke des Ergänzungsleistungssystems und jüngste Revision	216
A.	Grundgedanke des Ergänzungsleistungssystems	216
B.	Kostenanstieg und Sparbemühungen der jüngsten Revision	217
C.	Eine Einladung zur Vermögensplanung zu Lasten der Ergänzungsleistungen ?	218
III.	Insbesondere: Schwellenwerte, übermässiger Vermögensverzehr und Rückerstattung	220
A.	Schwellenwert für vorhandenes Vermögen (Art. 9a ELG)	220
B.	Übermässiger Vermögensverzehr	222
1.	Angst vor Missbrauch	222
2.	Neue Regelung	223
a.	Zeitraum der Anrechnung	223
b.	«Wichtige Gründe»	223
3.	Mehrfacher Paradigmenwechsel	226
C.	Rückerstattung	227
1.	Gesetzliche Regelung	227
2.	Systematische Würdigung der Rückerstattung rechtmässig bezogener Leistungen	228
D.	Auswirkungen in zeitlicher Hinsicht (Übergangsrecht)	230
IV.	Möglichkeiten der Vermögensplanung	231
A.	Eingeschränkte Möglichkeiten	231

* Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich.

** MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich.

B. Insbesondere: Immobilien	232
1. Partielle Privilegierung von selbstbewohntem Wohneigentum	232
2. «Günstige» Übertragung als möglicher Ausweg	233
C. Ausgaben für den gewohnten Lebensunterhalt	235
D. Nicht mehr sparen ?	236
V. Fazit	237
Literaturverzeichnis	239

I. Ausgangslage und Problemstellung

Wer von Vermögensplanung spricht, denkt dabei in der Regel an eine wirtschaftlich gut situierte Bevölkerungsschicht, die sich Gedanken darüber macht, wie man den Erhalt und die Vermehrung des Vermögens im Hinblick auf staatliche Steuern und Abgaben sowie bezogen auf verschiedene Vermögensanlagekategorien (Immobilien, Wertschriften etc.) optimieren kann. Diese Bevölkerungsschicht ist in der Schweiz recht breit, weshalb sowohl in den Rechts- wie auch in den Wirtschaftswissenschaften häufig über entsprechende Optimierungsmöglichkeiten geforscht und publiziert wird.

Weniger bewusst ist einem dabei, dass auch am anderen Ende des wirtschaftlichen Spektrums, nämlich bei den weniger vermögenden Bevölkerungsschichten, diese ökonomisch rationalen Überlegungen der Planung und Optimierung stattfinden¹, namentlich im Hinblick auf allfällige Ergänzungsleistungen zur Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) im Rentenalter.

Die entsprechenden Überlegungen haben denn auch mit der jüngsten Revision des Ergänzungsleistungsrechts sprunghaft zugenommen, weil an massgeblichen Stellschrauben (Vermögensgrenze, Rückzahlung aus dem Nachlass, Anrechnung von übermässigem Vermögensverzehr) gedreht wurde und damit etablierte und bislang akzeptierte Praktiken der Bürgerinnen und Bürger in Frage gestellt worden sind. Vor allem der deutlich verstärkte Einbezug des

¹ Z.B. CAMENZIND, S. 966 ff.

Privatvermögens in die Finanzierung der Existenzsicherung im Alter wirkt zahlreiche Fragen auf².

Interessanterweise werden diese beiden unterschiedlichen Formen der Optimierung in der öffentlichen Wahrnehmung – zumindest nach unserer Einschätzung – sehr unterschiedlich bewertet. Es scheint demnach moralisch verwerflicher zu sein, sein Vermögen (beispielsweise zu Gunsten der Nachkommen) im Hinblick darauf zu optimieren, dass man gegebenenfalls in höherem Masse von den Ergänzungsleistungen profitieren kann, als beispielsweise Steuern zu optimieren, um dem Staat weniger abliefern zu müssen (und damit auch die Nachkommen und Erben besser zu stellen). Wirtschaftlich betrachtet ist es für den Staat im Ergebnis allerdings gleichbedeutend, ob er einen Betrag von z.B. CHF 100'000.– für eine Ergänzungsleistungen (EL)-beziehende Person ausgeben muss oder ob er denselben Betrag nicht erhält, weil jemand seine Steuern optimiert hat³.

Vorliegend möchten wir uns mit der Frage beschäftigen, welche Veränderungen die jüngste Revision der Ergänzungsleistungsrechts gebracht hat (III) und welche konkreten Auswirkungen diese auf die Planung der Betroffenen im Hinblick auf das Alter haben oder haben können (IV). Die entsprechenden Überlegungen werden mit kurzen Ausführungen zu den Grundgedanken des Ergänzungsleistungssystems eingeleitet, die für die Würdigung der laufenden Entwicklungen von Bedeutung sind (II).

² GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 75 f. ; WIDMER, S. 28 f.

³ Diese irrational anmutende Unterscheidung lässt sich allenfalls mit dem von DANIEL KAHNEMAN und AMOS TVERSKY 1984 beschriebenen Phänomen der «Verlustaversion» erklären (KAHNEMAN/TVERSKY, S. 341-350), nach welchem Verluste subjektiv schwerer ins Gewicht fallen als Gewinne. Diese Wertasymmetrie bedeutet, dass der erwartete negative Nutzen eines Verlustes (hier für den Staat oder die Steuerzahlenden, welche die Ergänzungsleistungen finanzieren) intensiver erlebt wird als der erwartete positive Nutzen (hier einer ausgebliebenen Steuereinnahme) eines gleich grossen Gewinnes.

II. Grundgedanke des Ergänzungsleistungssystems und jüngste Revision

A. Grundgedanke des Ergänzungsleistungssystems

Laut Art. 112a Bundesverfassung (BV) richten Bund und Kantone Ergänzungsleistungen aus an Personen, deren Existenzbedarf durch die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung nicht gedeckt ist. Grundlage hierfür bildet die auf Art. 112a Abs. 2 BV gestützte Ergänzungsleistungsgesetzgebung des Bundes mitsamt entsprechenden konkretisierenden Erlassen der Kantone⁴.

Das Ziel besteht gemäss dem Verfassungstext darin, den Existenzbedarf derjenigen zu decken, bei denen die Leistungen der ersten Säule der Vorsorge nicht ausreichen. Wenn die Formulierung in Art. 112 Abs. 2 lit. b BV auch leicht verschieden ist (dort wird von einer angemessenen Deckung des Existenzbedarfs gesprochen), orientieren sich die Versicherungen der ersten Säule und die Ergänzungsleistungen doch am gleichen Leistungsziel⁵.

Allerdings ist der Wortlaut von Art. 112a Abs. 1 BV leicht ungenau. Die Leistungen der ersten Säule decken für sich allein, also ohne die Leistungen aus zweiter und dritter Säule, kaum je vollständig den Existenzbedarf einer Person. Daraus würde folgen, dass nahezu alle Personen, die von einem der versicherten Risiken betroffen sind, einen Ergänzungsleistungsanspruch hätten. Mit Blick auf die Stellung der Ergänzungsleistungen im Drei-Säulen-System zeigt sich jedoch, dass Ergänzungsleistungen nur bei nicht ausreichenden Leistungen der ersten Säule ausgerichtet werden, wobei der Existenzbedarf der versicherten Personen weder durch andere Leistungen (insb. der zweiten oder dritten Säule) noch durch eigene Mittel gedeckt sein darf⁶.

⁴ CR BV-DUPONT, Art. 112a Rz. 30.

⁵ BSK BV-GÄCHTER/FILIPPO, Art. 112a Rz. 13; BALMER, S. 282; im Fehlen des Wortes «angemessen» einen Unterschied erkennend SGK BV-KIESER, Art. 112a Rz. 15.

⁶ CR BV-DUPONT, Art. 112a Rz. 7, 15; BSK BV-GÄCHTER/FILIPPO, Art. 112a Rz. 12; VALTERIO, S. 3; CARIGIET/KOCH, Rz. 11; BALMER, S. 279, 285, der in den Ergänzungsleistungen eine «4. Säule» sieht.

Mit Blick auf Art. 41 Abs. 2 BV fällt jedoch auf, dass die (unbestrittene) Zuordnung der Ergänzungsleistungen zur ersten Säule zur Folge hat, dass diese nicht dem Subsidiaritätsvorbehalt gemäss Art. 42 Abs. 1 BV unterstehen. Damit unterscheiden sie sich von den in Art. 41 Abs. 1 BV verankerten Sozialzielen. Gerade der Gesetzgeber scheint diese Unterscheidung regelmässig zu übersehen. Auf Ergänzungsleistungen besteht damit ein primärer Rechtsanspruch, die eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und etwaige Ansprüche gegenüber Dritten sind also nur soweit gesetzlich vorgeschrieben anzurechnen – und stehen auf jeden Fall nicht im Vordergrund⁷.

B. Kostenanstieg und Sparbemühungen der jüngsten Revision⁸

Bis zum Beginn der Revisionsarbeiten, während einem Zeitraum von etwas weniger als zwanzig Jahren, hatten sich die Ausgaben für die Ergänzungsleistungen von rund 2,3 Milliarden auf 4,9 Milliarden Franken (im Jahr 2018) mehr als verdoppelt⁹. Im gleichen Zeitraum hat sich zudem die absolute Zahl der Bezügerinnen und Bezüger rund veranderalbfacht¹⁰. Seither nahmen die Ausgaben weiter zu¹¹.

Der Gesetzgeber nahm diese Entwicklungen zum Anlass, um einige Korrekturen im System vorzunehmen. So sollte die finanzielle Stabilität dieses Sicherungszweigs erhalten werden, ohne dabei die (kantonale) Sozialhilfe zusätzlich zu belasten¹².

Ein Kostenanstieg in Verbindung mit dem Willen, das System finanziell im Gleichgewicht zu halten, ist nur um den Preis eines entsprechenden Leistungs-

⁷ Zum Ganzen BSK BV-GÄCHTER/FILIPPO, Art. 112a Rz. 9.

⁸ Zum Ganzen MEIER/RENKER, S. 1 ff.

⁹ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen und Invalidenversicherung (EL-Reform) vom 16. September 2016, BBl 2016 S. 7465 ff., 7476; Bundesamt für Sozialversicherungen, EL: Wichtigste Massnahmen im Überblick, Hintergrunddokument vom 12. Juli 2019, S. 1.

¹⁰ Hintergrunddokument (Fn. 9), S. 1.

¹¹ BOLLIER, S. 380 ff.

¹² Botschaft EL-Reform (Fn. 9), S. 7471 f.

abbaus zu haben¹³. Da allerdings das Leistungsniveau (in jenen Fällen, in denen Leistungen ausgerichtet werden) erhalten bleiben sollte, setzte die Revision bei den Anspruchsvoraussetzungen an. Namentlich:

- wurde eine Vermögensschwelle eingeführt, bei deren Überschreitung kein Anspruch besteht (Art. 9a ELG, nachfolgend III.A),
- wurden die Vermögensfreibeträge gesenkt (Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG)¹⁴, und
- erfuhren die Regeln zum Vermögensverzicht eine Neugestaltung (Art. 11a ELG), v.a. auch durch die Schaffung des neuen Tatbestandes des «übermässigen Verbrauchs», der neu wie ein Verzicht gehandhabt werden soll (nachfolgend III.B).
- Die neu geschaffene Rückerstattungspflicht der Erben für (rechtmässig!) bezogene Ergänzungsleistungen einer verstorbenen Person (Art. 16a und 16b ELG, nachfolgend III.C) hat besonders viel Aufsehen in der öffentlichen Debatte erregt.

C. Eine Einladung zur Vermögensplanung zu Lasten der Ergänzungsleistungen ?

Die beschriebenen Neuerungen zielen darauf ab, das Privatvermögen der Bezügerinnen und Bezüger von Ergänzungsleistungen deutlich stärker als bisher zur Deckung der Existenzkosten im Alter heranzuziehen. Die angestrebten Einsparungen zu Gunsten des Ergänzungsleistungssystems erfolgen namentlich zu Lasten der Bezügerinnen und Bezüger von Ergänzungsleistungen und deren Erben¹⁵.

Dieses Vorgehen steht nach unserem Verständnis im Widerspruch zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Diese legen fest, dass die Ergänzungsleistungen, als Teil der ersten Säule, für alle Versicherten die Existenz (angemessen) sichern sollen. Diese Zusicherung wiederum steht, wie beschrieben, nicht unter dem Subsidiaritätsvorbehalt von Art. 41 Abs. 1 BV. Die verfassungsrechtliche

¹³ WIDMER, S. 28 f.

¹⁴ MEIER/RENKER, S. 3.

¹⁵ WIDMER, S. 28 f.

Zusage, dass mit Leistungen der Versicherungen der ersten Säule ein angemessener Existenzbedarf sichergestellt werden kann und soll, wird damit faktisch ausgehöhlt: Wer noch (anrechenbares) Vermögen hat, soll dieses bis zu einem deutlich gesenkten Betrag zunächst verbrauchen müssen, bevor von den Ergänzungsleistungen profitiert werden kann¹⁶.

Mag dieses gesetzgeberische Vorgehen im Hinblick auf den Gedanken der Selbstverantwortung (vgl. Art. 6 BV) auf den ersten Blick überzeugen, so verliert es im Hinblick auf die Rechtsgleichheit erheblich an Strahlkraft: Versicherte, die keine Ersparnisse gebildet und somit zeitlebens ihre wirtschaftliche Selbstverantwortung (im Hinblick auf die eigentumspolitisch und verfassungsrechtlich erwünschte Selbstvorsorge) nicht wahrgenommen haben, erhalten staatliche Leistungen über das Ergänzungsleistungssystem, welche die Sparsamen erst erhalten, nachdem sie ihr eigenes Vermögen aufgezehrt haben. Dieses Vermögen wiederum, das häufig in einer selbstbewohnten Immobilie steckt, haben wiederum die wenigsten aufgebaut oder gespart, um dereinst ihren Lebensbedarf im Alter oder ihre Pflegekosten zu bezahlen, sondern um im Alter ein Dach über dem Kopf zu haben und den Nachkommen auch etwas vererben zu können¹⁷.

Es verwundert deshalb nicht, dass in Publikumsmedien und in der Ratgeberliteratur schon rasch die Diskussion darüber entbrannte, wie man das Vermögen «optimieren» soll, um dereinst nicht schlechter dazustehen als jene, die über ihre Verhältnisse gelebt haben¹⁸. Das mag auf den ersten Blick – der, wie eingangs dargelegt, trügen kann¹⁹ – stossend erscheinen, stellt aber letztlich rationales ökonomisches Verhalten dar, das nicht zu kritisieren ist, solange die rechtlichen Vorgaben eingehalten und keine Vermögensverschiebungen illegal verschleiert werden.

¹⁶ GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 74 ff.

¹⁷ Vgl. GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 76.

¹⁸ Vgl. MEIER/RENKER, S. 6.

¹⁹ Vgl. bei Fn. 3.

III. Insbesondere: Schwellenwerte, übermässiger Vermögensverzehr und Rückerstattung

A. Schwellenwert für vorhandenes Vermögen (Art. 9a ELG)

Bis zum Inkrafttreten der jüngsten Revision des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) wurde das Vermögen einer Person, die Ergänzungsleistungen beantragte, nur in der Form des «Vermögensverzehr» berücksichtigt. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG wird dabei ein fixer Bruchteil des Reinvermögens als Einkommen zur Deckung des Lebensunterhaltes angerechnet²⁰. Wenn sich, trotz der Berücksichtigung dieses Vermögensverzehr als anrechenbare Einnahme, im Verhältnis zu den anrechenbaren Ausgaben ein negativer Saldo ergab, bestand in der Höhe dieses Saldos Anspruch auf jährliche Ergänzungsleistungen (Art. 9 Abs. 1 ELG).

Mit der Revision wurde nun per Anfang 2021 in Art. 9a ELG eine Vermögensschwelle von CHF 100'000.– bei alleinstehenden Personen (lit. a) und von CHF 200'000.– bei Ehepaaren (lit. b) eingeführt. Bei der Bestimmung des Reinvermögens werden gemäss Art. 9 Abs. 2 ELG selbstbewohnte Liegenschaften nicht berücksichtigt. Damit wird neu ein *tatsächlicher Vermögensverzehr* gefordert²¹. Erst dann, wenn die genannten Vermögensschwellen unterschritten werden, hat sie einen Anspruch auf Ergänzungsleistungen.

Die Vermögensschwelle fand erst durch die nationalrätliche Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit Eingang ins Gesetz²² und wurde in der Folge vom Ständerat bis zur Einigungskonferenz abgelehnt. In dieser schwenkte der Ständerat ein und stimmte einer Vermögensschwelle zu²³.

²⁰ Es handelt sich um eine rein fiktive Anrechnung. Eine versicherte Person kann nicht direkt zum tatsächlichen Verzehr gezwungen werden.

²¹ MEIER/RENKER, S. 2; ANDERER, S. 468.

²² Der Bundesrat hatte in seinem Entwurf noch bewusst auf eine Vermögensschwelle verzichtet.

²³ MEIER/RENKER, S. 3, mit weiteren Hinweisen.

Zum für den Schwellenwert relevanten Vermögen²⁴ zählen sämtliche beweglichen und unbeweglichen Sachen und Guthaben, die im Eigentum der Person stehen, wie z.B. Sparguthaben, Aktien, (nicht selbst bewohnte) Liegenschaften, Erbschaften, Kapitalauszahlungen der Pensionskasse und auch Rückkaufswerte von Lebensversicherungen. Ausgenommen sind der übliche Hausrat und Vermögenswerte nach BVG, solange deren Auszahlung nicht möglich ist²⁵.

