

# **Proches soignants et assurance-maladie (LAMal): conditions et modalités du remboursement des prestations de soins**

## **Etude ProLAMal**

### **Rapport scientifique**

Claudia von Ballmoos - Béatrice Despland

Décembre 2011



Recherche réalisée avec le soutien financier du fonds stratégique de développement HES-S2



## Avant-propos

Les proches jouent un rôle essentiel dans la prise en charge à domicile des personnes tributaires de soins. Les conditions entourant cet accompagnement ont longtemps été méconnues. Les études SwissAgeCare 2010 et AgeCare-SuisseLatine 2011<sup>1</sup>, réalisées sur mandat de l'Association suisse des services d'aide et de soins à domicile (ASSASD), montrent qu'outre un gros investissement en temps, il représente pour les proches soignants une très lourde charge émotionnelle, psychique et financière.

Pour améliorer durablement leur situation, les proches soignants doivent être soutenus, et ce à divers titres. Il convient d'une part de leur transmettre des compétences (p. ex. coaching, formation et information) et, d'autre part, de leur apporter une aide matérielle et temporelle. Les prestations d'aide et de soins à domicile ne sauraient en effet porter leurs fruits sans un environnement favorable.

Employer des proches en les rémunérant peut contribuer à les soulager, mais aussi engendrer de nouveaux problèmes. C'est pour cette raison, que l'ASSASD a décidé de financer la traduction allemande de la présente étude. Celle-ci fait la lumière sur quelques-unes des questions juridiques qui se posent lorsque des proches soignants sont engagés par les organisations d'aide et de soins à domicile.

L'étude avait pour but d'une part de constituer un *corpus* de données relatives notamment à l'âge, au sexe et à la formation des proches engagés et d'autre part de rassembler des données relatives aux conditions d'engagement des proches soignants et aux modalités de facturation de leurs prestations à l'assurance-maladie obligatoire. L'analyse juridique de ces données a été faite sous l'angle du droit du travail et du droit de l'assurance-maladie obligatoire. L'examen d'éventuels problèmes juridiques concernant la responsabilité-civile (RC) professionnelle n'a pas fait l'objet de l'étude. Tous les employeurs interviewés ont indiqué que les proches soignants engagés étaient couverts pour le risque RC, comme les autres employés. La situation des proches soignants se distingue néanmoins de la situation des autres soignants engagés, par le fait que les proches soignants s'occupent le plus souvent de la personne soignée également en dehors des quelques heures pour lesquelles ils sont engagés<sup>2</sup>. Des lacunes de couverture par l'assurance RC professionnelle pourraient surgir lorsqu'il s'agit de déterminer, dans une situation concrète, que le dommage s'est bien produit alors que le proche soignant agissait dans le cadre de sa fonction d'employé.

L'étude menée entre avril et décembre 2011 a été réalisée avec le soutien financier du Fonds stratégique de développement HES-S2 de la Haute Ecole Spécialisée de Suisse occidentale. Le rapport scientifique de décembre 2011, a été accepté par le Comité scientifique du réseau d'études appliqués REA S2 en mai 2012.

Dr. iur. Beatrice Mazenauer  
Zentralsekretärin Spitex Verband Schweiz

Claudia von Ballmoos, MLaw  
Professeure HES-S2, HESAV

---

<sup>1</sup> Prise en charge des personnes âgées par des proches soignants en Suisse : SwissAgeCare 2010 (Suisse alémanique) et AgeCare-SuisseLatine 2011 (Suisse romande et italienne), Prof. Pasqualina Perrig – Chiello, Université de Berne, Prof. François Höpflinger (Université de Zurich) et Prof. Brigitte Schnegg (Université de Berne).

<sup>2</sup> Voir rapport sous D. II. 2.



## Table des matières

A. Introduction.....	1
B. Contexte de la recherche .....	1
I. Contexte sociodémographique.....	1
II. Contexte juridique.....	2
1. Droit de l'assurance-maladie.....	2
2. Droit du travail .....	5
C. Enquête.....	6
D. Résultats et analyse .....	7
I. Sous l'angle sociodémographique .....	7
II. Sous l'angle juridique .....	8
1. Droit de l'assurance-maladie.....	8
2. Droit du travail .....	9
E. Mise en perspective.....	11
F. Conclusion.....	13

## Bibliographie



## A. Introduction

Dans deux arrêts qui concernaient la même affaire et qui ont été rendus en 2006 et en 2007, les juges du Tribunal fédéral des assurances d'abord, et la 2<sup>ème</sup> Cour de droit social du Tribunal fédéral ensuite<sup>3</sup>, ont décidé que l'assurance-maladie obligatoire était tenue de prendre en charge les soins dispensés par un conjoint qui était engagé par un service d'aide et de soins à domicile (SAD) pour soigner exclusivement son épouse<sup>4</sup>. Dans cette affaire, l'assurance-maladie, qui avait au préalable remboursé les soins prodigués par l'époux et facturés par le SAD à domicile depuis 1996, a informé l'assurée en juin 2002 qu'elle cessait les prestations au motif que l'époux ne disposait pas de formation en soins. De l'avis de l'assureur, qui se référait à des renseignements pris auprès du canton, l'époux devait pour la prise en charge des prestations par l'assurance-maladie, être au minimum au bénéfice d'une formation d'infirmier de niveau I. Le montant des prestations ainsi refusées s'élevait à CHF 20'211.40 pour une période allant du 1<sup>er</sup> avril au 31 décembre 2002. Après l'examen des faits, les juges sont arrivés à la conclusion que les conditions de la prise en charge des prestations par l'assurance-maladie étaient, en regard des conditions d'alors, bel et bien réalisées et que l'assurance était, par conséquent, tenue de rembourser les prestations du conjoint.

Fondée sur cette jurisprudence, une première recherche financée par le Fonds stratégique<sup>5</sup> et réalisée en 2008 avait notamment pour objet de déterminer si cet engagement d'un proche<sup>6</sup> par les SAD était un cas isolé ou représentait au contraire une pratique plus ou moins courante. L'étude s'est centrée sur la Suisse allemande, des investigations préalables ayant montré que l'engagement de proches par les SAD n'était pas pratiqué en Suisse romande. L'enquête menée auprès des SAD des 19 cantons de Suisse allemande avait alors mis en évidence qu'en 2008 et dans les deux années précédant l'étude, environ 70 conjoints ou membres de famille avaient été engagés dans six cantons (Bâle-Campagne, Grisons, Schwyz, Thurgovie, Uri, Zurich). Dans cinq de ces cantons, l'engagement faisait alors l'objet d'un contrat de travail.