Diese, in der politischen Debatte bis am Schluss umstrittene Vermögensgrenze, stellt einen tiefen Einschnitt in die bisherige «Systemlogik» der Ergänzungsleistungen dar²⁶. Bislang bestand die Erwartung, dass Vermögen angemessen verzehrt würde, ohne jedoch die Versicherten faktisch zum Vermögensverzehr zu zwingen. Sie hätten sich den Verzehr des Vermögens – beispielsweise zu Gunsten ihrer besseren finanziellen Absicherung – «vom Mund absparen» und das Vermögen einfach nicht verzehren können. Gleichwohl wäre ein (wenn auch entsprechend reduzierter) Ergänzungsleistungsanspruch entstanden. Das bisherige System hat also das Privatvermögen (und damit auch die autonome Vermögensgestaltung) der Versicherten besser geschont.

Gemessen an den weiter vorne dargelegten Grundgedanken des EL-Systems bedeutet dies, dass das Ziel der Absicherung der Existenz durch die erste Säule entgegen der Intention des Verfassungsgebers für jene bewusst verfehlt wird, die noch über Privatvermögen verfügen. Diesen wird – ebenfalls im Widerspruch zur Verfassungssystematik – die Finanzierung ihrer Existenzsicherung selbst angelastet, d.h. bis zum Verzehr ihres Vermögens unter eine Limite von CHF 100'000.– bleibt ihre Existenzsicherung im Alter «Privatsache». Dass sich das System der ersten Säule damit von einem solchen der Altersvorsorge zu einem solchen der Altersfürsorge wandelt²⁷, die nicht nach dem Versicherungs-, sondern nach dem Bedarfsprinzip funktioniert, ist nach unserer Einschätzung in der Öffentlichkeit kaum wahrgenommen worden. Dass damit ein

²⁴ Vgl. BOLLIER, S. 354.

²⁵ WIDMER, S. 29.

²⁶ CARIGIET/KOCH, Rz. 67 und Fn. 70.

²⁷ GÄCHTER, *Altersfürsorge*, S. 52 ff.

Kerngedanke des verfassungsrechtlichen Drei-Säulen-Prinzips unterhöhlt wird, fand ebenfalls kaum Beachtung.

Nüchtern betrachtet bedeutet dies: Wer über sein (allenfalls selbst hart erarbeitetes) Vermögen autonom verfügen will, sollte dies tun, bevor mangels hinreichender Alterseinkünfte aus der ersten, der zweiten und der dritten Säule keine hinreichende Deckung der «anrechenbaren Ausgaben» mehr gewährleistet ist.

B. Übermässiger Vermögensverzehr

1. Angst vor Missbrauch

Bereits die bis Ende 2020 geltende Ausgestaltung des Vermögensverzichts wurde immer wieder kritisiert²⁸. Namentlich wurde befürchtet, dass Personen ihr Vermögen noch vor der Pensionierung oder bald nach deren Eintritt verbrauchen könnten, beispielsweise durch Ausgaben für teure Reisen oder einen anderweitig kostspieligen Lebenswandel, ohne mit einer Reduktion des späteren Anspruchs auf Ergänzungsleistungen rechnen zu müssen²⁹. Die gefestigte Praxis, gemäss welcher eine Ausgabe dann nicht als Vermögensverzicht bewertet wurde, wenn ihr eine adäquate Gegenleistung gegenüber stand³⁰, wurde als unzureichend empfunden, um dieser befürchteten Missstände Herr zu werden. Statistische oder empirische Belege für solche verschwenderischen Praktiken wurden allerdings – soweit ersichtlich – weder erbracht noch erhoben³¹.

Bestanden diese Befürchtungen also bereits zum Zeitpunkt der bisherigen Regelung, manifestieren sie sich mit der Revision des Ergänzungsleistungsrechts noch expliziter. Namentlich die Einführung des soeben beschriebenen Schwellenwertes für die Anspruchsberechtigung im Rahmen der parlamentarischen Debatte ist ein Beleg hierfür³².

²⁸ Sehr deutlich etwa von WERLEN, S. 166.

²⁹ Bundesrat, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV: Kostenentwicklung und Reformbedarf, Bericht vom 20. November 2013, S. 79; MEIER/RENKER, S. 8.

³⁰ Z.B. ERNST/GÄCHTER, S. 153, mit zahlreichen Hinweisen.

³¹ MEIER/RENKER, S. 8.

³² Vgl. CARIGIET/KOCH, Rz. 69 ff.

2. Neue Regelung

a. Zeitraum der Anrechnung

Den Befürchtungen wird nun neu ebenfalls mit der Regelung zum übermässigen Vermögensverzehr begegnet. So bestimmt das Gesetz in Art. 11a Abs. 3 ELG seit Anfang 2021, dass ein Vermögensverzicht auch dann vorliege, wenn ab der Entstehung des Anspruchs auf eine Hinterlassenenrente der AHV beziehungsweise auf eine Rente der Invalidenversicherung (IV) pro Jahr mehr als zehn Prozent des Vermögens verbraucht werden, ohne dass ein wichtiger Grund dafür vorliegt.

Bei Vermögen bis CHF 100'000.– liegt die Grenze bei CHF 10'000.– pro Jahr. Der Bundesrat regelt dabei die Einzelheiten, insbesondere die «wichtigen Gründe» (sogleich lit. b).

Diese Regel wird in Art. 11a Abs. 4 ELG zudem noch auf die zehn Jahre vor der Entstehung eines Altersrentenanspruchs ausgedehnt. Ausgaben, die ohne wichtigen Grund diese Zehn-Prozent-Marke des Vermögens überschreiten, können selbst dann wie Verzichtsvermögen hypothetisch angerechnet werden, wenn sie bis zu zehn Jahre vor der Pensionierung (d.h. ab Alter 54 bzw. 55) getätigt wurden³³.

Zu beachten ist auch das Zusammenspiel dieser Regelungen mit dem neu geschaffenen Schwellenwert für vorhandenes Vermögen (Art. 9a ELG). Art. 9a Abs. 3 ELG legt nämlich ausdrücklich fest, dass Vermögen, auf welches nach Art. 11a Abs. 2-4 ELG verzichtet wurde, auch zum Reinvermögen nach Art. 9a Abs. 1 ELG zählt. Ausgaben, die bis zu zehn Jahre vor der Pensionierung getätigt worden sind und zehn Prozent des Vermögens überschreiten, können damit sogar die Entstehung des Anspruchs hemmen³⁴.

b. «Wichtige Gründe»

Der Bundesrat ist dem Auftrag des Gesetzgebers nachgekommen und hat in Art. 17d ELV Regeln zur «Höhe des Verzichts bei übermässigem Vermögens-

³³ Kritisch zu dieser erst im Rahmen der parlamentarischen Debatte eingefügten rückwirkenden Betrachtung MEIER/RENKER, S. 8; CARIGIET/KOCH, Rz. 625.

³⁴ Vgl. STEINAUER, Rz. 14.

verbrauch» formuliert. Er hat dabei in Art. 17d Abs. 3 lit. b ELV namentlich konkretisiert, welches die vom Gesetz genannten «wichtigen Gründe» sind, die trotz der Überschreitung der Zehn-Prozent-Grenze nicht zu einer Anrechnung führen. Aus wichtigem Grund nicht angerechnet werden demnach (abschliessend)³⁵:

Ausgaben zum Werterhalt von Liegenschaften, an denen die Bezügerin oder der Bezüger das Eigentum oder die Nutzniessung hat (Ziff. 1): Dass solche Ausgaben rasch die Zehn-Prozent-Grenze überschreiten können, ist an sich klar. Zudem handelt es sich um Investitionen in vorhandenes Vermögen, das (unter Vorbehalt der entsprechenden Freibeträge) auch angerechnet werden kann.

Kosten für zahnärztliche Behandlungen (Ziff. 2): Im Vordergrund stehen bei diesem Tatbestand Kosten, die in den zehn Jahren vor dem eigentlichen EL-Bezug entstanden sind. Im Rahmen des EL-Bezugs sind zahnärztliche Behandlungen bei EL-Bezügern denn auch zu übernehmen (Art. 14 Abs. 1 lit. a ELG), das heisst, es besteht hier eine gewisse Wertungskongruenz für Zahnbehandlungen vor und nach Entstehung eines EL-Anspruchs.

Weitere Krankheits- und Behinderungskosten, die nicht von einer Sozialversicherung übernommen werden (Ziff. 3): Wie die soeben beschriebenen Zahnartztkosten dürften auch diese Kosten in der Regel vor dem EL-Bezug angefallen sein, da bei einem EL-Anspruch jährlich mindestens CHF 25'000.– an zusätzlichen Krankheits- und Behinderungskosten übernommen werden müssen (Art. 14 Abs. 3 lit. a Ziff. 1 ELG).

Gewinnungskosten zur Erzielung eines Erwerbseinkommens (Ziff. 4): Die Bestimmung der Gewinnungskosten orientiert sich an der Praxis zu den direkten kantonalen Steuern³⁶.

Vergleichbares gilt auch für die *Auslagen für berufsorientierte Ausbildung* (Ziff. 5). Diese beinhalten die Kosten für die berufliche Erst- oder Zweitausbildung und die berufliche Weiterbildung. Massgebend sind die tatsächlichen nachgewiesenen Kosten. Eine allfällige Begrenzung der Kosten

³⁵ Vgl. Bundesamt für Sozialversicherungen, Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (WEL), Stand 1. Januar 2023, Rz. 3533.12.

³⁶ WEL (Fn. 35), Rz. 3533.23.

nach der Gesetzgebung über die direkte kantonale Steuer ist ausser Acht zu lassen³⁷.

Ausgaben für den gewohnten Lebensunterhalt der versicherten Person während der Jahre vor dem Bezug der jährlichen Ergänzungsleistung, wenn das erzielte Einkommen unzureichend war (Ziff. 6): Mit diesem Tatbestand werden etwa Situationen erfasst, in denen das Erwerbseinkommen während der Jahre vor dem EL-Bezug nicht mehr ausgereicht hat, um den Lebensunterhalt zu bestreiten. Das kann der Fall gewesen sein, weil etwa der Beschäftigungsgrad reduziert worden ist, jemand eine Stelle verloren hat oder eine schlechter bezahlte Stelle annehmen musste, bspw. weil wegen Pflegeverpflichtungen gegenüber Angehörigen auf Erwerbstätigkeit verzichtet werden musste. In solchen Fällen darf das Vermögen zur Deckung der laufenden Ausgaben verwendet werden, wobei dem individuellen, auch (deutlich)³⁸ über dem Existenzminimum liegenden Lebensstandard Rechnung zu tragen ist. Dieser Ausnahmetatbestand ist allein schon deshalb begrüssenswert, weil er am ursprünglichen Gedanken anknüpft, dass vor allem Vermögensverbrauch i.S. eines sinnlosen «Verprassens» sanktioniert werden soll³⁹. Er ist auch auf Weisungsebene erfreulich pragmatisch konkretisiert worden: Die entsprechenden Auslagen müssen nicht belegt werden⁴⁰. Vielmehr arbeitet die Verwaltung mit grosszügig bemessenen Pauschalen, die – für die Zeit vor dem Bezug der Ergänzungsleistungen – jeweils ein Mehrfaches des «zulässigen» Vermögensverbrauchs betragen⁴¹.

Die Ziffern 1–5 der Regelung nehmen Grundgedanken des Ergänzungsleistungssystems auf und sind insofern systemkonform. Ziffer 6 dagegen öffnet der Praxis den Weg, trotz der ausgesprochen rigiden gesetzlichen Regelung «Augenmass» walten zu lassen und die eigentlichen Abklärungen auf offensichtliche Missbräuche zu beschränken.

³⁷ WEL (Fn. 35), Rz. 3533.24.

³⁸ Vgl. WEL (Fn. 35), Rz. 3533.14 ff. und Anhang 8 sowie Anhang 14.

³⁹ MEIER/RENKER, S. 9.

⁴⁰ WEL (Fn. 35), Rz. 3533.13.

⁴¹ WEL (Fn. 35), Anhang 8.

Es dürfte denn auch häufig schwer nachvollziehbar (geschweige dessen hinreichend belegbar)⁴² sein, welche Ausgaben in den zehn Jahren vor dem Eintritt des allfälligen Ergänzungsleistungsanspruchs getätigt wurden und in welchem Verhältnis diese zum Gesamtvermögen standen, zumal die Versicherten hier keine Dokumentations- oder Aufbewahrungspflichten treffen⁴³. Die vernünftig (hoch) angesetzten Pauschalen schaffen hier die notwendige Praktikabilität.

3. Mehrfacher Paradigmenwechsel

Konkret bedeuten die neuen Regelungen, dass die Leistungsberechnung für die Ergänzungsleistungen indirekt zu einer finanziellen «Lebensführungskontrolle» spätestens ab dem Alter von 55 Jahren führt – und dies bei einer stetig wachsenden Zahl allfälliger Ergänzungsleistungsbezügerinnen und -bezüger⁴⁴. Genau von einer solchen Lebensführungskontrolle hatte sich die Praxis bislang konsequent distanziert⁴⁵.

Bis anhin war es denn auch, mit Ausnahme einiger weniger Tatbestände, nicht relevant, wie viel und wofür jemand sein Vermögen ausgegeben hat, sofern der Vermögensverminderung eine adäquate Gegenleistung gegenüberstand⁴⁶. Vor allem war auch irrelevant, in welchem Zeitraum das Geld ausgegeben wurde und in welchem Verhältnis die Ausgabe zum Gesamtvermögen stand. Neu schreibt der Gesetzgeber (künftigen) AHV-Rentnerinnen und Rentner sowie IV-Rentnerinnen und Rentner vor, wie viel Geld sie pro Jahr maximal ausgeben dürfen, bevor der Verbrauch rechtlich als Verzicht gewertet wird.

⁴² Weshalb denn auch für die wichtigen Tatbestand der Bestreitung der Lebenskosten auf Belege verzichtet wird, vgl. Fn. 40.

⁴³ ANDERER, S. 479, nennt die Suche nach Beweisen für die Ausgaben «mitunter [...] sogar aussichtslos».

⁴⁴ Ebenso kritisch ANDERER, S. 478.

⁴⁵ MEIER/RENKER, S. 8 f.; siehe etwas die klare Aussage in BGE 121 V 204 E. 4b: «Dazu hat [das Bundesgericht] wiederholt ausgeführt, dass das Ergänzungsleistungssystem keine gesetzliche Handhabe dafür biete, eine wie auch immer geartete 'Lebensführungskontrolle' vorzunehmen und danach zu fragen, ob ein Gesuchsteller in der Vergangenheit im Rahmen einer 'Normalitätsgrenze' gelebt hat, die im Übrigen erst noch näher umschrieben werden müsste».

⁴⁶ ERNST/GÄCHTER, S. 154 ff.

Es ist erstaunlich, dass dieser Eingriff, der einen guten Teil des schweizerischen Mittelstandes betreffen kann und dessen finanzielle Handlungsfreiheit ab 55 (bis ans Lebensende) spürbar einschränkt, nicht zu stärkerem politischen Widerstand geführt hat. Da es der Politik – spätestens seit der unseligen Debatte über den Missbrauch der Invalidenversicherung durch so genannte «Scheininvaliden» kurz nach der Jahrhundertwende – aber gelungen ist, in zahlreichen Bereichen die Bekämpfung des Missbrauchs zur obersten politischen Handlungsmaxime zu erklären⁴⁷, fanden sich kaum politische Kräfte, die sich für die teilweise sehr berechtigten Anliegen der hier betroffenen Bevölkerungsgruppe stark machten. Niemand wollte sich für vermeintliche «Sozialschmarotzer» einsetzen; dies, obwohl weder der Bundesrat noch das Parlament den Beweis oder die statistische Grundlage für bestehenden oder drohenden Missbrauch je geliefert (oder auch nur gesucht) hätten⁴⁸.

C. Rückerstattung

1. Gesetzliche Regelung⁴⁹

Schliesslich hat das Parlament, gewissermassen als Abrundung des gesamten Sparpakets zu Lasten der Versicherten, noch Art. 16a ELG eingefügt, der im bundesrätlichen Entwurf ebenfalls noch nicht vorgesehen war und dessen einschneidende Auswirkungen sowie fehlende Systemkonformität demnach auch nicht breit diskutiert werden konnte⁵⁰.

In einem neuen Gesetzesabschnitt (Abschnitt 5, Rückerstattung rechtmässig bezogener Leistungen) legt das Gesetz unter dem Titel «Höhe der Rückerstattung» nun fest, dass rechtmässig bezogene Ergänzungsleistungen nach Art. 3 Abs. 1 ELG, d.h. die jährliche Ergänzungsleistung und die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten, nach dem Tod der Bezügerin oder des

⁴⁷ Zu denken ist z.B. auch an die Observationen im Sozialversicherungsrecht oder die weiteren Revisionen des ATSG, die überwiegend auf Missbrauchsbekämpfung abzielten.

⁴⁸ MEIER/RENKER, S. 8, vgl. CARIGIET/KOCH, Rz. 63.

⁴⁹ Zum Ganzen STEINAUER, Rz. 17 ff.; CARIGIET/KOCH, Rz. 383 ff.; KÄSER, S. 263 ff.

⁵⁰ Vgl. STEINAUER, Rz. 4.

Bezügers aus dem Nachlass zurückzuerstatten sind, wobei die Rückerstattung «nur» von demjenigen Teil des Nachlasses zu leisten ist, der den Betrag von CHF 40'000.– übersteigt (Art. 16a Abs. 1 ELG). Für Ehepaare präzisiert der zweite Absatz der Bestimmung, dass eine Rückerstattungspflicht erst aus dem Nachlass des Zweitverstorbenen entsteht.

2. Systematische Würdigung der Rückerstattung rechtmässig bezogener Leistungen

Nach unserem Verständnis droht diese von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt eingefügte Neuregelung den Charakter und die Bedeutung des Ergänzungsleistungsrechts zu verändern⁵¹. Von Anfang an waren die Ergänzungsleistungen gewissermassen als «Krücke» der ersten Säule konzipiert. Sie sollten in jenen Fällen das Verfassungsziel der angemessenen Deckung des Existenzbedarfs gewährleisten, in denen die übrigen (Renten-)Einkünfte der Versicherten nicht ausreichen. Sie waren – und das kann nicht oft genug betont werden – von Anfang an als Versicherungsleistungen (d.h. als Ansprüche der Betroffenen) ausgestaltet und trotz ihrer Bedarfsorientierung nicht als Sozialhilfe, sondern als Ergänzung des Rentenanspruchs gedacht⁵². Die Rückerstattung wurde bei den folglich als Anspruchsleistungen konzipierten Ergänzungsleistungen gar nie diskutiert. Dies, da auch andere rechtmässig bezogene Sozialversicherungsleistungen nicht rückerstattungspflichtig sind⁵³.

(Fast) ausschliesslich das Sozialhilferecht kennt bisher solche Rückerstattungspflichten, wobei die Kantone verschiedene Ausprägungen verankert haben. Bei den Ergänzungsleistungen sollte es sich aber explizit nicht um eine Form der Sozialhilfe handeln, fehlte dafür doch auch eine entsprechende Bundeskompetenz. Offensichtlich zeigt sich der Wille um Distinktion in Art. 21 Abs. 1 ELG, wonach keinesfalls die kantonalen Sozialhilfebehörden das Ergänzungsleistungsrecht vollziehen sollen dürfen. Ergänzungsleistungen verwandeln sich so in zahlreichen Fällen von Leistungen für diejenigen, für welche die erste Säule – trotz des sowohl in Art. 112 Abs. 2 lit. b als auch in

⁵¹ Vgl. CR BV-DUPONT, Art. 112a Rz. 118; WIDMER, S. 29.

⁵² CR BV-DUPONT, Art. 112a Rz. 17; BSK BV-GÄCHTER/FILIPPO, Art. 112a Rz. 3; CARIGIET/KOCH, Rz. 72; BALMER, S. 274.

⁵³ GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 74 f., auch zum Folgenden.

Art. 112a BV genannten Verfassungsziels der Deckung des (angemessenen) Existenzbedarfs – das definierte Ziel nicht erreicht, zu einer Art staatlichem Vorschuss auf die künftige Erbmasse⁵⁴.

Auf Erben kommen neu teilweise erhebliche gesetzliche, auf das Ergänzungsleistungsrecht gestützte Rückforderungsansprüche zu. Gerade bei mehrjährigem Bezug von Ergänzungsleistungen und oder bei hohen ausbezahlten Leistungen infolge eines Langzeitaufenthalts in einer Pflegeinstitution wird kaum mehr ein höherer Netto-Nachlass als die gesetzlichen CHF 40'000.– verbleiben⁵⁵.

Bei der entsprechenden Rückforderung ist nur noch vom «Nachlass» die Rede, womit die im Zeitpunkt des Todes noch tatsächlich vorhandenen Vermögenswerte gemeint werden⁵⁶. Anders als bei den Anspruchsvoraussetzungen wird nicht mehr zwischen selbstbewohnten Immobilien und dem übrigen Vermögen unterschieden. Dies bedeutet, dass auch allenfalls noch vorhandene, zuvor selbst bewohnte Immobilien dem Ergänzungsleistungssystem «verfallen» können. Der einzige Weg, dies zu verhindern, wäre dann, dass die Erben die Immobilie durch eine Bar-Erstattung des Rückforderungsbetrags aus der Erbmasse «herauskaufen». Mit Blick auf die potentielle Höhe der Rückforderungen wird dies für viele Erben nicht möglich sein. In solchen Fällen muss die Liegenschaft verkauft werden, wenn nicht gar eine Ausschlagung der Erbschaft mit Blick auf etwaige Defizite beim Liegenschaftsverkauf attraktiver erscheint. So würde der Staat plötzlich zu zahlreichen Immobilien kommen⁵⁷.

Die neue Rückerstattungspflicht wirft jedoch mehr auf als diese praktischen Probleme. Vielmehr verändert sie die Grundarchitektur des – ganz zu Recht allgemein wertgeschätzten – «Drei-Säulen-Prinzips» (Art. 111 BV) als Basis der schweizerischen Altersvorsorge. Mit der neuen Charakteränderung der Ergänzungsleistungen in rückzahlungspflichtigen Vorschüssen auf das Erbe rückt das Ziel einer Deckung des angemessenen Existenzbedarfs mit Versi-

⁵⁴ GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 74 f.; zustimmend STEINAUER, Rz. 11.

⁵⁵ GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 74 f.

⁵⁶ KÄSER, S. 263, der für das Ergänzungsleistungsrecht auf die erbrechtliche Terminologie und Lehre verweist.

⁵⁷ GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 74 f.

cherungsleistungen für viele Betroffene in weite Ferne. Es scheint kaum denkbar, dass dies der Intention des Verfassungsgebers entsprach. Ebenso unwahrscheinlich ist wohl leider, dass sich das Parlament dieser Konsequenzen bewusst war⁵⁸.

D. Auswirkungen in zeitlicher Hinsicht (Übergangsrecht)

Zusammen mit der gesamten Reformvorlage wurden dem Ergänzungsleistungsgesetz «Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 22. März 2019 (EL-Reform)» beigefügt, die wichtige Entscheide für den Übergang von der bisherigen in die neue Ordnung enthalten und darauf angelegt sind, überraschende «Rückwirkungen» der restriktiveren Regeln zu vermeiden⁵⁹.

Zunächst wird im ersten Absatz der Übergangsbestimmungen die Übergangsfrist für Bezügerinnen und Bezüger von laufenden Ergänzungsleistungen festgelegt. Für diese gelten während drei Jahren ab Inkrafttreten der Revision, d.h. bis Ende 2023, die altrechtlichen Bestimmungen, sofern die Neuerungen eine Reduktion oder gar den Verlust des Anspruchs auf Ergänzungsleistungen zur Folge hätten⁶⁰.

Besonders wichtig ist sodann der zweite Absatz der Übergangsbestimmungen. Da die Rückerstattungspflicht durch die Erben – zurückhaltend ausgedrückt – disruptiven Charakter hat, d.h. massiv vom bisherigen System abweicht, beschränkt sich die Rückerstattungspflicht der Erben nach Art. 16a und 16b ELG auf Ergänzungsleistungen, die nach Inkrafttreten der Änderung ausbezahlt worden sind⁶¹. Damit sind erst Auszahlungen seit dem 1. Januar 2021 von der Rückerstattungspflicht der Erben erfasst. Dies sind nun aber auch bereits über zwei Jahre. In dieser Zeit können, namentlich in Pflegesituationen,

⁵⁸ Siehe etwa das Votum SCHMID-FEDERER: «Erhält der Staat gemäss dem Antrag der Mehrheit trotz substanzieller ausgerichteter Ergänzungsleistungen nichts zurück, müsste man von Erbenschutz sprechen» (AB 2018 N 452). Ähnlich auch CLOTTU, der hier eine *question de cohérence* sieht (AB 2018 N 458).

⁵⁹ CARIGIET/KOCH, Rz. 52.

⁶⁰ ANDERER, S. 470; WIDMER, S. 29.

⁶¹ STEINAUER, Rz. 2.

schon sehr hohe Beiträge zusammengekommen sein, d.h. die Rückerstattungspflicht kann bereits in erheblichem Umfang greifen.

Schliesslich beschränkt Abs. 3 der Übergangsbestimmungen auch die Kontrolle des Vermögensverbrauchs nach Art. 11a Abs. 3 und 4 ELG auf Vermögen, das nach Inkrafttreten der Änderung verbraucht wurde⁶². Auch hier ist keine rückwirkende, weitergehende Kontrolle des bisherigen Vermögensverbrauchs möglich.

Die volle Wirksamkeit der Neuerungen wird sich damit spätestens 2031 entfalten, wobei die Bestimmungen bereits seit über zwei Jahren erheblich in die Planung der künftigen Altersrentnerinnen und Altersrentner eingreift.

IV. Möglichkeiten der Vermögensplanung

A. Eingeschränkte Möglichkeiten

Wie beschrieben hat der Gesetzgeber mit Nachdruck versucht, Einkünfte und Vermögen der Versicherten noch stärker als bisher für die Deckung des Existenzbedarfs heranzuziehen. Selbst ein übermässiger Vermögensverzehr in den zehn Jahren vor dem EL-Bezug durch Altersrentnerinnen und -rentner wird beachtet (Art. 11a Abs. 4 ELG). Die Spielräume, um überhaupt «Optimierungen» vorzunehmen, namentlich Vermögensgegenstände vorab den Nachkommen zu übertragen, sind nunmehr stark eingeschränkt. Das war, wie bereits ausgeführt, auch die erklärte Absicht des Gesetzgebers.

⁶² BOLLIER, S. 356.

B. Insbesondere: Immobilien

1. Partielle Privilegierung von selbstbewohntem Wohneigentum

In einer grossen Zahl von Fällen besteht der Hauptteil des Vermögens einer gegebenenfalls ergänzungsleistungsbedürftigen Person in einer (selbstgenutzten) Immobilie. Gerade bei Immobilien ist zudem auch der Wunsch besonders ausgeprägt, diese für die Nachkommen zu erhalten, weil sie gewissermassen die sichtbarste Frucht der eigenen Erwerbsarbeit oder einen Familienbesitz darstellen, den man weitergeben möchte. Auf solche Bezüge zu einer bestimmten Kategorie von Vermögensgegenständen nimmt die Gesetzgebung indes keine Rücksicht. Selbstbewohnte Immobilien werden zwar insofern privilegiert behandelt,

- als dass Liegenschaften, die von der Bezügerin oder dem Bezüger oder einer Person, die in die Berechnung der Ergänzungsleistung eingeschlossen ist, bewohnt werden und an welchen eine dieser Personen Eigentum hat, *nicht* Bestandteil des Reinvermögens sind, das gegebenenfalls vom Anspruch auf Ergänzungsleistungen ausschliesst (Art. 9a Abs. 2 ELG), und
- nur der CHF 112'500.– übersteigende Wert der Liegenschaft für den Vermögensverzehr gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG berücksichtigt wird, wenn die Bezügerin oder der Bezüger der Ergänzungsleistungen oder eine Person, die in die Berechnung der Ergänzungsleistungen einbezogen ist, Eigentum an dieser Liegenschaft hat und diese von mindestens einer dieser Personen bewohnt wird.
- Sogar nur der CHF 300'000.– übersteigende Wert wird schliesslich für den Vermögensverzehr angerechnet, wenn ein Ehepaar oder einer der Ehegatten Eigentum an einer Liegenschaft hat, die von einem der Ehegatten bewohnt wird, während der andere im Heim oder Spital lebt, oder wenn eine Person Bezügerin einer Hilflosenentschädigung der AHV, IV, Unfallversicherung oder Militärversicherung ist und eine Liegenschaft bewohnt, an der sie oder ihr Ehegatte Eigentum hat (Art. 11 Abs. 1^{bis} ELG).

Trotz dieser Privilegierung der selbstbewohnten Immobilien bleiben diese aber nicht ausgespart, wenn es um die Rückerstattung aus dem Nachlass der Bezügerin oder des Bezügers geht (Art. 16a ELG). Die Immobilien, die sich noch in der Erbmasse befinden, werden gleich wie andere Vermögensgegenstände und ohne besondere (privilegierte) Behandlung in die Berechnung der Rückerstattung einbezogen⁶³. Für die Erben kann dies im Extremfall die Annahme einer Erbschaft unattraktiv machen⁶⁴.

2. «Günstige» Übertragung als möglicher Ausweg

Wenn angestrebt wird, eine selbstbewohnte Immobilie für die Nachkommen zu erhalten, ohne dass sie von Rückforderungsansprüchen belastet ist, muss die Immobilie vor dem Versterben des zweiten Ehegatten an die Nachkommen übertragen werden. Dies, da nach Art. 16a Abs. 2 ELG die Rückerstattungspflicht erst aus dem Nachlass der zweitverstorbenen Person entsteht.

Art. 11a Abs. 2 ELG schiebt zwar dem Verzicht auf Vermögenswerte ohne Rechtspflicht und ohne gleichwertige Gegenleistung (mit anderen Worten: zumindest teilweise Schenkungen) dahingehend einen Riegel vor, als dass die Vermögenswerte (bzw. der daraus gem. Art. 11 Abs. 1 lit. c. ELG konstruierte Betrag) weiterhin als Einkommen angerechnet werden. Mit Blick in die Verordnung ergibt sich jedoch zumindest ein Spielraum: Art. 17b lit. a ELV *e contrario* legt die «gleichwertige» Gegenleistung» bei 90 Prozent des Leistungswerts (bei Liegenschaftsveräusserungen: der Verkehrs- bzw. Marktwert)⁶⁵ fest⁶⁶. Diese um 10 Prozent verringerte Anrechnungsquote erlaubt es Ehegatten, ihren Nachkommen beim Erhalt der (von den Ehegatten mit Ergänzungsleistungsanspruch selbstbewohnten) Immobilie unter die Arme zu greifen, ohne dass sich die Höhe der ausbezahlten Ergänzungsleistungen verringert.

Die neu vorhandenen Barmittel durch den (wenn auch vergünstigten) Verkauf an die Nachkommen können jedoch dazu führen, dass Ergänzungsleistungs-

⁶³ GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 75; STEINAUER, Rz. 15; MEIER/RENKER, S. 10.

⁶⁴ GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 75; WIDMER, S. 29.

⁶⁵ WEL (Fn. 35), Rz. 3532.05.

⁶⁶ MEIER/RENKER, S. 6.

empfangende ihren Anspruch zwischenzeitlich verlieren. Dies, da Vermögen lediglich geschützt ist, solange es in einer selbstbewohnten Liegenschaft gebunden ist. Übersteigt das Barvermögen infolge des Verkaufs wieder die Vermögensschwelle gem. Art. 9a ELG, erlischt nach Art. 12 Abs. 3 ELG der Anspruch auf Ergänzungsleistungen⁶⁷.

Alternativ kann die selbstbewohnte Immobilie auch gegen eine Nutzniessung oder ein Wohnrecht abgetreten werden. Der kapitalisierte Jahreswert dieser Rechte gilt sodann als Teil der Gegenleistung⁶⁸. In der Regel wird weder der Wert einer Nutzniessung noch derjenige eines Wohnrechts den Marktwert der Liegenschaft aufwiegen. Daher ist entweder noch die Differenz zu den 90 Prozent des Leistungswerts gem. Art. 17b lit. a ELV auszugleichen oder es wird ein Einkommen im Sinne von Art. 11a Abs. 2 ELG angerechnet. Die Höhe des angerechneten Einkommens ist dabei um den kapitalisierten Jahreswert der eingeräumten Rechte zu reduzieren.

KÄSER⁶⁹ schlägt faktisch ein radikaleres Vorgehen für den Erhalt einer selbstbewohnten Liegenschaft vor: Er plädiert dafür, von der Lückenhaftigkeit des in Art. 16a Abs. 1 ELG verwendeten Begriffs «Nachlass» dahingehend zu profitieren, als lebzeitige Zuwendungen darin *nicht* erfasst sind. Eine (vollumfängliche) Schenkung der Immobilie kurz vor dem Versterben des zweiten Ehegatten würde diese also für Rückforderungsansprüche unerreichbar machen. Eine aufgrund von Art. 11a Abs. 2 ELG für diesen Verzicht als Einkommen angerechnete, schenkungsbedingt jedoch ausschliesslich hypothetische Gegenleistung wird daraufhin die ausgerichteten Ergänzungsleistungen erheblich – wenn nicht gar vollständig – reduzieren. Kompensiert werden müssen solche Einkommensausfälle entweder durch Sozialhilfebehörden oder durch Verwandte (in Kantonen, in denen eine solche Unterstützungspflicht einer

⁶⁷ WEL (Fn. 35), Rz. 2511.03; ANDERER, S. 475.

⁶⁸ WEL (Fn. 35), Rz. 3532.07 f.

⁶⁹ Zum Folgenden nach unserer Einschätzung zutreffend KÄSER, S. 265 ff.; a.M. STEINAUER, Rz. 24 ff., der in der fehlenden Erfassung lebzeitiger Zuwendung eine echte Gesetzeslücke (STEINAUER, Rz. 25) sieht und die Frage aufwirft, ob die Annahme, dass keine Analogie mit der Regelung in Art. 9a ELG bestehe, nicht rechtmisbräuchlich wäre (STEINAUER, Rz. 27). Aus rechtsstaatlicher Sicht (Legalitätsprinzip) scheint uns eine solche Lückenfüllung indessen verfehlt und die Argumentation mit dem Rechtsmissbrauch stärker moralisch als juristisch begründet zu sein.

materiellen Sozialhilfe vorgeht)⁷⁰. Ein solches Vorgehen kommt daher, mit Blick auf das tiefe Leistungsniveau der kantonalen Sozialhilfe, höchstens kurz vor dem Versterben des zweiten Ehegatten in Frage – birgt jedoch auch dann noch Risiken.

C. Ausgaben für den gewohnten Lebensunterhalt

Wie weiter vorne dargestellt⁷¹, wird der Tatbestand von Art. 17d Abs. 2 lit. b Ziff. 6 ELV eher grosszügig ausgelegt. Gemäss diesem Tatbestand werden für die Ermittlung des Verzichts (bei übermässigem Vermögensverbrauch) die Ausgaben für den gewohnten Lebensunterhalt der versicherten Person während der Jahre vor dem Bezug der jährlichen Ergänzungsleistungen nicht berücksichtigt, wenn das erzielte Einkommen unzureichend war.