La présente recherche a pour objet d'explorer les contrats conclus avec ces proches, engagés par les SAD. Il s'agit de déterminer de manière aussi précise que possible les modalités d'engagement et de rémunération des proches, la facturation des prestations à l'assurance-maladie et de constituer un corpus de données relatives à la personne des proches engagés. Une attention toute particulière est portée à la question de la formation, plus particulièrement en soins, de ces derniers.

## B. Contexte de la recherche

### I. Contexte sociodémographique

Des données intéressantes sont fournies par la récente étude mandatée par l'association faitière des services d'aide et de soins à domicile (Spitex Verband). Réalisée sur la base de 720 questionnaires exploitables, l'étude permet d'établir que deux tiers des soignants sont des femmes. Les soins, dispensés par le/la partenaire dans

---

<sup>3</sup> Avec l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2007, de la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110), le Tribunal fédéral des assurances a été intégré au Tribunal fédéral, dont il est devenu les deux Cours de droit social. Ces deux Cours ont conservé leur siège à Lucerne.

<sup>4</sup> Arrêt du Tribunal fédéral des assurances (TFA) du 21 juin 2006 (K 156/04) et arrêt de la 2<sup>ème</sup> Cour de droit social du Tribunal fédéral du 19 décembre 2007 (9C\_597/2007).

<sup>5</sup> DESPLAND B., VON BALLMOOS C., (2009) La prise en charge, par l'assurance-maladie, des soins dispensés par un membre de famille, Etude exploratoire, Projet Ra&D REA 08-08 ; DESPLAND B., VON BALLMOOS C. (2010), La prise en charge, par l'assurance-maladie, des soins dispensés par un membre de famille, in : Sécurité sociale CHSS, 6, p. 352 – 354.

<sup>6</sup> Pour des raisons de lisibilité et de simplicité, la forme masculine vaut à la fois pour le féminin et le masculin.

54% des cas, portent sur une durée moyenne de 5.9 ans. Quant aux enfants, la durée moyenne des soins est de 5.26 ans. L'âge moyen des personnes bénéficiant des soins est de 83 ans. L'âge moyen des proches soignants est de 66 ans. Les hommes sont en moyenne plus âgés (77 ans) que les femmes (64 ans). Dans 71% des cas, la personne soignante fait ménage commun avec la personne soignée. En ce qui concerne le niveau de formation, il est plus élevé que celui de la population en général pour les partenaires soignants alors qu'il s'avère moins élevé pour les partenaires soignées. Quant au niveau de formation des filles et des fils qui assument des soins, il est comparable à celui de l'ensemble de la population. S'agissant de l'exercice d'une activité lucrative, 57% des filles qui dispensent des soins à un de leurs parents ont diminué leur taux d'activité à cet effet, alors que 16% d'entre elles ont mis un terme à leur activité professionnelle et que 3% ont dû trouver un nouvel emploi (SWISSAGECARE 2010). En comparaison européenne, l'incidence de la dispensation de soins à des proches sur l'activité professionnelle est plus marquée en Suisse qu'en Europe (EUROFAMCARE 2006).

Plusieurs études menées en Suisse et en France ont relevé le fait que, dans les années à venir, l'aide familiale devra le plus souvent être secondée par ou associée à l'aide professionnelle (« Co-Pflege ») (SwissAgeCare 2010, DREYER, ENNUYER 2007). Si la motivation des proches soignants est sans conteste l'amour et l'affection qu'ils portent à la personne bénéficiaire de soins, le manque d'alternatives et le paramètre financier semblent également jouer un rôle (PENNEC 2007). Un renforcement des compétences attendues des proches aidants est également évoqué au titre des « défis futurs » (SWISSAGECARE 2010).

Quelques études suisses récentes ont été menées sur le phénomène de l'engagement de personnes privées venues des pays de l'Est (GREUTER, SCHILLIGER, 2009) et sur la compatibilité entre l'aide et les soins dispensés aux proches et l'exercice d'une activité professionnelle (BISCHOFBERGER 2008).

Dans le domaine juridique, bien qu'aucun auteur n'ait étudié spécifiquement la question de la prise en charge par l'assurance-maladie des soins dispensés par un proche, l'un d'entre eux (LANDOLT 2009) s'est livré à une analyse des incidences de la prise en charge d'un proche sur la protection sociale. Ainsi, lorsqu'une activité lucrative a été réduite ou interrompue, les conséquences peuvent s'avérer lourdes pour le proche soignant, notamment par l'insuffisance ou l'absence de couverture sociale (deuxième pilier p.ex.). Pour cet auteur, la mise sur pied d'une « assurance soins » qui intégrerait les proches soignants serait une des voies qui permettrait de combler les lacunes actuelles. Ce même auteur est d'avis que les prestations complémentaires ont été conçues par le législateur fédéral comme une assurance de soins (LANDOLT 2011).

La nécessité d'une rémunération des proches, essentiellement pour les personnes en âge de travailler, est partagée par d'autres auteurs (FUX 2006) qui dénoncent également la précarité liée au statut de proches soignants (SWISSAGECARE 2010). De son côté, BISCHOFBERGER (2009) documente le recours très limité aux prestations complémentaires du fait d'une information insuffisante et/ou de démarches administratives complexes, ainsi que de l'exclusion du droit aux prestations (compensation de la perte de gain) des personnes qui n'ont exercé aucune activité lucrative avant de dispenser des soins.

## II. Contexte juridique

### 1. Droit de l'assurance-maladie

Les critères de la prise en charge des prestations par l'assurance-maladie sont définis par le droit fédéral. A teneur de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10), l'assureur est tenu de prendre en charge les soins qui relèvent du catalogue des prestations (art. 25 à 31 et 34 al.1 LAMal). Ces prestations doivent être efficaces, appropriées et économiques (art. 32 al. 1 LAMal) et être dispensées par un fournisseur de prestations admis (art. 35 à 40 LAMal).