Laut der einschlägigen Wegleitung wird der entsprechende Pauschalbetrag für den Lebensunterhalt ermittelt, indem der Betrag für den allgemeinen Lebensbedarf einer alleinstehenden Person (der beispielsweise für Alleinstehende gem. Art. 10 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 ELG gegenwärtig CHF 20'100.– beträgt) mit einem entsprechenden Faktor (der beispielsweise für Alleinstehende ohne Kinder gegenwärtig 3.2 beträgt⁷²) multipliziert wird (hier: CHF 64'320.–)⁷³. Bei einem Ehepaar liegt der allgemeine Lebensunterhalt gem. Art. 10 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 ELG bei CHF 30'150.– und der Faktor gem. der WEL ist 5.3, d.h. der Pauschalbetrag beläuft sich auf CHF 159'795.–.

Wenn also eine alleinstehende Person nur CHF 30'000.– verdient, so kann sie zusätzlich CHF 34'320.– jährlich verbrauchen, selbst wenn ihr Vermögen allenfalls nur CHF 200'000.– beträgt und damit der Verbrauch nur CHF 20'000.– (zehn Prozent des Vermögens) betragen sollte (vgl. Art. 11a Abs. 4 ELG). Ein Ehepaar, das gemeinsam CHF 60'000.– verdient, kann zusätzlich fast CHF 100'000.– verbrauchen, selbst wenn sein Vermögen allenfalls nur CHF 400'000.– beträgt und damit der Verbrauch nur CHF 40'000.– (zehn Prozent des Vermögens) betragen sollte (vgl. Art. 11a Abs. 4 ELG).

⁷⁰ WIZENT, S. 641 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁷¹ Ziff. III.B.2.b am Ende.

⁷² WEL (Fn. 35), Anhang 8.

⁷³ WEL (Fn. 35), Rz. 3533.15.

Da dieser gemäss dem Pauschalbetrag angerechnete Verbrauch nicht zu belegen ist, eröffnen sich in einem gewissen Rahmen Gestaltungsspielräume: Einerseits kann das Vermögen für eigene Zwecke (Reisen, etc.) aufgewendet werden, es kann aber auch, wenn es nicht für den eigenen Lebensunterhalt benötigt wird, allfälligen Nachkommen zugewendet werden. Allerdings sind natürlich grössere Zuwendungen, wie beispielsweise die Übertragung von Immobilien, so kaum möglich.

D. Nicht mehr sparen ?

Betrachtet man das Gesamtbild der neuen Regelungen, so muss man sich ernsthaft die Frage stellen, ob sich Bundesrat und Parlament der eigentumspolitischen Auswirkungen bewusst waren⁷⁴. Galt (und gilt nach unserer Einschätzung) die Devise, dass die Einzelnen grundsätzlich Privatvermögen bilden und ansparen sollen, um in Zeiten der Not über die nötige Resilienz zu verfügen, so laufen die neu gesetzten Anreize diesem Bestreben diametral zuwider. Dies scheint uns auch im Widerspruch zur Verfassung zu stehen, welche die Förderung von Privateigentum fordert und nicht dessen Unterhöhlung.

Insbesondere das besonders kostenintensive Risiko der Langzeitpflegebedürftigkeit im Alter kann auch beim einigermassen gut situierten Mittelstand, der über solide Ersparnisse verfügt, rasch zu einer massiven Reduktion des Vermögens und in der Folge zur Ergänzungsleistungsbedürftigkeit führen. Die so (rechtmässig) verursachten Kosten können nach der neuen Regelung von den Erben der Bezügerin oder des Bezügers zurückgefordert werden, d.h. auch allenfalls noch verbliebenes Immobilieneigentum verfällt bis auf einen Betrag von CHF 40'000.– dem Staat.

Nüchtern und vom Ende her betrachtet besteht damit zwischen einer versicherten Person mit ursprünglich noch CHF 200'000.– Erspartem und einer ohne Ersparnisse über CHF 30'000.– (vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG), die während der letzten fünf Jahre ihres Lebens im Pflegeheim gelebt haben, kein Unterschied: Beide haben am Ende noch ähnlich wenig Geld übrig. Diejenige mit Ersparnissen hat einfach während einer gewissen Zeit ihren Pflegeheimaufent-

⁷⁴ Zum Ganzen GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 76.

halt selbst finanziert, während die andere diesen Aufenthalt von den Sozialversicherungen und dem Ergänzungsleistungssystem finanziert erhalten hat⁷⁵.

Bei der beschriebenen Ausgangslage werden sich viele Bürgerinnen und Bürger überlegen, ob es sich nicht eher lohnt, mehr Geld für das eigene Vergnügen oder den eigenen Lebensgenuss auszugeben, als dieses für «schlechte Zeiten» oder gar für die Erbberechtigten anzusparen, wenn Letztere gar nichts mehr davon haben. Solchen Tendenzen müsste unseres Erachtens entschieden entgegengetreten werden; und zwar nicht dadurch, dass die neu geschaffene «Lebensführungskontrolle» durch das Ergänzungsleistungssystem ausgebaut wird, sondern durch echte Anreize für die Eigentumsbildung.

Ein wesentlicher Anreiz könnte darin bestehen, die neu eingeführte Rückerstattungspflicht der Erben baldmöglichst wieder zu beseitigen (d.h. den 5. Abschnitt des 2. Kapitels wieder aus dem Ergänzungsleistungsgesetz zu streichen) und gleichzeitig – zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung derjenigen, die nicht über selbstbewohntes Wohneigentum verfügen – die Freibeträge für die Anrechnung des Vermögens denjenigen für selbstbewohntes Wohneigentum anzupassen. Dementsprechend müsste in der Folge auch die Vermögensschwelle von Art. 9a ELG sinngemäss angehoben oder – noch besser – wieder gestrichen werden.

V. Fazit

Es mag daran liegen, dass das Ergänzungsleitungsrecht eher technisch erscheint und sich medial schwer als Diskussionsthema aufbauen lässt. Es kann auch seinen Grund darin haben, dass zur Zeit, als die Ergänzungsleistungsreform im Parlament diskutiert (und stark umgebaut und verschärft) wurde, andere Themen die öffentliche Diskussion dominiert haben. Vielleicht hat es aber auch einfach seine Ursache darin, dass der Bezug von Ergänzungsleistungen – ähnlich wie der Bezug von Sozialhilfe – in der öffentlichen Wahrnehmung stigmatisiert ist. Auf jeden Fall ist es erstaunlich, dass eine derart einschneidende und für weite, bis tief in den Mittelstand reichende Kreise

⁷⁵ Vgl. MEIER/RENKER, S. 6.

nachteilige Gesetzesreform so wenig öffentliche Beachtung gefunden hat und auch in Kraft treten konnte, ohne dass ein Referendum ergriffen wurde⁷⁶.

Ob die Reform die gesetzten Sparziele erreicht, wird sich bis 2031 zeigen⁷⁷, wenn sie ihre volle Wirksamkeit entfaltet. Klar ist aber bereits jetzt, dass die Reform bestenfalls einen kleinen Teil des Kostenanstiegs im Ergänzungsleistungsbereich wird auffangen können, weil das Kostenwachstum tiefer liegende, vom Parlament selbst zu verantwortende Gründe hat: Einerseits wurden die Ergänzungsleistungen per 2011 bewusst zu einer (subsidiären) Pflegeversicherung ausgebaut⁷⁸, was angesichts der demographischen Alterung und, damit verbunden, erhöhter Pflegekosten zu einem voraussehbaren Kostenanstieg führen wird (und seit 2011 auch bereits geführt hat). Andererseits ist das Fundamentalproblem, dass die Renten der AHV nach wie vor deutlich zu tief sind, um die «angemessene Existenzsicherung» zu gewährleisten, wie die Verfassung dies eigentlich vorsieht, noch längst nicht gelöst⁷⁹.

Ohne eine Lösung für die Finanzierung der Langzeitpflege für ältere Menschen und ohne einen Ausbau der regulären Altersleistungen droht eine immer breiter werdende Schicht von Menschen letztlich auf Ergänzungsleistungen angewiesen zu sein. Mit den vom Gesetzgeber geschaffenen Neuerungen bedeutet dies zugleich, dass eine wachsende Zahl von Menschen ihr Privatvermögen wird aufbrauchen müssen, um die Existenz im Alter zu sichern.

Es erscheint uns wahrscheinlich, dass die Menschen sich deshalb rational verhalten werden und in Fällen, in denen sie gezwungen sein könnten, ihr Vermögen für die Existenzsicherung im Alter und insbesondere für ihre Pflege im Alter verbrauchen zu müssen, einen aufwändigeren Lebenswandel vorziehen und ihr Geld so weit verbrauchen werden, dass sie dereinst – spätestens bei Eintritt einer allfälligen Pflegedürftigkeit – ohne Rückzahlungspflichten der Erben vom Ergänzungsleistungssystem Gebrauch machen. Ein moralischer Vorwurf lässt sich daraus kaum konstruieren, solange die rechtlichen Rahmenbedingungen eingehalten werden. Es ist allerdings zu bedauern, dass das

⁷⁶ Ebenso erstaunt ANDERER, S. 468.

⁷⁷ Skeptisch MEIER/RENKER, S. 13: «Viel Bürokratie für wenig Sparpotential»; ebenso CARIGIET/KOCH, Rz. 73, für die der «zu bezahlende Preis jedenfalls zu hoch [ist]».

⁷⁸ BSK BV-GÄCHTER/FILIPPO, Art. 112a Rz. 10; GÄCHTER, *Erbrecht*, S. 72 f.

⁷⁹ MEIER/RENKER, S. 15.

Parlament mit der hier besprochenen Reform diese Art von Anreizen gesetzt und nicht die eigentlichen Probleme angegangen hat.

Literaturverzeichnis

ANDERER KARIN, Die Revision der Ergänzungsleistungen (EL) – Ein Überblick, in: ZKE 6/2020, S. 467–486.

BALMER RENÉ, Bedeutung und Perspektiven der Ergänzungsleistungen im Rahmen der AHI-Vorsorge, in: SZS 3/2011, S. 265–296.

BOLLIER GERTRUD E., Leitfaden schweizerische Sozialversicherungen 2022, 17. Aufl., Luzern 2022.

CAMENZIND JANINE, Möglichkeiten der Nachlassplanung bei Nachkommen mit Behinderung und ihre Auswirkungen auf die Ergänzungsleistungen, in: FamPra.ch 4/2021, S. 966 ff.

CARIGIET ERWIN/KOCH UWE, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit.: SGK BV-BEARBEITER/-IN, Art. ... Rz. ...).

ERNST WOLFGANG/GÄCHTER THOMAS, Schranken der Freigiebigkeit. Zur Behandlung von Schenkungen im Privatrecht und im Ergänzungsleistungsrecht, in: SZS 2/2011, S. 139 ff.

GÄCHTER THOMAS, Wozu noch Erbrecht ? Gedanken zu aktuellen Entwicklungen in der Pflegefinanzierung, in: Pflegerecht 2/2019, S. 70 ff. (zit.: *Erbrecht*).

GÄCHTER THOMAS, Altersfürsorge statt Altersvorsorge ?, in: recht 1/2020, S. 52 ff. (zit.: *Altersfürsorge*).

KAHNEMAN DANIEL/TVERSKY AMOS, Choices, values and frames, in: American Psychologist 39/4 (1984), S. 341–350.

KÄSER HANS-UELI, Reform der Ergänzungsleistungen: Zur Rückerstattungspflicht rechtmässig bezogener Ergänzungsleistungen (EL), in: BN 1/2020, S. 261–270.

MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021 (zit. : CR BV-BEARBEITER/-IN, Art. ... Rz. ...).

MEIER MICHAEL E./RENKER JANA, Eckpunkte und Probleme der EL-Reform, in: SZS 1/2020, S. 1 ff.

STEINAUER PAUL-HENRI, Les nouveaux articles 16a et 16b de la loi sur les prestations complémentaires, in : Pradervand-Kernen/Mooser/Eigenmann (Hrsg.), Journée de droit successoral 2021, Bern 2021, S. 207–225.

VALTERIO MICHEL, Commentaire de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (Loi sur les prestations complémentaires, LPC), Genf/Zürich 2015.

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: BSK BV-BEARBEITER/-IN, Art. ... Rz. ...).

WERLEN STEFAN, Der Anspruch auf Ergänzungsleistungen und deren Berechnung, Diss. Freiburg, Baden 1995.

WIDMER ALEXANDER, Bund spart bei den Ergänzungsleistungen, in: Plädoyer 6/2020, S. 28 f.

WIZENT GUIDO, Sozialhilferecht, Zürich/St. Gallen 2020.

Financement des soins à domicile et des séjours en établissements médico-sociaux (EMS)

Anne-Sylvie Dupont*

Marco Meli**

Table des matières

I.	Introduction	242
II.	Contribution de l'assurance-maladie obligatoire	243
A.	Cadre général de l'intervention de l'AOS	243
1.	« Critères EAE »	244
a.	Définitions	244
b.	Procédure de désignation des prestations	245
2.	Fournisseurs de prestations reconnus	246
B.	Contribution de l'AOS aux soins de longue durée	247
1.	Ancien régime de financement des soins de longue durée	247
2.	Système actuel	248
a.	Besoin en soins avéré et prescription médicale	249
b.	Montant de la contribution de l'AOS	251
c.	Analyse de l'économicité	252
d.	Fournisseurs de prestations reconnus	254
III.	Financement résiduel des soins	255
A.	Par les cantons	256
1.	Principes de droit fédéral	256
2.	Législations cantonales romandes	258
a.	Genève	258
b.	Vaud	259
c.	Neuchâtel	260
d.	Jura	261
e.	Fribourg	261
f.	Valais	263

* Professeure aux Facultés de droit de Genève et Neuchâtel.

** MLaw, assistant-doctorant à la Faculté de droit de Neuchâtel.

B. Bénéficiaires des soins	263
IV. Séjours en EMS : financement des prestations socio-hôtelières	265
A. Prestations complémentaires	266
B. Autres aides financières publiques	268
C. Excursus : l'allocation pour impotent	269
V. Perspectives d'avenir	270
A. Un régime de financement uniforme	271
B. Autres pistes	272
VI. Conclusion	273
Bibliographie	273

I. Introduction

Le recours aux soins de longue durée, qu'ils soient dispensés à domicile ou au sein d'un établissement médico-social (EMS), représente un double enjeu : pour la personne qui doit en bénéficier, il s'agit de savoir comment financer ces soins et d'identifier les éventuelles contributions publiques auxquelles elle peut avoir droit.

Si, logiquement, l'assurance-maladie semble toute désignée pour jouer dans ce contexte un rôle important, son intervention se limite en réalité à une contribution qui ne représente pas nécessairement la part la plus importante du coût total des soins (II). La loi met le solde à la charge des pouvoirs publics, qui ne peuvent en reporter qu'une petite partie sur la ou le bénéficiaire de soins (III). Malgré tout, compte tenu des autres obligations financières imposées à la personne assurée dans le cadre de l'assurance-maladie, les montants dont elle doit s'acquitter finalement peuvent être très élevés. Nous verrons qu'il existe alors d'autres possibilités d'obtenir des aides, dans le cadre des prestations complémentaires et de l'aide sociale principalement.

Lorsque les soins de longue durée doivent être prodigués dans un EMS, vient s'ajouter au coût des soins celui du séjour, ou autrement dit de la pension. Si ces frais sont en principe à la charge de la ou du bénéficiaire, il existe, là aussi, la possibilité d'obtenir des aides publiques (IV).

Ce système, hautement complexe, donne lieu à de nombreuses critiques, de la part d'une grande majorité des acteurs concernés. Sa pérennité est en outre remise en cause compte tenu des perspectives démographiques à moyen terme. Des réflexions sont actuellement conduites pour tenter de trouver une alternative viable (V).

Notre contribution épousant le regard de la personne assurée, nous n'aborderons pas la question, plus vaste, de la planification médico-sociale et du financement des EMS. Dans le contexte d'un ouvrage consacré à la protection sociale des seniors, nous laisserons également de côté la question du financement des soins à domicile par l'assurance-accidents, qui est moins susceptible de concerner ces derniers.

II. Contribution de l'assurance-maladie obligatoire

Comme les autres prestations à charge de l'assurance obligatoire des soins (AOS), la contribution aux soins de longue durée est définie par la législation en la matière et doit s'inscrire dans le cadre général de l'intervention de l'AOS (A). Elle fait l'objet de règles particulières dans la loi et dans les ordonnances, qui permettent de connaître précisément son montant (B).

A. Cadre général de l'intervention de l'AOS

La prise en charge de prestations médicales par l'AOS suppose que trois conditions soient remplies : premièrement, ces prestations doivent figurer dans le catalogue exhaustif des art. 25 à 31 LAMal¹ ; deuxièmement, elles doivent être efficaces, appropriées et économiques (« critères EAE »)² ; troisièmement, elles doivent être dispensées par un fournisseur de prestations admis à pratiquer à charge de l'AOS³.

¹ Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal; RS 832.10).

² Art. 32 al. 1 LAMal.

³ FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, p. 187 N 322.

Dans le cas particulier des soins de longue durée, la première condition ne pose pas de difficulté particulière, dans la mesure où l'art. 25a LAMal prévoit expressément la participation de l'AOS au financement des soins de longue durée. Improprement intitulé « soins en cas de maladie », l'art. 25a LAMal s'applique également lorsque les soins sont rendus nécessaires ensuite d'un accident ou d'une infirmité congénitale⁴, dans la mesure où ils ne sont pas pris en charge par une autre assurance sociale⁵. Ils peuvent aussi être rendus nécessaires en cas de maternité⁶.

L'examen des « critères EAE » (1) et les fournisseurs de prestations admis à pratiquer à charge de l'AOS (2) méritent quelques développements complémentaires.

1. « Critères EAE »

Si les trois critères de l'efficacité, de l'adéquation et de l'économicité font l'objet de définition plutôt ouverte (a), le législateur a mis en place une procédure de désignation des prestations qui encadre leur analyse (b).

a. Définitions

Un traitement médical est efficace lorsqu'il est démontré selon des méthodes scientifiques qu'il permet objectivement d'obtenir le résultat diagnostique ou thérapeutique recherché⁷. Il doit exister un consensus de la communauté scientifique à ce propos⁸.

⁴ Sur ce sujet, cf. DUPONT, *Enfant en situation de handicap*, pp. 181 ss.

⁵ Un accident peut donner lieu à l'intervention de l'assurance-accidents (LAA), qui prévoit alors son propre régime de prise en charge des soins de longue durée ; une infirmité congénitale peut être prise en charge par l'assurance-invalidité (LAI), jusqu'au vingtième anniversaire de la personne assurée.

⁶ Cf. également *infra* III.B et note 119.

⁷ ATF 139 V 135, c. 4.4.1 et les références citées. Cf. aussi FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, pp. 189 s. N 326 s.

⁸ Pour plus de détails sur la définition de l'efficacité, cf. FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, pp. 189 s. N 326 s. ; DUPONT, *Le financement résiduel des soins de longue durée*, N 8.

L'adéquation d'un traitement s'examine sur la base de critères médicaux. Il s'agit d'une question de fait, purement médicale, qui doit être appréciée par les spécialistes du domaine. Un traitement est adéquat (ou approprié) lorsque dans le cas particulier d'une patiente ou d'un patient déterminé, il présente un effet bénéfique pour la santé qui est supérieur aux effets négatifs escomptés. Il s'agit de mettre en perspective les bénéfices et les risques de la mesure visée, tout en tenant compte des effets positifs d'autres mesures ou de la possibilité alternative de renoncer à toute intervention médicale. L'examen de ce critère se recoupe en principe avec celui de l'indication médicale ; lorsque l'indication médicale est clairement établie, il convient d'admettre que l'exigence du caractère adéquat du traitement est réalisée⁹.

Lorsqu'un traitement médical peut être qualifié d'efficace et d'adéquat, il faut encore qu'il soit économique. En règle générale, il s'agit de distinguer s'il existe ou non une alternative thérapeutique également efficace et appropriée. Si oui, le principe de l'économicité exige d'opter pour la moins onéreuse¹⁰. A défaut d'alternative thérapeutique, la condition de l'économicité s'examine, par exception, sous l'angle de la proportionnalité. Il faut alors déterminer si le coût du traitement et le bénéfice thérapeutique recherché s'inscrivent dans un rapport raisonnable de proportionnalité¹¹. Pour qu'un assureur puisse refuser de prester, on doit être en présence d'une disproportion évidente entre les coûts et le succès médical escompté¹². En matière de soins de longue durée, nous le verrons¹³, cette condition est analysée un peu différemment, en faisant davantage de place aux circonstances personnelles¹⁴.

b. Procédure de désignation des prestations

Pour rendre praticable l'examen de ces trois conditions, le législateur fédéral a prévu, à l'art. 33 LAMal, une procédure de désignation des prestations. Cette procédure repose en premier lieu sur la présomption que les prestations four-

⁹ ATF 125 V 95, c. 4a.

¹⁰ FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, pp. 193 ss N 334.

¹¹ Cf. notamment ATF 143 V 130, c. 11.2 ; ATF 136 V 396, c. 7.4.

¹² Sur ce point, cf. ATF 136 V 395, c. 7.4 et les références citées.

¹³ Cf. *infra* II.B.4.

¹⁴ Sur la question du contrôle de l'économicité, cf. DUPONT, *Le financement résiduel des soins de longue durée*, N 15 ss et N 30 ss.

nies par un médecin ou par un chiropraticien sont efficaces, appropriées et économiques ; le Conseil fédéral peut toutefois exclure ou limiter la prise en charge par l'AOS de certaines prestations (art. 33 al. 1 LAMal)¹⁵.

S'agissant des prestations fournies par d'autres fournisseurs de prestations sur prescription médicale, ainsi que de certaines prestations fournies par les gynécologues et les dentistes, ou encore des prestations de prévention, elles doivent être désignées en détail par le Conseil fédéral pour être remboursées (art. 33 al. 2 LAMal)¹⁶. Les soins de longue durée font partie de cette deuxième catégorie¹⁷.

Il existe encore une troisième catégorie de prestations, qui ne concerne pas directement le sujet de cette contribution, regroupant les prestations nouvelles ou controversées, dont le Conseil fédéral est habilité à limiter ou à exclure la prise en charge par l'AOS pendant l'évaluation de leur efficacité, de leur adéquation et de leur caractère économique (art. 33 al. 3 LAMal).

2. Fournisseurs de prestations reconnus

La LAMal dresse la liste exhaustive des professionnelles et professionnels de la santé dont les prestations peuvent être prises en charge par l'AOS (art. 35 LAMal) et fixe un certain nombre de conditions qu'elles et ils doivent remplir pour être admis à pratiquer à charge de cette dernière (art. 36 ss LAMal et 38 ss OAMal¹⁸).

Les soins de longue durée peuvent être fournis au sein d'établissements médico-sociaux (EMS), qui sont des institutions de soins au sens de l'art. 39 LAMal (cf. art. 39 al. 3 LAMal). Ils sont admis à pratiquer à charge de l'AOS s'ils figurent sur la liste établie par les cantons à l'issue du processus de plani-

¹⁵ Ces limitations ou exclusions se trouvent aux art. 2 à 3c et 4b de l'ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS ; RS 832.112.31), ainsi qu'à l'annexe 1 de cette ordonnance.

¹⁶ La liste principale est constituée de l'essentiel du texte de l'OPAS. Les autres listes sont ses annexes 2 à 4 (Liste des moyens et appareils ; Liste des analyses [cf. art. 28 OPAS] ; Liste des médicaments avec tarifs [cf. art. 29 OPAS]), ainsi que la Liste des spécialités (cf. art. 30 OPAS), qui recense les médicaments pris en charge par l'AOS.

¹⁷ DUPONT, *Le financement résiduel des soins de longue durée*, N 12.

¹⁸ Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal ; RS 832.102).

fication commandé par cette disposition (cf. art. 39 al. 1 let. e LAMal)¹⁹. Les soins à domicile sont prodigués par des organisations de soins à domicile (OSAD ; cf. art. 51 OAMal) ou par des infirmières et infirmiers indépendants (cf. art. 49 OAMal). La question des fournisseurs de soins de longue durée pose quelques questions d'actualité sur lesquelles nous reviendront plus loin dans cette contribution²⁰.

B. Contribution de l'AOS aux soins de longue durée

Les soins de longue durée englobent les examens, les traitements et les soins effectués à domicile ou en EMS, ainsi que les séjours au sein de ces derniers²¹. Depuis le 1^{er} janvier 2011, les frais médicaux qui en résultent ne sont plus pris en charge intégralement par l'AOS, mais donnent droit à une simple contribution. Les coûts résiduels sont à la charge des cantons et, en principe, de la patientèle.

Dans ce chapitre, nous rappellerons brièvement le régime de financement des soins de longue durée avant la réforme du 1^{er} janvier 2011 (1), avant de présenter le système actuellement en vigueur (2).

1. Ancien régime de financement des soins de longue durée

Jusqu'au 31 décembre 2010, les traitements sous forme ambulatoire fournis au domicile du patient ou dispensés en EMS étaient compris dans le catalogue de prestations en cas de maladie de l'art. 25 LAMal²². Ils étaient alors intégralement remboursés par l'AOS, selon les mêmes modalités que les autres prestations médicales.

¹⁹ La procédure de planification fait l'objet des art. 58a ss OAMal.

²⁰ Cf. *infra* partie V.

²¹ Cf. art. 7 al. 1 OPAS. Pour une définition plus globale des soins, cf. PERRENOUD, *Soins à l'hôpital, soins à domicile et soins en EMS*, 1^{re} partie, pp. 421 ss.

²² Art. 25 al. 2 let. a LAMal, dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 1996 au 31 décembre 2010 (RO 1995 1328). Cf. aOPAS (RO 1995 4964). Sur ce point, cf. aussi DESPLAND, pp. 114 ss.

Les prestations de soins étaient facturées sur la base d'un tarif au temps consacré ou d'un forfait²³. Les tarifs des soins à domicile étaient fixés selon la nature et la difficulté des prestations²⁴, alors que les soins dispensés en EMS faisaient l'objet d'une facturation échelonnée selon le niveau des soins requis²⁵. Depuis l'entrée en vigueur de la LAMal le 1^{er} janvier 1996, le Conseil fédéral a peu à peu précisé la tarification de ces soins. Par exemple, le 1^{er} janvier 1998, il a défini des tarifs-cadres qui ne pouvaient pas être dépassés par les fournisseurs de prestations s'ils ne disposaient pas « de bases de calcul des coûts des prestations établies en commun avec les assureurs » ou d'une « comptabilité analytique uniforme »²⁶. Quelques années plus tard, le 1^{er} janvier 2003, l'ordonnance sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux, les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie²⁷ est entrée en vigueur. Depuis lors, les fournisseurs de prestations n'étaient autorisés à répercuter les coûts effectifs sur l'AOS que s'ils pouvaient justifier ces coûts à l'aide d'une comptabilité conforme aux exigences requises. A défaut, ils devaient se contenter des tarifs-cadres fixés dans l'OPAS²⁸.

2. Système actuel

Dans le système actuel, nous l'avons esquissé ci-dessus²⁹, l'intervention de l'AOS pour le financement des soins de longue durée se limite à une contribution³⁰. Qu'il s'agisse de soins dispensés à domicile ou en EMS, le versement de cette contribution est subordonné à l'existence d'une prescription médicale et d'un besoin en soins avéré (a). Le montant de la contribution est ensuite fixé

²³ Art. 43 aLAMal et 9 aOPAS.

²⁴ Art. 9 al. 3 aOPAS.

²⁵ Art. 9 al. 4 aOPAS. Sur la notion de niveau de soins requis, cf. *infra* II.B.2.a.

²⁶ Art. 9a aOPAS (RO 1997 2436).

²⁷ Ordonnance du 3 juillet 2002 sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux, les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie (OCP ; RS 832.104). Pour la version au moment de son entrée en vigueur, cf. RO 2002 2835.

²⁸ OCP ; RO 2002 2835.

²⁹ Cf. *supra* II.A.

³⁰ Cf. aussi DUPONT, *Le financement résiduel des soins de longue durée*, N 20 ss.

par l'OPAS directement (b). Comme évoqué ci-dessus, le droit à la contribution de l'AOS est subordonné à la condition de l'économicité des soins (c) et à l'intervention d'un fournisseur de prestations admis à pratiquer à charge de l'AOS (d), conditions dont l'analyse, dans le contexte des soins de longue durée, donne lieu à certaines particularités.

a. Besoin en soins avéré et prescription médicale

En vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, l'art. 25a al. 1 LAMal subordonne l'intervention de la LAMal, d'une part, à l'existence d'un besoin en soins avéré, et, d'autre part, à l'établissement d'une prescription médicale (ou mandat médical).

Les types de soins entrant en considération ainsi que la procédure d'évaluation doivent être déterminés par le Conseil fédéral (art. 25a al. 3 LAMal), plus spécifiquement par le Département fédéral de l'intérieur (DFI)³¹. Ce dernier a défini trois catégories de soins à charge de l'AOS : l'évaluation, les conseils et la coordination, les examens et les traitements, et les soins de base³².

La procédure d'évaluation du besoin en soins est prévue à l'art. 8a OPAS : effectuée par une infirmière ou un infirmier en collaboration avec la patiente ou le patient et ses proches (al. 1), elle doit porter sur l'appréciation de l'état général de la personne qui requiert les soins, ainsi que sur l'évaluation de son environnement social (al. 3).

L'évaluation des soins requis doit se fonder sur des critères uniformes (art. 8a al. 4 OPAS). Pour mesurer la charge en soins de longue durée requise, les cantons romands utilisent la méthode PLAISIR³³. Elle permet d'obtenir une représentation de chaque résidente et chaque résident en trois dimensions : bio-psycho-sociale³⁴, en termes de soins requis pour répondre à ses besoins bio-psycho-sociaux, et en termes de ressources requises pour donner les soins.

³¹ Art. 33 let. b, h et i OAMal.

³² Art. 7 al. 2 OPAS. Notons que les autres prestations, comme la consultation par le médecin-traitant ou les médicaments, sont prises en charge séparément, selon les règles usuelles de la LAMal.

³³ Le manuel de référence est consultable en ligne : http://www.erosinfo.com/Produits/PLAISIR/PLAISIRPRA/Guide_PLAISIR_CH.pdf

³⁴ En termes de maladies, déficiences, incapacités et handicaps.

Les résultats de l'évaluation doivent être inscrits sur un formulaire uniforme établi en commun par les partenaires tarifaires, soit les assureurs-maladie et les prestataires de soins, ou le cas échéant par des associations faîtières qui les représentent. Le formulaire doit indiquer le temps nécessaire prévu pour les soins. Le résultat de l'évaluation doit être transmis au médecin-traitant, qui doit donner son aval pour les examens et les traitements³⁵ jugés nécessaires lors de l'évaluation³⁶.

L'art. 8c OPAS prévoit encore une procédure de contrôle visant à vérifier le bien-fondé de l'évaluation des soins requis et à contrôler l'adéquation et le caractère économique des prestations par les fournisseurs de prestations visés à l'art. 7 al. 1 let. a et b OPAS³⁷. Cette procédure a pour but de vérifier le bien-fondé de l'évaluation des soins requis et de contrôler l'adéquation et l'économicité des prestations, au sens de l'art. 32 LAMal³⁸. Les prescriptions ou les mandats médicaux peuvent être examinés par le médecin-conseil de l'assureur-maladie lorsqu'ils prévoient plus de 60 heures de soins par trimestre. Lorsqu'ils prévoient moins de 60 heures de soins par trimestre, ils sont examinés par sondages systématiques. Les partenaires tarifaires peuvent convenir de modalités supplémentaires³⁹.

En cas de litige entre la patiente ou le patient et son assureur-maladie au sujet de l'évaluation du besoin en soins, le Tribunal fédéral a précisé que l'on ne pouvait pas sans autres partir de l'idée que le fournisseur de prestations avait un intérêt à fournir des prestations en trop grande quantité. Il jouit au contraire d'un pouvoir d'appréciation qui lui permet de déterminer quelles prestations doivent être fournies et pendant quelle durée. En conséquence, c'est son évaluation qui est en principe déterminante pour la prise en charge par l'AOS des soins de longue durée⁴⁰. Elle ne peut faire l'objet que d'un contrôle limité lorsque le médecin qui a prescrit les soins est le médecin-traitant de la personne

³⁵ Au sens de l'art. 7 al. 2 let. b OPAS.

³⁶ Art. 8a al. 2 OPAS.

³⁷ Sur ce sujet, cf. DONZALLAZ, N 3251. Sur la question du contrôle de l'économicité, cf. DUPONT, *Le financement résiduel des soins de longue durée*, pp. 83 ss.

³⁸ Cf. *supra* II.A.1.

³⁹ Art. 8c OPAS.

⁴⁰ TF 9C_365/2012 du 31 octobre 2012, c. 4.1.

assurée, qui est le mieux au fait de la situation de cette dernière⁴¹. Le Tribunal fédéral considère que dans ce contexte, la présomption formulée par l'art. 32 al. 1 LAMal, selon laquelle les prestations prescrites par un médecin sont en principe considérées comme efficaces, adéquates et économiques, déploie pleinement ses effets⁴².

Contrairement à ce qui prévaut de manière générale en matière d'assurances sociales⁴³, la procédure de contrôle prévue par l'art. 8c OPAS ne permet pas de conclure que l'avis du médecin-conseil de l'assureur-maladie l'emporterait de manière générale sur l'évaluation faite par le fournisseur de prestations, respectivement sur le mandat médical délivré par le médecin-traitant. En principe, l'appréciation du médecin-conseil n'est apte à remettre en cause l'évaluation par le fournisseur de prestations, respectivement par le médecin-traitant de la personne assurée, que si elle est fondée sur un examen clinique. Ce ne sera pas le cas lorsque l'évaluation du médecin-conseil se fonde sur des règles d'expérience ou des valeurs moyennes⁴⁴.

b. Montant de la contribution de l'AOS

Dans le système voulu par le DFI à l'art. 7a OPAS, le montant de la contribution de l'AOS diffère tout d'abord selon que les soins sont fournis par des OSAD ou des infirmières et infirmiers indépendants, ou par des EMS.

Les soins fournis par les OSAD ou par les infirmières et infirmiers indépendants font l'objet d'une rémunération en fonction, d'une part, de la catégorie de soins fournis, et, d'autre part, du temps consacré. L'art. 7a al. 1 OPAS prévoit une contribution à l'heure de CHF 76.90 pour les prestations de conseil et de coordination, de CHF 63.– pour les examens et les traitements, et, finalement, de CHF 54.60 pour les soins de base. Le temps de soin doit être calculé par tranches de 5 minutes, un minimum de 10 minutes étant remboursé par l'AOS (art. 7a al. 2 OPAS).

⁴¹ TF 9C_597/2007 du 19 décembre 2007, c. 5.2.

⁴² ATF 129 V 167, c. 4.

⁴³ A ce sujet, cf. TF 9C_597/2007 du 19 décembre 2007, c. 5.2.

⁴⁴ TF K 161/00 du 25 mai 2001, c. 4b. Cf. également FILIPPO/BLUM-SCHNEIDER, pp. 114-117 et pp. 116 s. ; GÄCHTER, pp. 123 s.