Les prestations générales en cas de maladie comprennent notamment les examens, traitements et soins dispensés au domicile du patient, par des personnes fournissant des prestations sur prescription ou sur mandat médical (art. 25 al. 2 let. a ch. 3 LAMal). Le détail des prestations dispensées au domicile du patient ou en EMS figure dans l'ordonnance du Département fédéral de l'intérieur (DFI) sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS, RS 832.112.31). Selon les dispositions de l'article 7 al. 2 OPAS, les prestations à charge de l'assurance comprennent l'évaluation et les conseils (art. 7 al. 2 let. a OPAS), les examens et traitements (art. 7 al. 2 let. b ch. 1 à 14 OPAS) et les soins de base (art. 7 al. 2 let. c OPAS). Ces derniers comprennent :

- les « soins de base généraux pour les patients dépendants, tels que: bander les jambes du patient, lui mettre des bas de compression, refaire son lit, l'installer, lui faire faire des exercices, le mobiliser, prévenir les escarres, prévenir et soigner les lésions de la peau consécutives à un traitement; aider aux soins d'hygiène corporelle et de la bouche; aider le patient à s'habiller et à se dévêtir, ainsi qu'à s'alimenter » et
- « les mesures destinées à surveiller et à soutenir les malades psychiques pour accomplir les actes ordinaires de la vie, telles que la planification et la structuration de leurs journées de manière appropriée, l'établissement et la promotion des contacts sociaux par un entraînement ciblé et le soutien lors de l'utilisation d'aides à l'orientation et du recours à des mesures de sécurité ».

Les soins doivent faire l'objet d'une prescription ou d'un mandat médical et être déterminés sur la base d'une évaluation des soins (art. 8 al. 1 OPAS). Cette évaluation doit être faite à l'aide de critères uniformes et inscrite sur un formulaire uniforme lui aussi (art. 8 al 3 OPAS).

La question des fournisseurs de prestations revêt une importance particulière dans le contexte de notre étude. Selon la LAMal, les médecins, les pharmaciens, les chiropraticiens, les sages-femmes et les personnes qui prodiguent des soins sur prescription ou sur mandat médical ainsi que les organisations qui les emploient peuvent pratiquer à charge de l'assurance-maladie (art. 35 al. 1 et 2, let. a-e LAMal.). Pour autant qu'elles soient admises en regard du droit cantonal, les personnes habilitées à pratiquer des soins sur prescription médicale sont les physiothérapeutes, les ergothérapeutes, les infirmiers et infirmières, les logopédistes/orthophonistes et les diététiciens (art. 46 OAMal ; RS 832.102). La liste étant exhaustive, aucun autre professionnel de la santé, et à plus forte raison aucun proche, ne peut exercer à charge de l'assurance-maladie à titre indépendant<sup>7</sup>.

Les organisations de soins et d'aide à domicile sont admises lorsqu'elles disposent notamment du personnel spécialisé nécessaire ayant une formation qui correspond à leur champ d'activité et sont également admises en vertu du droit cantonal (art. 51 OAMal). Ni la loi, ni l'ordonnance, n'excluent expressément les membres de famille du cercle des personnes qui peuvent être engagées par les SAD pour fournir des soins à charge de l'assurance-maladie<sup>8</sup>. Ces personnes doivent toutefois disposer d'une formation adéquate. Le texte de l'OAMal ne donne cependant aucune précision sur le type de formation attendu. Les autorités cantonales de surveillance peuvent prescrire des exigences minimales en termes de formation par le biais des autorisations d'exploiter<sup>9</sup>. De telles exigences peuvent aussi découler des conventions tarifaires conclues entre les SAD et les assureurs.

On relèvera encore, et ainsi que l'ont précisé les juges fédéraux, qu'un proche ne peut pas exiger d'être engagé par les SAD<sup>10</sup> et que ses prestations ne sont facturées que dans la mesure où elles pourraient également être dispensées par du personnel des SAD<sup>11</sup>. En d'autres termes, les soins prodigués par des proches ne constituent pas de « nouvelles prestations » à charge des assureurs-maladie. Enfin, et ainsi que nous l'avons déjà relevé

---

<sup>7</sup> Despland B., von Ballmoos C., (2009) La prise en charge, par l'assurance-maladie, des soins dispensés par un membre de famille, Etude exploratoire, Projet Ra&D REA 08-08, p. 4.

<sup>8</sup> Arrêt du TFA du 21 juin 2006 (K 156/04), consid. 4.2.

<sup>9</sup> Arrêt du TFA du 21 juin 2006 (K 156/04), consid. 4.1.1.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Arrêt du TFA du 21 juin 2006 (K 156/04), consid. 4.2.

dans l'étude précédente<sup>12</sup>, ne peuvent être facturés à charge de l'assurance-maladie que les soins dispensés par le conjoint qui dépassent ce que l'on peut attendre de lui au titre du devoir d'assistance, tel qu'il est prévu par le droit de la famille (art. 159 al. 3 CC ; RS 210).

En résumé, les soins à domicile sont à charge de l'assurance-maladie s'ils sont dispensés par l'intermédiaire d'un infirmier indépendant ou d'une infirmière indépendante ou d'une organisation de soins admise, sur prescription ou mandat médical, s'ils sont fondés sur une évaluation des besoins, s'ils s'avèrent efficaces, appropriés et économiques et s'ils relèvent du catalogue des prestations, précisé à l'article 7 OPAS.

En ce qui concerne plus spécifiquement la situation au niveau des cantons, on relèvera, par exemple, que le canton des Grisons s'est doté, dans sa législation, d'une disposition qui détermine à quelles conditions un proche soignant (pflgender Angehöriger) peut être engagé par les SAD. Ces conditions sont les suivantes :

- la personne peut produire une attestation confirmant qu'elle a suivi avec succès le cours d'auxiliaire de santé de la Croix-Rouge suisse ;
- l'engagement est prévu pour une durée minimale de deux mois et il s'agit d'une situation de soins de longue durée ;
- la personne soignante n'a pas encore atteint l'âge légal de la retraite<sup>13</sup>.

Aujourd'hui, on constate que des exigences de formation minimale sont imposées par le biais des conditions auxquelles est soumise la délivrance, par les autorités cantonales de surveillance, des autorisations d'exploiter une organisation de soins à domicile. Dans les cantons de Thurgovie, des Grisons, d'Argovie et de Vaud, par exemple, le personnel engagé pour dispenser des soins doit au minimum disposer de la formation d'auxiliaire de santé CRS<sup>14</sup>.