Si les soins sont fournis par un EMS, la contribution de l'AOS est une contribution journalière qui varie en fonction du besoin en soins requis. Le montant de la contribution progresse à mesure que les minutes de soins requis augmentent⁴⁵. Il est toutefois plafonné à CHF 115.20 dès que le besoin en soins atteint 220 minutes par jour.

c. Analyse de l'économicité

Pour rappel, pour qu'une mesure médicale soit prise en charge par l'AOS, elle doit être efficace, appropriée et économique⁴⁶. Cette dernière condition suppose en principe, lorsqu'il existe plusieurs solutions thérapeutiques, d'opter pour la solution la moins onéreuse⁴⁷. Dans le sujet qui nous occupe, l'analyse de cette condition pose un certain nombre de problèmes car, en raison de la fixation différenciée du montant de la contribution de l'AOS, décrite ci-dessus⁴⁸, le coût des soins fournis en principe à domicile par les OSAD ou par les infirmières et infirmiers indépendants est nécessairement plus élevé que celui des soins fournis par un EMS. Si l'on s'en tient à une stricte application du principe de l'économicité, cela conduirait au refus systématique de la prise en charge des soins à domicile, pour le seul motif qu'une prise en charge en EMS serait moins coûteuse. Le Tribunal fédéral admet toutefois qu'en matière de soins de longue durée, une telle réflexion n'est pas conforme au principe de la proportionnalité⁴⁹. Malgré l'existence d'une disproportion financière, les soins à domicile doivent être privilégiés par rapport aux soins en EMS s'ils permettent d'apporter à la personne assurée un épanouissement sur le plan personnel⁵⁰.

L'analyse de l'économicité en matière de soins de longue durée intervient ainsi en deux temps : tout d'abord, il faut comparer les coûts générés par l'une et l'autre des deux solutions (soins à domicile ou soins en EMS). Il faut, ensuite,

⁴⁵ Art. 7a al. 3 OPAS.

⁴⁶ Cf. *supra* II.A.1.

⁴⁷ Cf. *supra* II.A.1.a.

⁴⁸ Cf. *supra* II.B.2.b.

⁴⁹ ATF 139 V 135, c. 4.5. DUPONT, *Le financement résiduel des soins de longue durée*, N 32 ss.

⁵⁰ ATF 139 V 135, c. 4.5.

tenir compte au mieux des circonstances individuelles ; plus elles justifient un maintien à domicile, plus une disproportion financière importante sera admise.

Dans un arrêt du 6 décembre 2018⁵¹, le Tribunal fédéral a examiné le caractère efficace, adéquat et économique de soins à domicile prodigués par une OSAD. Il a considéré que, dans le cas particulier de cet assuré souffrant de syndromes démentiels, la décision de l'assureur-maladie, qui refusait de prester, n'était pas conforme aux principes fixés dans la LAMal. Il a notamment rappelé qu'un simple examen du caractère économique n'est pas possible lorsque les prestations de soins à domicile, comparées à celles qui seraient prodiguées dans un EMS, sont plus efficaces et adéquates. Il a donc estimé, dans ce cas, qu'il était plus judicieux d'opter pour des soins à domicile, malgré l'existence d'une disproportion financière par rapport aux soins en EMS. Pour d'autres exemples, le Tribunal fédéral a admis la prise en charge de soins à domicile pour une mère de trois enfants⁵², pour une personne exerçant une activité professionnelle⁵³ ou celle qui suit une formation professionnelle et qui a une vie sociale et culturelle en dehors de son domicile⁵⁴, dans les trois cas en dépit d'un coût beaucoup plus élevé.

En revanche, le simple fait que le maintien à domicile permette, du point de vue de la personne assurée et de ses proches, de conserver une meilleure qualité de vie que le séjour en EMS est insuffisant pour faire fi des considérations économiques⁵⁵. Lorsque la disproportion entre le coût des deux options est manifeste ou évidente, il faut également nier l'économicité du maintien à domicile, quels que soient les intérêts légitimes invoqués⁵⁶.

Un arrêt rendu le 11 février 2016 concernait la situation d'une jeune femme âgée de 24 ans au moment de la décision, atteinte d'une maladie rare (syndrome d'Ondine) qui lui imposait de passer la nuit sous surveillance, ventilée par un respirateur artificiel. Durant la nuit, une attention constante était requise de la part du personnel prodiguant les soins à domicile, affecté à la surveillance

⁵¹ TF 9C_912/2017 du 6 décembre 2018.

⁵² TFA K 52/99 du 22 septembre 2000.

⁵³ ATF 126 V 334, c. 3a.

⁵⁴ TFA K 66/00 du 5 octobre 2000, c. 3b.

⁵⁵ ATF 139 V 135, c. 4.5.

⁵⁶ ATF 139 V 135, c. 4.5.

du bon fonctionnement du ventilateur. De jour, elle pouvait mener une vie pratiquement normale et exercer une activité lucrative. C'est précisément pour cette raison et compte tenu de l'absence d'alternative efficace et adéquate que le Tribunal fédéral n'a pas retenu de disproportion évidente entre les coûts et l'utilité de la mesure médicale, même si la prise en charge des soins à domicile était onéreuse, soit un peu plus de CHF 200'000.– par année. L'assureur-maladie a été, en fin de compte, tenu de prester.

d. Fournisseurs de prestations reconnus

Nous avons rappelé plus haut dans cette contribution que seuls les fournisseurs de prestations reconnus étaient autorisés à pratiquer à charge de l'AOS. Nous avons également précisé, dans ce contexte, que les fournisseurs de prestations amenés à dispenser des soins de longue durée étaient au premier chef les OSAD et les infirmières et infirmiers indépendants, ainsi que les EMS⁵⁷.

Précisons que certaines prestations ne peuvent être fournies que par les professionnelles et professionnels possédant des qualifications particulières⁵⁸. Il en va en particulier ainsi des prestations de coordination dans des situations complexes et instables, qui doivent être fournies par des infirmières ou infirmiers pouvant justifier d'une expérience professionnelle de deux ans au moins dans la collaboration interdisciplinaire et la gestion des patients en réseau⁵⁹. La nécessité de certaines autres mesures doit être évaluée par une infirmière ou un infirmier spécialisé en psychiatrie⁶⁰.

Une pratique qui tend actuellement à se répandre, dans le but notamment de pallier l'absence de reconnaissance des soins fournis par les proches, consiste, pour les OSAD, à engager et à salarier une ou un proche de la ou du bénéficiaire de soins. La ou le proche est affecté exclusivement aux soins de cette dernière ou de ce dernier. Le fournisseur de prestations étant l'OSAD, elle-même fournisseur de prestations admis à pratiquer à charge de l'AOS, mais la ou le proche n'ayant pas de compétences médicales particulières, se pose la

⁵⁷ Cf. *supra* II.A.2.

⁵⁸ Art. 7 al. 2^{bis} OPAS.

⁵⁹ Cf. art. 7 al. 2^{bis} let. a et al. 2 let. a ch. 3 OPAS.

⁶⁰ Cf. art. 7 al. 2^{bis} let. b OPAS.

question du remboursement par l'AOS des prestations fournies de cette manière.

Dans un arrêt datant de 2006, le Tribunal fédéral des assurances avait à juger de l'obligation de prester de l'AOS en présence de prestations de soins fournies à la personne assurée par son époux, architecte de formation, qui avait abandonné son activité et avait été engagé par une OSAD dans le but de fournir des soins à son épouse, très dépendante en raison d'une sclérose en plaques. Le Tribunal fédéral, considérant que le fournisseur de prestations était une OSAD remplissant toutes les conditions de la LAMal et de l'OAMal, et titulaire d'un numéro de concordat, avait conclu que l'assureur-maladie était tenu de prester⁶¹. Le Tribunal fédéral des assurances avait soulevé la question, dans un *obiter dictum*, de savoir si une OSAD qui recrutait du personnel non qualifié remplissait les conditions pour bénéficier d'une autorisation cantonale de pratique. La réponse à cette question relevant d'une autre procédure, il l'avait laissée ouverte.

A l'issue d'une affaire plus récente, le Tribunal fédéral a adopté une pratique plus restrictive, précisant que seuls les soins de base au sens de l'art. 7 al. 2 let. c OPAS pouvaient être prodigués par des proches sans qualifications professionnelles correspondantes, et non les examens et les traitements au sens de l'art. 7 al. 2 let. b OPAS.

III. Financement résiduel des soins

Nous avons vu ci-dessus⁶² que la prise en charge des soins de longue durée par l'AOS se limite à une contribution. Par définition, elle ne couvre donc pas l'entièreté des coûts. Conformément à l'art. 25a al. 5 LAMal, les cantons sont compétents pour régler le financement résiduel (A). Ils ne peuvent que très partiellement reporter le découvert sur les personnes assurées (B).

Précisons qu'il n'est question, dans ce chapitre, que du financement des prestations de soins. S'agissant des soins à domicile, l'exposé peut s'arrêter après

⁶¹ TFA K 156/04 du 21 juin 2006.

⁶² Cf. *supra* II.

cela. S'agissant des séjours en EMS, il s'agira encore de voir comment sont financées les prestations dites socio-hôtelières, autrement dit les coûts générés par un séjour en EMS qui ne sont pas imputables à des prestations de soins au sens de l'art. 7a OPAS⁶³.

A. Par les cantons

Nous exposerons dans un premier temps les principes découlant du droit fédéral (1), puis nous examinerons la manière dont les cantons suisses romands les ont transposés dans leur législation (2).

1. Principes de droit fédéral

Les cantons sont compétents pour réglementer le financement résiduel, mais ne peuvent néanmoins légiférer à leur guise. L'étendue de leurs compétences est en effet régulièrement discutée devant les tribunaux, dont les jugements précisent leur marge de manœuvre, en particulier s'agissant des séjours en EMS⁶⁴.

Dans un arrêt de 2018, le Tribunal fédéral a ainsi précisé que si les cantons avaient la possibilité de fixer des montants maximaux pour limiter leur intervention, ils n'avaient pas le droit de reporter indirectement des coûts qui dépasseraient ces *maxima* sur la personne assurée au moyen de forfaits socio-hôtelières majorés. Ils n'ont pas non plus la compétence de revoir l'évaluation du besoin en soins requis validée par la prescription médicale. En revanche, ils restent compétents pour procéder à la planification médicosociale sur leur territoire. Dans ce but, qui est différent de la question du financement résiduel, ils peuvent donner des directives financières dont la violation peut entraîner des sanctions, parmi lesquelles la suppression d'un établissement de la liste cantonale⁶⁵.

⁶³ Cf. *infra* IV.

⁶⁴ Cf. aussi DUPONT, *Le financement résiduel des soins de longue durée*, N 24 ss.

⁶⁵ ATF 144 V 280. Pour un résumé en français et une analyse, cf. DUPONT ANNE-SYLVIE, *Le financement résiduel des soins en cas de séjour en EMS : analyse de l'arrêt du Tri-*

Le droit fédéral interdit aux cantons de répercuter sur la personne assurée une part excédant 20 % de la contribution maximale de l'AOS. Pour les soins fournis par les OSAD et par les infirmières ou infirmiers indépendants, cela correspond à un montant de CHF 15.35⁶⁶ ; pour les soins fournis par les EMS, cela correspond à un montant de CHF 23.—⁶⁷. Il s'agit de la contribution journalière qui peut être, au plus, demandée à la personne assurée⁶⁸. Les cantons peuvent bien entendu prévoir un régime plus favorable en renonçant, totalement ou partiellement, à facturer les coûts visés aux bénéficiaires des soins de longue durée. Certains cantons reportent une part plus faible en cas de soins à domicile, dans un but incitatif⁶⁹.

En principe, le canton compétent pour fixer et verser le financement résiduel des soins est le canton de domicile de la personne assurée⁷⁰. En cas de séjour en EMS, le canton de domicile avant l'entrée en EMS reste compétent pour la prise en charge des coûts résiduels, même si la patiente ou le patient choisit de séjourner dans un EMS extra-cantonal, qu'il ait ou non choisi d'y transférer son domicile légal⁷¹.

S'agissant des tarifs applicables, il s'agit de celui qui est prévu par les règles du canton dans lequel se situe le fournisseur de prestations pour les soins ambulatoires⁷². Pour les séjours en EMS, ce sont en principe les tarifs du canton de domicile qui s'appliquent, y compris en cas de séjour extra-cantonal ; par exception, si, au moment de l'admission de la personne assurée dans un EMS se situant dans un autre canton, aucune place ne peut être mise à disposition dans un EMS à proximité de son domicile, le canton de domicile doit prendre en charge le financement résiduel selon les règles du canton où se situe l'EMS⁷³.

bunal fédéral 9C_446/2017, Newsletter rcassurances.ch octobre 2018. Cf. aussi DUPONT, *Quelques points d'actualité en droit des assurances sociales*, p. 156.

⁶⁶ 20 % de CHF 76.90 (cf. art. 7a al. 1 let. a OPAS).

⁶⁷ 20 % de CHF 115.20 (cf. art. 7a al. 3 let. l OPAS).

⁶⁸ Sur le caractère journalier de la contribution, cf. LANDOLT, N 9 ss.

⁶⁹ Vaud, Neuchâtel et Valais, par exemple.

⁷⁰ Cf. art. 25a al. 5, 3^e phrase, LAMal.

⁷¹ TF 9C_460/2021 du 1^{er} avril 2022.

⁷² Cf. art. 25a al. 5, 4^e phrase, LAMal.

⁷³ Cf. art. 25a al. 5, 6^e phrase, LAMal. TF 9C_460/2021 du 1^{er} avril 2022, c. 7.

2. Législations cantonales romandes

Nous examinerons tour à tour la manière dont les cantons de Genève (a), de Vaud (b), de Neuchâtel (c), du Jura (d), de Fribourg (e) et du Valais (f) ont fait usage des compétences aménagées par le droit fédéral⁷⁴.

a. Genève

Le canton de Genève règle le financement des soins fournis en EMS ou dispensés à domicile dans plusieurs lois et règlements : la loi du 28 janvier 2021 sur l'organisation du réseau de soins en vue du maintien à domicile⁷⁵ et son règlement d'application du 10 mars 2021⁷⁶ ; le règlement du 29 mai 2019 fixant les montants destinés à déterminer le financement résiduel selon l'article 25a de la loi fédérale sur l'assurance-maladie⁷⁷ ; l'arrêté du 19 décembre 2018 déterminant la contribution personnelle des assurés aux coûts des soins non pris en charge par les assurances sociales et fournis aux assurés suivis en ambulatoire ou en établissements médico-sociaux ; la loi du 4 décembre 2009 sur la gestion des établissements pour personnes âgées⁷⁸ et son règlement d'application⁷⁹.

S'agissant des soins dispensés en EMS, la législation genevoise accorde aux EMS reconnus d'utilité publique⁸⁰ une subvention destinée à couvrir, en partie, la part cantonale du coût résiduel des soins au sens de l'art. 25a LAMal⁸¹. Les personnes résidentes doivent tout de même participer aux coûts des soins à hauteur de CHF 8.– par jour⁸².

Selon un schéma identique, les prestations de soins à domicile sont financées, en plus de la participation de l'AOS, par les patientes et les patients à hauteur

⁷⁴ Pour un aperçu d'autres cantons, cf. PERRENOUD, *Soins à l'hôpital, soins à domicile et soins en EMS*, 2^e partie, pp. 530 s. et 536 s.

⁷⁵ LORSDom (RS GE K 1 04).

⁷⁶ RORSDom (RS GE K 1 04.01).

⁷⁷ RFRLAMal (RS GE J 3 05.23).

⁷⁸ LGÉPA (RS GE J 7 20).

⁷⁹ RGEPA (RS GE J 7 20.01).

⁸⁰ Art. 23 s. LGÉPA.

⁸¹ Art. 19 et 22 s. LGÉPA. Cf. aussi art. 29 RGEPA.

⁸² Cf. arrêté du Conseil d'Etat genevois du 19 décembre 2018.

de CHF 8.– par jour⁸³ et par le financement résiduel au sens de l'art. 25a LAMal⁸⁴, dont le montant est fixé en fonction de la nature et des prestataires des soins fournis⁸⁵. A certaines conditions, les fournisseurs de soins à domicile peuvent se voir accorder une subvention par le canton⁸⁶.

b. Vaud

S'agissant du financement résiduel dans le canton de Vaud, il faut notamment se référer à la loi sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public du 5 décembre 1978⁸⁷, à la loi du 24 avril 2012 sur le financement résiduel des soins de longue durée en EMS⁸⁸, ainsi qu'à l'arrêté du 25 novembre 2020 fixant pour 2020 les tarifs socio-hôteliers mis à la charge des résidents et des régimes sociaux, lors d'hébergement dans les établissements médico-sociaux, les homes non médicalisés et les pensions psychosociales⁸⁹ et, enfin, à l'arrêté fixant les montants destinés à couvrir la part du coût, non prise en charge par l'assurance-maladie (financement résiduel), des soins effectués par des infirmiers et infirmières exerçant de façon professionnellement indépendante et par des organisations de soins à domicile privées⁹⁰.

⁸³ Art. 3 al. 4 RFRLAMal. Cf. aussi arrêté du Conseil d'Etat genevois du 19 décembre 2018.

⁸⁴ Art. 30 LORSDom.

⁸⁵ Art. 3 RFRLAMal.

⁸⁶ L'Etat peut accorder une subvention sous forme d'une indemnité ou d'une aide financière (art. 31 al. 1 LORSDom). Pour en bénéficier, les prestataires doivent remplir certaines conditions. Ils doivent d'abord être membres du réseau de soins cantonal au sens de l'art. 9 de la même loi ; ils doivent ensuite fournir, sept jours sur sept et 24 heures sur 24, sur l'ensemble du territoire cantonal, des soins à domicile reconnus comme nécessaires à la couverture des besoins du canton de Genève et en assurer la continuité et le suivi ; ils doivent encore prendre en charge, sept jours sur sept et 24 heures sur 24, les besoins en soins urgents et les nouvelles demandes et en assurer la continuité ; ils doivent finalement garantir au sein de l'organisation, respectivement par une relève entre infirmières et infirmiers pratiquant à titre indépendant, la prise en charge et le suivi des soins infirmiers prescrits, y compris en cas d'absence planifiée ou imprévue (art. 31 al. 2 LORSDom).

⁸⁷ LPFES (RS VD 810.01).

⁸⁸ LFR-EMS (RS VD 810.04).

⁸⁹ RS VD 810.00.251120.1.

⁹⁰ AFinRés (RS VD 832.11.2).

La législation vaudoise prévoit une participation aux coûts des soins des résidentes et des résidents en EMS à hauteur de CHF 23.– par jour. En revanche, en matière de soins à domicile, aucune participation financière n'est demandée aux patientes et aux patients⁹¹. Cette pratique a pour but de favoriser le maintien à domicile, plutôt que le séjour en EMS. Le financement résiduel est assumé par l'Etat, sur la base d'un forfait qui varie selon la nature des soins requis.

c. Neuchâtel

Le canton de Neuchâtel a réglé le nouveau régime de financement des soins par le biais d'un règlement sur le financement résiduel des soins en cas de maladie⁹² et d'arrêtés fixant les tarifs des soins de longue durée au sens de l'art. 25a LAMal⁹³.

En cas de séjour dans un EMS figurant sur la liste médico-sociale cantonale, la part du coût des soins de longue durée incombant à la résidente ou au résident correspond à la différence entre la part assumée par l'Etat et celle qui est prise en charge par l'AOS, à concurrence des limites fixées par le droit fédéral et sur la base d'un forfait qui dépend des minutes de soins requises par jour⁹⁴. Le prix de pension est indépendant du coût des soins et doit être financé intégralement par les résidentes et les résidents, selon leur situation financière.

En cas de soins de longue durée prodigués par les OSAD reconnues ou par des infirmières et infirmiers indépendants, la part du coût des soins qui n'est pas prise en charge par l'assureur-maladie incombe à l'Etat⁹⁵.

⁹¹ Art. 3 AFinRés.

⁹² RFRS (RS NE 821.107).

⁹³ Il s'agit de l'arrêté fixant les tarifs de soins de longue durée au sens de l'article 25a LAMal, dispensés en établissement médico-social (RS NE 821.121.34) et de l'arrêté fixant les tarifs des soins de longue durée au sens de l'article 25a LAMal dispensés par les OSAD et les infirmières et infirmiers indépendant-e-s (RS NE 821.121.33).

⁹⁴ Art. 6 et 7 RFRS.

⁹⁵ Art. 11 et 14 RFRS.

d. Jura

Dans le canton du Jura, le financement des séjours en EMS ou des soins à domicile suppose, de la part de la personne bénéficiaire des soins, qu'elle finance une partie des coûts des soins, mais au maximum 20 % de la contribution maximale fixée par le Conseil fédéral⁹⁶. Le canton précise, par arrêtés, que la participation de chaque usager s'élève à CHF 5.– par jour pour les soins à domicile⁹⁷. Pour les séjours en EMS, il plafonne la participation quotidienne à CHF 23.– dès que le besoin en soins dépasse 100 minutes par jour⁹⁸. Dans les deux cas, s'il subsiste un découvert après les prestations de l'assurance-maladie, des autres assurances sociales et la participation de l'utilisateur, l'Etat verse une contribution⁹⁹.

e. Fribourg

Le canton de Fribourg a adopté la loi d'application du 9 décembre 2010 de la loi fédérale sur le nouveau régime de financement des soins¹⁰⁰ et celle du 12 mai 2016 sur les prestations médico-sociales¹⁰¹. Ensemble, elles fixent la participation de l'Etat au financement des soins dispensés en EMS ou à domicile, par des infirmières ou infirmiers ou par des OSAD. Elles sont complétées par le règlement du 23 janvier 2018 sur les prestations médico-sociales¹⁰² et l'ordonnance du 14 octobre 2008 fixant le montant de l'indemnité forfaitaire en matière d'aide et de soins à domicile¹⁰³.

De manière générale, les pouvoirs publics, c'est-à-dire le canton et les communes, participent au coût des soins prodigués par les fournisseurs de presta-

⁹⁶ Art. 10 let. b et 13 al. 2 de la loi jurassienne du 16 juin 2010 sur le financement des soins (RS JU 832.11).

⁹⁷ Arrêté fixant les montants maximums reconnus pour le financement des soins ambulatoires dès 2023.

⁹⁸ Arrêté fixant les montants maximums reconnus pour le financement des soins dans les EMS et UVP dès le 1^{er} octobre 2021.

⁹⁹ Art. 10 let. c et 13 al. 2 de la loi jurassienne du 16 juin 2010 sur le financement des soins.

¹⁰⁰ RS FR 820.6.

¹⁰¹ LPMS (RS FR 820.2).

¹⁰² RPMS (RS FR 820.21).

¹⁰³ RS FR 823.12.

tions médico-sociales conformément à la législation sur le financement des soins¹⁰⁴. Il faut alors s'y référer pour déterminer *in concreto* dans quelle proportion ils interviennent, en plus de la contribution de l'AOS au sens de l'art. 25a al. 5 LAMal.

Pour les soins fournis en EMS, la part des coûts des soins non pris en charge par l'assurance-maladie obligatoire est facturée à la personne résidente à raison de 20 % de la contribution des assureurs-maladie fixée pour chaque niveau de soins¹⁰⁵. Le coût résiduel est financé à raison de 45 % par l'Etat et 55 % par l'ensemble des communes¹⁰⁶.

Pour les soins fournis par les services d'aide et de soins à domicile qui sont exploités ou mandatés par une « association de communes »¹⁰⁷, la part des coûts non pris en charge par l'assurance-maladie fait l'objet d'une subvention de l'Etat correspondant à 30 % des frais du personnel exécutant les prestations d'aide et de soins¹⁰⁸. Pour les soins fournis par les autres OSAD, la part des coûts non pris en charge par l'AOS est facturée aux patients et patientes dans la limite fixée par le droit fédéral. Le coût résiduel est à la charge de l'Etat¹⁰⁹.

Pour les soins fournis par les infirmières et infirmiers, la part des coûts non pris en charge par l'assurance-maladie obligatoire est aussi supportée par l'Etat, à raison de 35 %, et par l'ensemble des communes, à raison de 65 %¹¹⁰. Il n'est pas requis de participation financière des personnes bénéficiant des soins.

Toute personne sollicitant une prestation médico-sociale d'un EMS reconnu doit déposer une demande de prestations complémentaires auprès de la Caisse

¹⁰⁴ Art. 15 LPMS.

¹⁰⁵ Art. 2 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur le nouveau régime de financement des soins.

¹⁰⁶ Art. 2 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur le nouveau régime de financement des soins.

¹⁰⁷ Au sens de l'art. 11 LPMS.

¹⁰⁸ Art. 3 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur le nouveau régime de financement des soins et 16 LPMS.

¹⁰⁹ Art. 3 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur le nouveau régime de financement des soins.

¹¹⁰ Art. 4 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur le nouveau régime de financement des soins.

cantonale de compensation en vue de l'examen de son droit à une subvention destinée à couvrir certains frais médicaux qui ne sont pas à charge de l'AOS¹¹¹.

f. Valais

Le financement des soins de longue durée est régi par la loi du 14 septembre 2011 sur les soins de longue durée¹¹² et par l'ordonnance du 15 octobre 2014 sur la planification et le financement des soins de longue durée¹¹³.

Selon la législation valaisanne, en plus de la participation de l'AOS, seuls les pouvoirs publics, soit le canton et les communes, prennent en charge la contribution résiduelle aux coûts des soins dispensés à domicile¹¹⁴.

La participation aux coûts des soins en EMS par les personnes résidentes est déterminée sur la base de leur fortune nette imposable¹¹⁵. Elle progresse plus le montant de la fortune est élevé et est, en tous les cas, plafonnée¹¹⁶.

B. Bénéficiaires des soins

Selon que le canton a fait usage ou non de la possibilité prévue à l'art. 25a al. 5, 1^{re} phrase, LAMal, soit celle de répercuter une partie des coûts sur la personne assurée, la patiente ou le patient sera amené à participer, dans la limite fixée par le législateur, au financement des soins de longue durée¹¹⁷.

Compte tenu des explications données ci-dessus¹¹⁸, les montants mis à charge des bénéficiaires de soins peuvent s'élever jusqu'à CHF 23.– par jour en cas de séjour en EMS, et à CHF 15.35 par jour en cas de soins à domicile. Pour une personne qui dépend au quotidien de tels soins ou qui séjourne en EMS

¹¹¹ Art. 20 al. 2 LPMS et 33 RPMS.

¹¹² LSLD (RS VS 805.1).

¹¹³ RS VS 805.10.

¹¹⁴ Art. 19 al. 1 let. a et b LSLD.

¹¹⁵ Art. 19 al. 1 let. c, d, e et f LSLD.

¹¹⁶ Art. 19 al. 2 LSLD : La participation des assurés aux coûts des soins fixée à l'alinéa 1 ne peut excéder CHF 2'500.– par année pour la lettre d, CHF 5'000.– par année pour la lettre e, et CHF 10'000.– par année pour la lettre f.

¹¹⁷ Voir aussi DUPONT, *Le financement résiduel des soins de longue durée*, N 27 ss.

¹¹⁸ Cf. *supra* III.A.1.

sur le long terme, cela représente un montant mensuel de l'ordre de CHF 460.—, respectivement de CHF 700.—. Il est important de garder à l'esprit que dans la mesure où il s'agit de montants qui ne sont pas à charge de la LAMal, ils sont dus en plus de la participation ordinaire aux frais médicaux par le biais de la franchise et de la quote-part, conformément à l'art. 64 LAMal¹¹⁹. Les allègements prévus dans l'ensemble des cantons romands et décrits ci-dessus¹²⁰ sont ainsi de véritables mesures sociales en faveur des bénéficiaires de soins.

Si la personne bénéficiaire des soins n'a pas les moyens de s'acquitter des frais qui lui incombent et si elle est éligible pour les prestations complémentaires, ce qui sera en principe le cas pour une rentière ou un rentier AVS¹²¹, la prise en charge de la franchise et de la quote-part, tout comme celle des montants mis à sa charge par le canton en application de l'art. 25a al. 5 LAMal, peut être demandée au canton dans le cadre du remboursement des frais de maladie au sens de l'art. 14 LPC¹²², dans les limites prévues par le droit cantonal. Dans certains cas, ce droit existe même si la personne concernée ne perçoit par ailleurs pas la prestation complémentaire annuelle en espèce¹²³.

En l'absence de droit à une prise en charge par les prestations complémentaires, l'aide sociale cantonale reste le dernier recours. Les montants dus au titre de la franchise et des quotes-parts doivent être intégrés dans le budget d'aide¹²⁴, et les soins à domicile sont une prestation circonstancielle qui doit être prise en charge¹²⁵.

¹¹⁹ Si les soins sont rendus nécessaires par la maternité, l'art. 64 al. 7 LAMal interdit aux assureurs-maladie de prélever une participation aux coûts pour les soins qui sont fournis à partir de la treizième semaine de grossesse, pendant l'accouchement, et jusqu'à huit semaines après l'accouchement. Cette disposition ne concerne toutefois que les participations aux coûts prévues par l'art. 64 LAMal (franchise et quote-part), et ne dispense pas la mère d'assumer la part du coût des soins qui lui échoit en application de l'art. 25a al. 5 LAMal (à ce propos, cf. PERRENOUD, *La protection de la maternité*, pp. 628 ss).

¹²⁰ Cf. *supra* III.A.2.

¹²¹ Cf. art. 4 al. 1 let. a de la loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC ; RS 831.30).

¹²² Cf. art. 14 al. 1 let. b et g LPC.

¹²³ Cf. art. 14 al. 6 LPC. Sur cette question, cf. *infra* IV.A.

¹²⁴ Cf. Normes CSIAS (cf. *infra* IV.B), C.5 al. 3.

¹²⁵ Cf. Normes CSIAS (cf. *infra* IV.B), C.6.5 al. 2 let. b.

IV. Séjours en EMS : financement des prestations socio-hôtelières

En cas de soins de longue durée à domicile, les difficultés se limitent à la répartition des coûts entre l'AOS, le canton et la ou le bénéficiaire des soins. En cas de séjour en EMS, la problématique s'étoffe encore puisqu'il faut de surcroît aborder la question du financement des prestations socio-hôtelières, ou des « coûts du séjour », autrement dit de toutes les prestations qui ne sont pas des prestations de soins. Il s'agit notamment de l'hébergement, de la restauration, de l'intendance et la maintenance, de l'encadrement socio-culturel et de l'animation, ainsi que des tâches administratives. Le prix de la pension est fixé sous forme de forfait journalier. Les tarifs des EMS figurant sur la planification hospitalière d'un canton donné sont en principe assez proches, mais peuvent néanmoins être différents d'un établissement à l'autre¹²⁶.

Le forfait socio-hôtelier, comparable à un loyer, est à la charge exclusive des résidentes et des résidents. Les législations cantonales que nous avons consultées le rappellent souvent toutes expressément¹²⁷ ; même si cette précision est juridiquement superflue, l'obligation à charge de la résidente ou du résident résulte du contrat d'hébergement (ou contrat d'accueil) conclu entre elle ou lui et le home.

Lorsque les ressources de la personne qui séjourne en EMS sont insuffisantes pour couvrir le prix de la pension, elle peut solliciter l'octroi de prestations complémentaires (A) ou bénéficier d'autres aides publiques (B). Si elle bénéficie d'une allocation pour impotent, cette dernière pourra également intervenir dans le schéma général de financement du séjour (C).

¹²⁶ Dans la mesure où cette contribution est consacrée, dans ce chapitre, au financement du séjour en EMS par les résidentes et les résidents, nous n'aborderons pas ici la question des subventions versées par l'Etat aux EMS recensés dans la planification cantonale médico-sociale.

¹²⁷ Cf. par exemple art. 5 RGEPA ou 4 al. 1^{bis} et 4e LPFES.

A. Prestations complémentaires

Les personnes qui bénéficient de certaines prestations de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) ou de l'assurance-invalidité (AI), principalement des rentes¹²⁸, peuvent, si ces prestations sont insuffisantes pour couvrir leurs besoins vitaux, demander des prestations complémentaires (PC). Ces prestations sont accessibles aux personnes qui ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse¹²⁹ et qui ne disposent pas d'une fortune supérieure à CHF 100'000.– pour les personnes seules, ou CHF 200'000.– pour les couples¹³⁰.

Le régime des prestations complémentaires prévoit deux prestations : en premier lieu, la prestation complémentaire annuelle et, en second lieu, le remboursement des frais de maladie et d'invalidité. S'agissant du financement du prix de la pension facturé par l'EMS, c'est principalement la première prestation qui nous intéresse¹³¹. Les frais entraînés par de courts séjours dans un home, soit pour des séjours n'excédant pas trois mois, peuvent toutefois être pris en charge par les cantons dans le cadre du remboursement des frais de maladie¹³².

La prestation complémentaire annuelle est calculée en fonction des revenus déterminants et des dépenses reconnues de la personne assurée. Lorsqu'une personne réside en EMS, font partie des dépenses reconnues la taxe journalière facturée par le home¹³³, ainsi qu'un montant dévolu aux dépenses personnelles¹³⁴. Le canton est autorisé à fixer une limite maximale pour la taxe journalière, en veillant toutefois à ce que cette limite soit suffisamment élevée pour éviter le recours à l'aide sociale. Le montant attribué pour les dépenses per-

¹²⁸ Pour une vision d'ensemble, cf. art. 4 LPC.

¹²⁹ Art. 4 al. 1 LPC.

¹³⁰ Art. 9a LPC.

¹³¹ A propos du remboursement des frais de maladie et d'invalidité, cf. *supra* II.B.2.a et III.B.

¹³² Cf. art. 14 al. 1 let. b^{bis} LPC.

¹³³ Art. 10 al. 2 let. a LPC.

¹³⁴ Art. 10 al. 2 let. b LPC.

sonnelles est fixé par le canton, en principe mensuellement, sans marge de manœuvre de la part des infrastructures¹³⁵.

Ces dépenses, qui ne concernent alors que les prestations socio-hôtelières, sont mises en balance avec les revenus déterminants tels que les rentes ou les revenus tirés de la fortune, ou encore d'éventuelles contributions d'entretien¹³⁶. Une part de la fortune nette, soit un dixième pour les rentières et les rentiers AVS, peut aussi être imputée en tant que revenu lorsque celle-ci dépasse CHF 30'000.– pour les personnes seules et CHF 50'000.– pour les couples¹³⁷. Si la ou le bénéficiaire concerné est propriétaire d'un immeuble qui sert d'habitation à une personne comprise dans le calcul PC, la valeur de l'immeuble est comptée dans la fortune dans la mesure où elle dépasse CHF 112'500.–¹³⁸. Par exception, elle n'est comptabilisée que dans la mesure où elle dépasse CHF 300'000.– si l'immeuble sert d'habitation à la conjointe ou au conjoint de la personne résidant en EMS¹³⁹.

La fortune dont la personne s'est dessaisie sans contrepartie et sans obligation légale est également comptabilisée. Pour les bénéficiaires de rentes AVS, les dessaisissements sont pris en compte pour les dix années qui précèdent la naissance du droit à la rente. 10 % de la fortune peut être dépensée chaque année sans qu'il en soit tenu compte. Si plus de 10 % de la fortune est dépensée, ou plus de CHF 10'000.– si la fortune est inférieure ou égale à CHF 100'000.–,

¹³⁵ Ces montants peuvent être différents selon le type d'établissement dans lequel séjourne la personne. Par exemple, dans le canton de Vaud, le montant est de CHF 400.– par mois pour les personnes hébergées dans des établissements à mission psychiatrique ou de prise en charge d'un handicap, et de CHF 275.– par mois pour les personnes hébergées dans des établissements à mission gériatrique ou psychiatrie de l'âge avancé.