Quant aux conditions fixées dans les conventions tarifaires, elles ont gagné en précision dans le temps en ce qui concerne les formations exigées en regard des prestations facturées à l'assurance-maladie. Ainsi, la convention tarifaire examinée par le Tribunal fédéral, que le canton de Thurgovie avait adopté en 2002, se bornait à renvoyer aux exigences légales en matière de formation des employés des SAD. La convention en vigueur depuis 2009 comporte, elle, une annexe qui détaille les formations minimales nécessaires en regard des différentes catégories des prestations de l'art. 7 OPAS. La formation minimale pour les soins de base dans des situations simples et stables est celle d'auxiliaire de santé CRS<sup>15</sup>.

La Convention administrative entre l'Association suisse des services d'aide et de soins à domicile et l'Association Spitex Privée Suisse d'une part et santésuisse d'autre part, du 20 décembre 2010, contient également des précisions relatives aux formations requises pour le même niveau de soins : aide-soignante, auxiliaire de santé CRS, aide à domicile avec cours d'auxiliaire de santé CRS, assistant santé-social<sup>16</sup>. Cette convention entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012 pour les assureurs et les SAD qui y ont adhéré.

Enfin, en ce qui concerne les modalités de paiement des prestations, la loi fédérale prévoit soit le système du tiers payant, soit le système du tiers garant (art. 42 al. 1 et 2 LAMal). Si les modalités varient à l'heure actuelle (en raison des différentes conventions existantes), l'entrée en vigueur de la Convention administrative au niveau suisse devrait permettre d'unifier le remboursement des prestations par la modalité du tiers payant (l'assureur

---

<sup>12</sup> Despland B., von Ballmoos C., (2009) La prise en charge, par l'assurance-maladie, des soins dispensés par un membre de famille, Etude exploratoire, Projet Ra&D REA 08-08, p. 17 ss.

<sup>13</sup> Art. 26 Verordnung vom 11. Dezember 2007 zum Krankenpflegegesetz (BR 506.060).

<sup>14</sup> Spitex-Richtlinien des Kantons Thurgau vom 1. Januar 2008, p. 5, [www.gesundheitsamt.tg.ch](http://www.gesundheitsamt.tg.ch) (voir: Spitex) (8.11.2011); art. 20 al. 1 let. d) Verordnung zum Gesundheitsgesetz, BR 500.010; § 38 al. 2 let i) Verordnung über die Berufe, Organisationen und Betriebe im Gesundheitswesen vom 11. November 2009, SAR 311.121; art. 5 al. 1 règlement du 8 janvier 2001 fixant les conditions d'exploitation des organisations de soins à domicile, RSV 801.15.1 (dans ce dernier canton, un „titre jugé équivalent“ est aussi admis).

<sup>15</sup> Annexe 6, Vertrag zw. Spitex Verband Thurgau und santésuisse - Die Schweizer Krankenversicherer betreffend Spitex-Pflichtleistungen, gültig ab 1. Januar 2009, [www.spitextg.ch](http://www.spitextg.ch) (voir : download) (8.9.2011).

<sup>16</sup> Annexe 5a), Convention administrative entre l'Association suisse des services d'aide et de soins à domicile et l'Association Spitex Privée Suisse d'une part, et santésuisse d'autre part du 20 décembre 2010, [www.spitex.ch](http://www.spitex.ch) (voir : conventions) (13.12.2011).

rembourse directement le montant dû au prestataire de soins)<sup>17</sup>. Cependant, les assureurs et les fournisseurs de prestations gardent la possibilité d'opter pour le système du tiers garant<sup>18</sup>.

## 2. Droit du travail

L'étude a essentiellement pour objet d'analyser les modalités contractuelles auxquelles sont soumis les engagements de proches par les SAD. Le contexte juridique relatif au droit du travail concerne donc principalement les dispositions relatives au contrat individuel du travail du Code des obligations (CO ; RS 220), la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr ; RS 822.11) et, lorsqu'il s'agit d'un rapport de travail de droit public, les lois et règlements sur le personnel du droit public. Les assurances sociales (notamment LAA<sup>19</sup> et LPP<sup>20</sup>) font, en raison des obligations de l'employeur, également partie du cadre juridique du contrat du travail.

A teneur du droit fédéral (art. 319 al. 1 CO), le contrat de travail individuel est caractérisé par le fait que le travailleur se met au service de l'employeur et que ce dernier est tenu de lui verser un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). Le travailleur peut également s'engager à travailler régulièrement au service de l'employeur par heures, demi-journées ou journées (travail à temps partiel), selon l'article 319 al. 2 CO. Sauf disposition contraire de la loi, la formation du contrat de travail n'est soumise à aucune forme particulière (art. 320 al. 1 CO). Le contrat de travail peut donc revêtir la forme écrite ou orale. Les cas pour lesquels la forme écrite est exigée<sup>21</sup> ne concernent pas notre étude.

Au nombre des obligations qui incombent à l'employé, on relèvera le devoir de diligence et de fidélité. Il implique que le travailleur exécute le travail qui lui est confié avec soin et sauvegarde les intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a al. 1 CO). Il contient par ailleurs l'interdiction pour le travailleur, d'accomplir un travail rémunéré pour un tiers pendant la durée du contrat dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité, notamment en faisant concurrence à l'employeur (art. 321a al. 3 CO). Enfin, le travailleur est tenu de rendre des comptes et de restituer (art. 321b CO).

De son côté, l'employeur est tenu, en plus de son obligation de verser le salaire (art. 319 al. 1 et art. 329d CO), d'accorder les vacances (art. art. 329a-c CO) et les congés usuels (art. 329 al. 3 CO), ainsi que de protéger la personnalité du travailleur (art. 328 CO).

En résumé, les éléments caractéristiques du contrat de travail, outre l'accord des volontés, sont les suivants :

- la prestation de travail ou de service<sup>22</sup>, l'engagement de fournir un travail régulier<sup>23</sup> ;
- le rapport de subordination juridique<sup>24</sup> ;
- la rémunération (le versement du salaire) : fixe, au temps, à la tâche<sup>25</sup> ;
- un élément de durée : déterminée ou indéterminée<sup>26</sup>.

---

<sup>17</sup> Art. 9 al. 1 de la Convention administrative.

<sup>18</sup> Art. 9 al. 2 de la Convention administrative.

<sup>19</sup> Loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA), RS 832.20.

<sup>20</sup> Loi fédérale sur la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité (LPP), RS 831.40.

<sup>21</sup> WYLER p. 79-80.

<sup>22</sup> WYLER, p. 58.

<sup>23</sup> TERCIER, FAVRE, EIGENMANN, p. 476.

<sup>24</sup> WYLER, p. 58.