¹³⁶ Pour la liste exhaustive, cf. art. 11 LPC.

¹³⁷ Pour les personnes résidant dans des homes, les cantons sont autorisés à déroger à cette réglementation (art. 11 al. 2 LPC). Le canton de Fribourg a par exemple prévu que, pour les bénéficiaires de rentes de vieillesse séjournant dans un home ou un établissement hospitalier, la fortune nette dépassant le montant non imputable est prise en compte à raison d'un cinquième (art. 5^{quinquies} AEPC ; RS FR 841.3.11).

¹³⁸ Art. 11 al. 1 let. c LPC.

¹³⁹ Art. 11 al. 1^{bis} let. a LPC.

sans qu'il existe pour cela un motif important¹⁴⁰, il en est également tenu compte¹⁴¹.

B. Autres aides financières publiques

A défaut de prestations complémentaires, reste la possibilité de recourir à d'autres aides publiques, au premier chef à l'aide sociale¹⁴². La compétence en matière d'aide sociale est attribuée aux cantons et ces derniers peuvent en déléguer l'organisation aux communes. La mise en œuvre de l'aide sociale peut dès lors s'avérer différente d'un canton à l'autre, voire d'une commune à l'autre. Il existe toutefois des normes standards, proposées par la Conférence suisse des institutions d'actions sociales (CSIAS). Elles ne sont pas contraignantes, mais sont reconnues par la jurisprudence et la doctrine¹⁴³. Selon ces normes, l'aide sociale devrait donc aussi accorder, en plus du prix de la pension non couvert par les ressources de la personne assurée, un montant forfaitaire destiné à couvrir les dépenses non comprises dans le prix de pension pour les personnes séjournant dans des établissements médico-sociaux¹⁴⁴.

Certains cantons prévoient par ailleurs des aides spécifiques pour les personnes résidant en EMS, dans le but d'éviter le recours à l'aide sociale. Il en va notamment ainsi dans le canton de Vaud, qui prévoit des aides financières aux personnes qui bénéficient de soins en EMS¹⁴⁵. Il s'agit d'une aide financière individuelle octroyée par l'Etat, qui est subsidiaire aux prestations des assurances sociales et aux ressources personnelles de la personne concernée.

¹⁴⁰ Pour la liste de ces motifs, cf. art. 17d al. 3 de l'ordonnance sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (OPC-AVS/AI; RS 831.301).

¹⁴¹ Pour la méthode à suivre, cf. art. 17d al. 1 et 2 OPC-AVS/AI.

¹⁴² Pour les soins à domicile, cf. *supra* III.B.

¹⁴³ Cf. par exemple ATF 136 I 129, c. 3 ; TF 2C_375/2014 du 4 février 2015, c. 3.2 et TF 8C_56/2012 du 11 décembre 2012, c. 3.1.

¹⁴⁴ Normes CSIAS, C.3.2.

¹⁴⁵ Loi d'aide aux personnes recourant à l'action médico-sociale du 24 janvier 2006 (LAPRAMS ; RS VD 850.11) et son règlement d'application du 28 juin 2006 (RLAPRAMS ; RS VD 850.11.1).

Elle intervient en sus des prestations complémentaires. Comme ce régime ne relève pas de l'aide sociale, l'aide allouée n'est pas remboursable¹⁴⁶.

Cette aide est conditionnée. La personne requérante doit notamment résider dans un EMS, être domiciliée dans le canton de Vaud et ne pas disposer d'une fortune nette de plus de CHF 30'000.–, respectivement CHF 50'000.– pour les couples.

C. Excursus : l'allocation pour impotent

Une personne qui, en raison d'une atteinte à sa santé, a besoin de façon permanente de l'aide d'autrui ou d'une surveillance personnelle pour accomplir des actes élémentaires de la vie quotidienne, est considérée comme impotente¹⁴⁷. Elle peut, à ce titre, bénéficier d'une allocation pour impotent, dont le montant est fixé forfaitairement et augmente selon le degré d'impotence, faible, moyenne ou grave. L'évaluation du degré d'impotence se fait de manière schématique¹⁴⁸.

L'allocation pour impotent peut être versée par l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) si la personne impotente a atteint l'âge légal donnant droit à une rente de vieillesse, par l'assurance-invalidité (AI) si elle ne l'a pas encore atteint, ou par l'assurance-accidents (AA) si elle est impotente à cause d'un accident. Le droit à l'allocation pour impotent en cas de séjour dans un home dépend du régime d'assurance qui la verse : le droit à l'allocation pour impotent AVS n'est maintenu que pour les allocations fondées sur un degré d'impotence moyen ou grave ; le droit à une allocation pour une impotence faible est supprimé¹⁴⁹. Le droit à l'allocation pour impotent AI est maintenu quel que soit le degré de l'impotence, mais les montants versés sont réduits à un quart

¹⁴⁶ A moins qu'elle n'ait été versée à titre d'avance au sens de l'art. 6a LAPRAMS.

¹⁴⁷ Cf. art. 9 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1).

¹⁴⁸ Cf. art. 37 du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI ; RS 831.201) et 38 de l'ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (OLAA ; RS 832.202).

¹⁴⁹ Cf. art. 43^{bis} al. 1^{bis} de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10).

des montants usuels¹⁵⁰. Faute de base légale prévoyant autre chose, le droit à l'allocation pour impotent versée par l'assurance-accidents est maintenu sans changement en cas de séjour dans un home.

L'allocation pour impotent n'a pas à proprement parler pour vocation de couvrir des soins de santé, sous réserve, éventuellement, de quelques soins entrant dans la catégorie des soins de base¹⁵¹. Elle sert en revanche au financement de l'encadrement nécessaire dont la personne a besoin, hors soins de santé, et hors prestations usuelles d'animation.

En fonction des cantons, l'allocation pour impotent fait partie des revenus qui serviront à acquitter le prix de la pension (forfait socio-hôtelier), ou peut être facturée à part à la résidente ou au résident, ce qui conduit, dans les faits, à ce que l'intégralité du montant de l'allocation soit reversée à l'EMS en plus du forfait socio-hôtelier.

V. Perspectives d'avenir

Le système décrit ci-dessus donne lieu depuis longtemps à de nombreuses discussions. En effet, il a pour premier inconvénient de reporter sur les cantons les risques financiers liés à l'augmentation des coûts des soins de longue durée, dès lors que les contributions de l'AOS et des bénéficiaires des soins sont fixes et qu'il leur appartient de faire « tampon ». Il a pour second désavantage de créer des tensions entre les politiques publiques cantonales d'une part et les assureurs-maladie d'autre part ; en effet, si les soins à domicile sont plus coûteux pour l'AOS, le maintien de lits en EMS s'avère, globalement, beaucoup plus onéreux pour les cantons. Il existe donc une contradiction logique entre l'AOS, pour laquelle le séjour en EMS est une meilleure option, et les cantons, pour lesquels les soins à domicile doivent être privilégiés.

A cela s'ajoute la perspective, avérée, du vieillissement démographique attendu pour ces prochaines décennies, et, en corollaire, de l'augmentation subs-

¹⁵⁰ Cf. art. 42^{ter} al. 2 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20). Il existe toutefois des règles spéciales pour les personnes mineures.

¹⁵¹ Cf. ATF 147 V 16 et ATF 147 V 35 sur cette question. Dans le cadre des soins à domicile, cf. ATF 127 V 94.

tantielle de la demande et des coûts des soins de longue durée. Selon les projections de l'Administration fédérale des finances, il est prévu que ces dépenses triplent d'ici à 2045¹⁵². Le rapport du Conseil fédéral du 25 novembre 2020 distingue plusieurs pistes de solution¹⁵³. Il propose par exemple d'intégrer les prestations de soins de longue durée dans un régime de financement uniforme (A). Il réfléchit également à adapter la contribution de l'AOS à l'évolution des coûts ou à combler les lacunes de financement par une solution d'assurance séparée (B).

A. Un régime de financement uniforme

Sur le plan politique, un projet est actuellement discuté dans le but de modifier la répartition des coûts des traitements médicaux dans l'AOS. Selon le droit actuellement en vigueur, les prestations ambulatoires sont financées exclusivement par l'AOS, alors que les prestations stationnaires sont financées pour partie par l'AOS et pour partie par les cantons (dans les deux cas, la personne assurée contribue en s'acquittant de sa franchise et de ses quotes-parts). Ce système crée des incitations négatives que l'on souhaite éliminer en prévoyant une répartition identique pour les deux catégories de traitements.

A l'origine, ce projet (EFAS) excluait les soins de longue durée au sens de l'art. 25a LAMal. Compte tenu des perspectives financières pour les cantons, ces derniers ont fait front commun pour exiger qu'ils soient intégrés au projet¹⁵⁴. A la suite de différentes discussions¹⁵⁵, le Conseil fédéral a rejoint cette proposition d'inclure les soins de longue durée dans le régime de financement uniforme. Cette proposition a également été suivie par la Commission de la santé et de la sécurité sociale du Conseil des Etats, qui a proposé l'intégration

¹⁵² Rapports du Conseil fédéral du 25 novembre 2020 «Financement des soins : intégration dans un financement uniforme ou adaptation des contributions de l'AOS à l'évolution des coûts » et du 25 mai 2016 « Etat des lieux et perspectives dans le secteur des soins de longue durée ».

¹⁵³ Voir note 151.

¹⁵⁴ Cf. Prise de position de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS) du 28 juin 2018 sur l'avant-projet de la CSSS-N, point 7.

¹⁵⁵ Pour une chronologie, cf. site Internet de la CDS (<https://www.gdk-cds.ch/fr/assurance-maladie/financement>). Tous les documents pertinents y sont disponibles en format pdf.

des soins de longue durée dans le système moniste de financement sept ans après l'adoption de la révision de la LAMal, soit quatre ans après l'entrée en vigueur des autres dispositions. Elle a été jugée réaliste par la Conférence des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS)¹⁵⁶. Le Conseil des Etats a accepté d'intégrer les soins de longue durée dans le projet de financement uniforme des soins de santé lors de la session d'hiver 2022¹⁵⁷.

B. Autres pistes

Le Conseil fédéral réfléchit également à d'autres options, pour le cas où l'intégration des soins de longue durée au régime de financement uniforme serait irréalisable, ou refusée pour d'autres raisons. Il propose par exemple d'adapter les contributions de l'AOS à l'évolution des coûts. Contrairement au système actuel, qui prévoit une contribution fixe, l'AOS devrait, selon cette proposition, constamment adapter le montant de sa participation en fonction de l'évolution des coûts des prestations de soins. Si le Conseil fédéral et le Parlement optent pour cette alternative, il resterait notamment à déterminer quels coûts devraient être pris en compte et à quel moment la participation de l'AOS devrait être adaptée. Pour le reste, la responsabilité du financement résiduel serait toujours du ressort des cantons et une participation des patientes et des patients serait aussi exigée.

Le Conseil fédéral discute également de financer les soins de longue durée par un autre biais, hors du cadre de la LAMal¹⁵⁸. Il imagine notamment la création d'une assurance de soins séparée, obligatoire ou facultative¹⁵⁹, ou encore la constitution d'une épargne individuelle pour les soins, par exemple sous la forme d'un pilier 3a. Néanmoins, il estime que ces dernières pistes sont moins opportunes que les deux premières, en particulier celle d'intégrer les soins de longue durée au régime de financement uniforme des prestations.

¹⁵⁶ Cf. Prise de position de la CDS du 25 novembre 2022 pour les délibérations au Conseil des Etats en novembre 2022, point 1.

¹⁵⁷ Le procès-verbal des débats n'était pas encore disponible au moment de rendre le manuscrit.

¹⁵⁸ Sur ce sujet, cf. les réflexions développées dans l'ouvrage de KAHIL-WOLFF HUMMER, BOILLET et DUTOIT, cité dans la bibliographie.

¹⁵⁹ Dans cette hypothèse, les prestations de soins seraient détachées de l'AOS.

VI. Conclusion

Nous avons mis en lumière, dans cette contribution, les rôles respectifs des différentes parties prenantes au financement des soins de longue durée, et l'ampleur de leurs interventions respectives. Si la complexité du système, qui effraie bien souvent les personnes qui doivent recourir à ces soins et leur famille, est bien réelle, il faut souligner qu'il offre une protection efficace qui favorise l'accès effectif aux prestations de soins. Contrairement à une idée reçue qui perdure dans l'opinion publique, ce n'est pas, en Suisse, aux familles de financer les soins à domicile ou les séjours en EMS, sous réserve de situations exceptionnelles, l'intervention conjointe de l'assurance-maladie et des pouvoirs publics offrant la couverture nécessaire, y compris lorsque les personnes concernées ne disposent pas de ressources suffisantes.

Si la personne assurée est, de son côté, protégée par des règles qui empêchent un report trop important des coûts sur ses finances, les cantons ont le rôle le plus difficile, dès lors qu'ils assument la seule part de ces coûts qui ne peut pas être limitée et qui ne peut que difficilement être planifiée. Dans ce sens, il est tout à fait compréhensible qu'ils aient insisté pour intégrer les soins de longue durée dans la discussion sur la réforme globale du financement des soins, la pérennité du système actuel n'étant possiblement plus garantie compte tenu des perspectives démographiques.

Bibliographie

DESPLAND BÉATRICE, La prise en charge des soins de longue durée dans la loi sur l'assurance-maladie, in : Cahiers genevois et romands de sécurité sociale (CGSS), n° 40 (2008), Genève 2008, pp. 113-127.

DONZALLAZ YVES, Traité de droit médical, vol. II, Berne 2021.

DUPONT ANNE-SYLVE, Enfant en situation de handicap : droit aux prestations sociales et conséquences sur l'organisation familiale, in : Fankhauser/Reusser/Schwander (édit.), Brennpunkt Familienrecht: Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zurich 2017, pp. 169-191 (cité : *Enfant en situation de handicap*).

DUPONT ANNE-SYLVIE, Le financement résiduel des soins de longue durée : une brèche dans le principe de l'économicité, in : Lendfers/Gächter/Mosimann (édit.), *Allegro con moto – Festschrift zum 65. Geburtstag von Ueli Kieser*, Bâle 2020, pp. 75-89 (cité : *Le financement résiduel des soins de longue durée*).

DUPONT ANNE-SYLVIE, Quelques points d'actualité en droit des assurances sociales, in : Dupont/Heiss/Krauskopf (édit.), *Annales SDRCA 2019*, Zurich 2019, pp. 149-166 (cité : *Quelques points d'actualité en droit des assurances sociales*).

FILIPPO MARTINA/BLUM-SCHNEIDER BRIGITTE, Pflegebedarf und Pflegekosten – Wer entscheidet ?, in: *Pflegerecht* 2/2016, pp. 114-117.

FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE/KAHIL-WOLFF BETTINA/PERRENOUD STÉPHANIE, *Droit suisse de la sécurité sociale*, vol. II, Berne 2015.

GÄCHTER THOMAS, Urteil des Bundesgerichts, II. sozialrechtliche Abteilung, vom 31. Oktober 2012 (9C_365/2012), in: *Pflegerecht* 4/2013, pp. 245-247.

KAHIL-WOLFF HUMMER BETTINA/BOILLET VÉRONIQUE/DUTOIT FABIEN (édit.), *L'assurance dépendance, un projet pour l'avenir – Etude de droit suisse, international et européen*, Berne 2018.

LANDOLT HARDY, Vergütung von ambulanten Pflegekosten gemäss Art. 25a KVG, in: Lendfers/Gächter/Mosimann (édit.), *Allegro con moto – Festschrift zum 65. Geburtstag von Ueli Kieser*, Bâle 2020, pp. 257-275.

PERRENOUD STÉPHANIE, *La protection de la maternité. Etude de droit suisse, international et européen*, thèse Lausanne, Berne 2015 (cité : *La protection de la maternité*).

PERRENOUD STÉPHANIE, Soins à l'hôpital, soins à domicile et soins en EMS : quelles différences ?, in : RSAS 5/2015, pp. 415-437 (cité : *Soins à l'hôpital, soins à domicile et soins en EMS, 1^{re} partie*).

PERRENOUD STÉPHANIE, Soins à l'hôpital, soins à domicile et soins en EMS : quelles différences ?, in : RSAS 6/2015, pp. 524-556 (cité : *Soins à l'hôpital, soins à domicile et soins en EMS, 2^e partie*).

Stéphanie Dagron / Anne-Sylvie Dupont / Karine Lempen

Seniors et droit social : défis actuels

Cet ouvrage collectif réunit les contributions présentées lors du colloque « Seniors et droit social : défis actuels », qui s'est tenu le 6 juin 2023 à l'Université de Genève.

Le droit à la sécurité sociale des personnes âgées est-il respecté ? Que signifie pour elles la numérisation des services d'intérêts général ? Les travailleuses et travailleurs sont-ils suffisamment protégés contre la discrimination fondée sur l'âge ? La première partie de cet ouvrage tente de répondre à ces questions fondamentales à la lumière du droit international et européen.

Axée sur le droit suisse, la seconde partie analyse les conditions de travail des aides à domicile, les contrats d'hébergement en appartement protégé, l'organisation du patrimoine à l'arrivée de l'âge de la retraite et l'épineuse question du financement des soins à domicile et des séjours dans un établissement médico-social.

L'ouvrage est édité par Stéphanie Dagron, Anne-Sylvie Dupont et Karine Lempen, professeures à la Faculté de droit de l'Université de Genève et co-directrices du Pôle Berenstein pour le droit du travail et de la sécurité sociale.

ISBN 978-3-03891-525-6



9 783038 915256