<sup>25</sup> WYLER, p. 58.59 et TERCIER, FAVRE, EIGENMANN, p. 477.

<sup>26</sup> WYLER, p. 59.

## C. Enquête

Afin de collecter des données sur les proches soignants et de préciser les modalités de leur engagement par les SAD ainsi que la facturation des prestations aux assurances-maladie, nous avons procédé en deux étapes.

Dans un premier temps, nous avons repris contact avec les associations cantonales et organisations locales qui avaient signalé, en 2008, qu'elles engageaient des proches. Cette prise de contact s'est faite par l'envoi d'un courrier, accompagné d'une fiche d'information expliquant la démarche et invitant les responsables à nous faire parvenir, le cas échéant, une copie anonymisée des contrats de travail conclus avec des proches soignants.

Au terme de cette première phase, nous avons pris acte du refus d'une association cantonale de participer à l'enquête. Deux associations cantonales nous ont informées que les pratiques avaient changé depuis l'enquête précédente et qu'actuellement il n'y avait plus d'engagement de proches par les SAD dans leur canton. Ce changement des pratiques était expliqué, d'une part, par les exigences en matière de formation en soins (qualifications minimales), et d'autre part par des raisons budgétaires (responsables locaux pas favorables à ajouter des proches sur la liste des salariés). En ce qui concerne les cantons du Tessin et de Vaud, nous avons appris que les SAD n'y engageaient pas de proches soignants. Au Tessin, c'est l'engagement de « badanti » qui est prépondérant. Leurs prestations ne sont pas facturées à l'assurance-maladie<sup>27</sup>. Quant à la pratique qui avait été relevée dans le canton de Vaud, elle s'est avérée isolée et n'est plus d'actualité<sup>28</sup>.

Sur l'ensemble des six cantons qui avaient signalé en 2008 l'engagement de conjoints, respectivement de membres de famille, ce sont donc finalement un responsable d'organisation ainsi que deux responsables d'associations cantonales qui ont accepté de participer à l'enquête. Par ailleurs, nous avons pu inclure dans l'étude un responsable d'organisation qui engage des proches soignants depuis quelques mois seulement et qui n'avait donc pas participé à l'enquête de 2008.

Suite à cette première phase, nous avons reçu les contrats de trois employeurs et le contrat type utilisé dans un canton, un autre employeur s'étant rendu compte que le contrat était conclu en la forme orale. Nous avons ainsi réuni sept contrats et reçu deux contrats-types vierges.

Dans la deuxième phase de l'enquête, nous avons mené des entretiens semi-directifs avec six employeurs et trois responsables cantonaux. Une trame d'entretien, élaborée à partir de l'analyse du droit du contrat de travail (Code des obligations) et des assurances sociales, a servi de fil rouge. Au cours de ces entretiens, les participants ont décrit six situations supplémentaires. Dans l'ensemble, nous avons ainsi eu accès aux données de seize situations. Sept engagements étaient encore en cours au moment des entretiens. De plus, nous avons reçu et examiné trois descriptifs de poste (Stellenbeschrieb Pflegeassistentin, Stellenbeschrieb Haushilfe, Stellenbeschrieb Pflegehelferin SRK), un descriptif des compétences (Kompetenzen Pflegehelferin), deux règlements du personnel et deux documents relatifs aux assurances (Versicherungsreglement, Merkblatt Versicherungsleistungen, Prämien, Lohnzahlungen bei Krankheit, Unfall und Mutterschaft). Les entretiens ont été enregistrés et entièrement retranscrits.

Dans la troisième phase de la recherche, les contrats, documents et entretiens ont été analysés pour en extraire des données que nous avons ensuite confrontées aux lois, à la jurisprudence et à la doctrine pertinentes afin de juger de leur conformité au droit, voire d'identifier les questions et problèmes juridiques.

---

<sup>27</sup> Lettre de M. Marco Treichler, Coordinatore Direttori SADC, Conferenza dei Servizi di assistenza e cura a domicilio di interesse pubblico del Cantone Ticino, Via Brentani 11, 6904 Lugano, du 19 avril 2011.

<sup>28</sup> Selon les informations obtenues en mai 2011 auprès de Madame Claudine Corbaz, Consultante cantonale assistante sociale de l'AVASAD, l'engagement d'un proche n'est pas, a priori, écarté. Cependant, aucune situation de ce type n'a été recensée à ce jour, notamment en raison des difficultés pratiques évoquées par les professionnels.

Le nombre de seize situations ainsi analysées peu sembler modeste au regard des résultats de la première recherche qui avait révélé, au moment de l'enquête et dans les deux années qui l'avaient précédée, l'engagement d'environ 70 proches dans six cantons. Cela s'explique néanmoins par les réalités du terrain qui ont vu disparaître cette pratique dans deux cantons, dont un qui avait une pratique régulière et significative d'engagements de proches. Un autre canton, qui avait signalé une telle pratique, n'avait pas de proches sous contrat au moment de cette nouvelle enquête. Si la responsable cantonale s'est déclarée favorable, il n'en allait pas de même des responsables des organisations locales qui décident des engagements.

On relèvera enfin que la pratique est nouvelle et récente dans un canton et qu'une responsable locale, située dans un autre canton, mène un projet qui a pour but de mettre en place un cadre pour l'engagement de proches par son organisation.

## **D. Résultats et analyse**

### **I. Sous l'angle sociodémographique**

Comme il a été relevé précédemment, le nombre de personnes effectivement engagées ne constitue pas l'élément déterminant de notre recherche. Il est cependant intéressant de relever que, sur les 16 personnes qui ont été évoquées au cours des entretiens, 14 étaient des femmes. Parmi elles, neuf étaient des filles prenant en charge un père/une mère, une était une belle-fille s'occupant de sa belle-mère et enfin une seule épouse dispensait des soins à son conjoint. On a également relevé qu'une femme s'occupait de sa sœur, une autre de son oncle et enfin une femme prenait en charge sa voisine (sans lien de parenté). L'âge de ces femmes se situait entre 30 et 60 ans. Si l'une des filles engagée était seulement âgée d'environ 30 ans et trois femmes entre 40 et 50 ans, la majorité, soit huit femmes étaient âgées entre 50 et 60 ans. Pour deux femmes, l'âge n'a pas été précisé, mais situé dans la fourchette globale de 30 à 60 ans. Pour ce qui est des hommes, l'un d'entre eux, âgé de plus de 50 ans, s'occupait de son épouse, alors que l'autre, plus jeune, âgé entre 30 et 40 ans, dispensait des soins à son père. Bien qu'il ne puisse s'avérer représentatif de l'ensemble des situations existantes, ce groupe se rapproche, dans sa composition, des données issues de l'enquête SWISSAGECARE 2010 mentionnée ci-dessus (let. B, ch. I). L'âge des proches engagés par les SAD est néanmoins inférieur à l'âge moyen des proches soignants en général (64 ans pour les femmes et 77 ans pour les hommes). Ceci est dû au fait que les SAD n'engagent que des proches qui n'ont pas encore atteint l'âge légal de la retraite. Ce point est fondamental. Il permet d'établir que l'engagement de proches par les SAD ne concerne qu'un nombre restreint de personnes par rapport au nombre élevé des proches qui dispensent des soins au quotidien et qui sont souvent eux-mêmes à la retraite.

En ce qui concerne la formation, neuf proches disposaient, au moment de l'engagement, d'une formation en soins. Cinq ont suivi la formation d'auxiliaire CRS en cours d'emploi. Un homme n'a pas terminé sa formation, ce qui a mis un terme à son engagement par les SAD. La seule personne qui ne disposait d'aucune formation en soins, n'est plus engagée actuellement. L'on peut donc constater que les caractéristiques des proches engagés par les SAD s'écartent, en ce qui concerne la formation, et plus particulièrement la formation en soins, aussi des données de SWISSAGECARE 2010. Ceci s'explique par les conditions actuelles à la prise en charge des prestations par l'assurance-maladie.

## II. Sous l'angle juridique

La confrontation des faits et des informations issus de l'analyse des contrats et des entretiens aux normes légales, à la jurisprudence du Tribunal fédéral et à la doctrine, met en évidence que les engagements des proches soignants par les SAD sont, pour leur grande majorité, conformes au droit. Dans le cadre de ce rapport de recherche, nous mettons l'accent sur les aspects des modalités d'engagement et de facturation aux assurances-maladie qui sont, sous l'angle juridique, particulièrement positifs ou au contraire discutables, voire problématiques.

### 1. Droit de l'assurance-maladie

Comme nous l'avons déjà relevé, la qualification nécessaire est une exigence posée par le droit fédéral de l'assurance-maladie pour que les prestations dispensées par des proches puissent être remboursées par les assureurs. Cette exigence a été précisée ces dernières années notamment dans les conventions tarifaires. La majorité des femmes dont l'activité a fait l'objet d'un contrat avait une formation initiale (infirmière, aide à domicile CRS, auxiliaire de santé CRS, ASSC, aide soignante). Les autres ont pu suivre une formation en cours d'emploi (auxiliaire de santé CRS).

Ce critère permet de délimiter de manière plus précise ce qui est du ressort, ou non, de l'assurance-maladie. En effet, seules sont prises en charge les prestations qui pourraient être dispensées par du personnel qualifié des SAD. Il n'en demeure pas moins que la distinction entre les activités de soins dispensées par les proches à charge des assureurs maladie et les activités de soins qui relèvent de leur devoir d'assistance au sens large n'est pas toujours aisée. Dans le cadre de l'assurance-invalidité, les proches sont tenus d'apporter leur aide au ménage au nom de l'obligation de diminuer le dommage. Ainsi, l'incapacité d'accomplir les travaux habituels (activités ménagères) n'est prise en considération, par l'assurance-invalidité, que dans la mesure où elle subsiste en dépit de l'assistance fournie par les membres de famille. Ce critère est également appliqué par le Tribunal fédéral dans le cadre de l'assurance-maladie. Les juges ont ainsi retenu que les prestations des proches qui entrent dans cette obligation de diminuer le dommage ne constituent jamais des prestations susceptibles d'être facturées à l'assurance-maladie<sup>29</sup>.

Dans le même esprit, le nombre des heures facturées à l'assurance-maladie par les SAD ne peut pas être majoré du fait de l'engagement d'un proche<sup>30</sup>.

La difficulté inhérente à la distinction entre prestations à charge de la LAMal et tâches d'assistance qui ne le sont pas, a parfois été évoquée au cours des entretiens. Pour un des interlocuteurs, il serait pertinent d'établir un listing de toutes les activités déployées sur 24 heures et d'identifier précisément ce qui entre dans le cadre de la LAMal et ce qui doit en être exclu (aide au ménage, assistance personnelle). Dans un cas, on a même relevé une confusion entre les différentes tâches attendues de la part des proches et qui peuvent être facturées aux assureurs maladie. Cette confusion se retrouvait dans le contrat de travail lui-même<sup>31</sup>.

En ce qui concerne la facturation, à charge de l'assurance-maladie, de prestations de soins fournies par des proches qui n'ont pas encore terminé la formation minimale exigée (formation en cours d'emploi), nous avons vu que ceci n'est pas contraire au droit fédéral (le TF admet des proches non formés). L'on peut néanmoins se demander si ces situations sont conformes aux conventions tarifaires conclues entre SAD et assureurs.

---

<sup>29</sup> Arrêt de la 2<sup>ème</sup> Cour de droit social du Tribunal fédéral du 21 décembre 2010 (9C\_702/2010), consid. 7.1.; Arrêt du TFA du 21 juin 2006 (K 156/04), consid. 4.2.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> L'information sur les aspects économiques et notamment la prise en charge par l'assurance-maladie des prestations de soins, fait partie du devoir d'information des professionnels de la santé : ATF 119 II 456, consid. 2. d) et nombreuses lois sanitaires cantonales.

Quant aux modalités de remboursement (tiers payant/tiers garant), elles n'ont pas été évoquées comme posant un problème particulier. On relèvera cependant la particularité inhérente au système du tiers garant, dans la mesure où le proche soignant facture, par l'entremise des SAD, les prestations qu'il a dispensées à son proche.

## 2. Droit du travail

L'examen des documents reçus et les précisions obtenues lors des entretiens permettent d'établir que les proches sont généralement engagés par la direction des SAD. Dans environ la moitié des cas, l'engagement a été proposé par les SAD. Pour les autres situations, l'engagement a été proposé par le proche soignant ou le médecin traitant du soigné. A une exception près, tous les contrats revêtent la forme écrite. Le salaire est versé mensuellement. Il est, en principe, calculé par heure et inclut tous les suppléments légalement prescrits (notamment la part correspondant aux vacances). Dans une seule situation, l'activité déployée est estimée en pourcentage (en l'occurrence 40%). Les contrats portent, en règle générale, sur les soins dispensés au cours de la semaine. Dans un cas cependant, il s'étend sur l'activité exercée au cours du week-end seulement. Les prestations sociales (notamment la couverture du salaire en cas de maladie) sont identiques à celles qui sont prévues pour l'ensemble du personnel du SAD. Il n'existe donc pas, a priori, de discriminations importantes touchant le statut des proches sous l'angle du contrat et des prestations sociales. A ce stade de l'analyse, les résultats sont réjouissants. D'éventuelles lacunes en matière de protection sociale ne tiennent pas au fait que la personne engagée est un proche soignant, mais au taux de l'activité déployée par cette personne au sein du SAD. En effet, seules quelques heures de soins par semaine sont, en principe, rémunérées. De ce fait, la couverture de l'accident non professionnel (dans le cadre de la LAA<sup>32</sup>) et celle de l'invalidité et de la vieillesse (dans le cadre de la LPP<sup>33</sup>) ne peuvent souvent pas être accordées au proche soignant.

Un élément plus problématique est la question de la fin du contrat. Si une résiliation et, le cas échéant, le respect d'un délai de résiliation sont nécessaires pour mettre fin à un contrat de durée indéterminée<sup>34</sup>, le contrat de durée déterminée prend fin avec l'écoulement du temps ou la survenue d'un événement futur objectivement déterminé ou déterminable<sup>35</sup>.

L'analyse des contrats révèle que quatre contrats sont libellés comme étant des contrats de durée indéterminée. Ces contrats sont assortis d'un délai de résiliation qui est de trois mois pour trois des contrats. Un autre contrat prévoit des délais de résiliation allant progressivement de un à trois mois en fonction de la durée de l'engagement. Ces délais s'appliquent après l'écoulement de la période d'essai. Deux contrats sont libellés comme étant des contrats de durée indéterminée avec un délai de préavis d'un mois, mais comportent une clause disposant que le contrat prend fin si la personne entre dans une institution ou décède. Enfin, trois contrats comportent une clause disposant que le contrat prend fin avec effet immédiat, dès que la personne soignée n'a plus besoin de soins ou entre dans une institution. Deux de ces contrats se réfèrent pour le délai de résiliation à l'article 334 CO (contrat de durée déterminée).

Les entretiens ont révélé que la qualification de la nature déterminée ou indéterminée des contrats ainsi que la possibilité de mettre un terme avec effet immédiat au contrat n'étaient pas toujours très claires pour les interviewés. La majorité était en effet d'avis que les contrats prendraient fin avec effet immédiat, dès le moment où la personne soignée n'aurait plus besoin de soins.

---

<sup>32</sup> Selon l'art. 13 al. 1 OLAA, seuls les travailleurs à temps partiel occupés chez un employeur au moins huit heures par semaine sont assurés contre les accidents non professionnels.

<sup>33</sup> Selon l'art. 7 LPP, les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur à 20'880 francs sont soumis à l'assurance obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité.

<sup>34</sup> Contrat de durée indéterminée : art. 335 ss CO ; TERCIER, FAVRE, EIGENMANN, p. 542 ss, WYLER, p. 439 ss.

<sup>35</sup> Contrat de durée déterminée: art. 334 CO ; TERCIER, FAVRE, EIGENMANN, p. 541 – 542 ; WYLER, p. 435 ss.

Qu'en est-il en droit ? Selon la doctrine, la forme du contrat de durée déterminée n'est possible que si l'évènement qui met un terme au contrat se produit avec certitude<sup>36</sup>. La durée du contrat doit être objectivement déterminée ou déterminable<sup>37</sup>. Les parties doivent donc, au moment de la conclusion du contrat et durant son exécution, pouvoir apprécier *grosso modo* quand cet évènement se produira. Une partie de la doctrine est d'avis que cette zone grise ne doit pas dépasser la durée du délai de résiliation légal<sup>38</sup>. La durée peut aussi être déterminée par l'objet du contrat (p.ex. remplacement pendant un congé maladie). En ce qui concerne les soins dispensés à une patiente atteinte d'une maladie chronique, SIGRIST, cité par STAEHELIN<sup>39</sup>, est d'avis qu'il s'agit, faute de prévisibilité du terme, d'un contrat de durée indéterminée.

Par conséquent, il apparaît que, nonobstant le libellé de certains contrats examinés et les intentions des employeurs, les engagements des proches soignants relèvent en réalité la plupart du temps d'un contrat de durée indéterminée (art. 335 CO). En présence d'un contrat de durée indéterminée, les parties au contrat peuvent modifier les délais de résiliation légaux (art. 335 CO ss, notamment art. 335 c al. 1 CO) par accord écrit. Après le temps d'essai, ce délai de résiliation ne peut cependant, dans le cadre d'un contrat individuel du travail, pas être inférieur à un mois (art. 335c al. 2 CO)<sup>40</sup>.

On peut donc conclure que, sauf exception, les contrats par lesquels les proches sont engagés par les SAD, sont des contrats de durée indéterminée qui prennent fin par résiliation. Le délai minimal de résiliation est, après la période d'essai, d'un mois pour autant que les parties en aient convenu par écrit<sup>41</sup>. Si le proche soigné n'a plus besoin de soins pendant la durée de résiliation des soins et que le proche soignant continue à proposer ses services, l'employeur est tenu de verser le salaire et les prestations sociales (demeure de l'employeur, art. 324 al. 1 CO)<sup>42</sup>.

L'un des contrats stipule expressément que le proche soignant conserve, pendant un temps équivalant au délai de résiliation, le droit au versement du salaire si les rapports de travail de fait se terminent avant l'écoulement du délai de résiliation parce que la personne soignée entre dans une institution ou décède et que le proche soignant n'est pas employable dans une autre situation. Cette solution confère au proche soignant une protection du salaire et des cotisations sociales pendant le délai de résiliation lorsque la situation de soins prend fin de manière imprévisible et abrupte.

Plusieurs employeurs envisageaient par ailleurs de poursuivre l'engagement des proches soignants après la prise en charge d'un proche. Une telle continuation des rapports de travail peut offrir des opportunités d'insertion ou de réinsertion dans le monde du travail, notamment aux nombreuses femmes qui sont concernées par les soins aux proches.

Plus problématique nous semble la clause qui figure dans un contrat de prestations conclu entre le SAD et la personne soignée et qui met à la charge de la personne soignée, respectivement de ses héritiers, le paiement du salaire pendant le délai de résiliation pour le cas où les soins ne sont plus nécessaires et que le congé n'a pas pu être donné à temps. Il s'agit ici, à notre avis, d'une clause pour le moins insolite qui introduit dans le contrat de prestations un accord de reprise de dette (175 CO). Un tel accord n'est possible que si le créancier (salariné) n'a pas intérêt à ce que l'obligation (versement du salaire et obligations annexes) soit exécutée personnellement par le débiteur (employeur). Par ailleurs, la demeure de l'employeur (art. 324 CO) est une disposition relativement impérative à laquelle il ne peut pas être dérogé au détriment de l'employé (362 CO).

---

<sup>36</sup> Avis contraire: ZKomm, STAEHELIN ad art. 319 – 362, 3<sup>ème</sup> éd., 1996, N 12.

<sup>37</sup> WYLER, p. 435-436, ZKomm, STAEHELIN, ad art. 319 – 362, 3<sup>ème</sup> éd., 1996, N 8 – 12.

<sup>38</sup> STREIFF, VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 CO, 6<sup>ème</sup> éd. Zurich 2005, N2.

<sup>39</sup> ZKomm, STAEHELIN, ad art. 319 – 362, 3<sup>ème</sup> éd., 1996, N 12 i.f.

<sup>40</sup> ATF 125 III 65, consid. 4.a); WYLER, p. 449.

<sup>41</sup> En l'absence d'un accord écrit, les délais légaux des art. 335b al. 1 et 335c al. 1 CO s'appliquent.

<sup>42</sup> ATF 125 III 65, consid. 5. : de l'avis des juges « (...) le législateur n'a pas voulu permettre à l'employeur de déterminer unilatéralement, en fonction de ses propres besoins, la durée du travail et la rétribution du travailleur ». ; Pour plus de détails sur la demeure de l'employeur, voir: ATF 124 III 346 (rapport avec 119 CO : consid. 2. a) ; ZKomm, STAEHELIN ad art. 319-330a CO, 4<sup>ème</sup> éd., 2006; STREIFF, VON KAENEL, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 6<sup>ème</sup> éd., 2005.



L'examen des documents et l'analyse des entretiens ont permis de mettre en évidence d'autres aspects qui ne relèvent pas directement des obligations de l'employeur en regard du Code des obligations. En ce qui concerne la formation continue, les employeurs proposent, voire exigent des proches soignants de participer aux formations internes offertes à tout le personnel. Le financement de formations individuelles est *a priori* exclu par la grande majorité des employeurs pour des raisons financières. Un seul employeur est prêt à payer non seulement des formations continues individuelles, mais aussi une formation initiale en soins (auxiliaire de santé CRS). Ce dernier employeur considère que la formation des proches soignants fait partie du mandat donné par la collectivité et dispose d'un budget pour cela. Pour les autres employeurs, le financement d'une formation initiale en soins ne se pose en principe pas. Ils n'engagent que des proches qui disposent déjà d'une formation en soins au moment de l'engagement.

Quant à l'obligation, pour le proche soignant, de participer aux colloques d'équipe, elle est très diversement considérée et appliquée. Dans deux cas seulement, le proche est intégré à l'équipe soignante et participe aux discussions. A l'encontre de telles pratiques, certaines personnes interrogées font valoir la protection des données, le proche soignant ne devant pas avoir accès à des informations qui ne concernent pas directement la prise en charge de son proche. En revanche, les proches soignants sont plus couramment intégrés dans les équipes à l'occasion des sorties du personnel.

Le contrôle de la qualité du travail fourni et la supervision connaissent aussi de grandes différences entre employeurs. Si dans un cas la supervision par du personnel diplômé est informelle (une infirmière diplômée intervient chaque semaine pour une prestation de soins thérapeutique et « regarde » à cette occasion si « tout va bien »), d'autres employeurs imposent, parfois même par le biais d'une clause explicite du contrat, une supervision hebdomadaire par du personnel diplômé. Entre ces deux extrêmes, on note des supervisions obligatoires au moins une fois par année par le suivi durant une matinée ou encore la présence obligatoire à au moins deux colloques tous les deux mois. L'analyse des contrats et des entretiens nous fait penser que les responsables des SAD ont pris conscience, au fil du temps, de leur responsabilité par rapport à la qualité des soins des proches soignants engagés et qu'ils ont, pour une majorité d'entre eux, renforcé et formalisé les supervisions durant ces dernières années.

## **E. Mise en perspective**

La recherche a permis d'établir que seule une petite partie des soins dispensés par les proches peut faire l'objet d'un contrat entre le proche soignant et les SAD. En ce qui concerne les buts de l'engagement par les SAD, le contenu des entretiens s'avère très intéressant. Si la majorité des personnes interrogées reconnaissent qu'il s'agit avant tout de rémunérer les prestations effectuées, une partie d'entre elles mettent l'accent sur le besoin de rémunérer une personne qui renonce à une activité lucrative en vue de soigner un proche. En d'autres termes, le remboursement des prestations de soins vise avant tout à compenser une réduction du taux d'activité en vue de soigner un proche. Pour certains interlocuteurs, enfin, il importe aussi de rendre visible le travail des proches, de les sortir de leur isolement, de professionnaliser les soins et de maintenir la personne dépendante le plus longtemps possible à domicile.

On constate donc que les motivations d'un engagement de proches ne s'inscrivent pas toujours dans le cadre étroit de l'assurance-maladie. Une certaine confusion est parfois relevée entre les prestations de soins prises en charge par les assureurs-maladie et d'autres tâches rattachées à la responsabilité étatique (PC et aide sociale). Enfin, quelques interlocuteurs relèvent expressément que la prise en charge des soins dispensés par les proches devrait être réglée par d'autres régimes de protection sociale, à savoir les prestations complémentaires (à l'AVS/AI) et l'assurance-invalidité.

Qu'en est-il dans le système actuel de la sécurité sociale ? En ce qui concerne les prestations complémentaires, les cantons, tenus d'édicter des lois et règlements d'application du droit fédéral, ont dû adapter leur législation lors de l'entrée en vigueur de la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), au 1<sup>er</sup> janvier 2008. A cet égard, et selon la teneur de l'article 14 al. 1 let. b LPC<sup>43</sup>, ils ont dû adopter des dispositions concernant la prise en charge des frais de maladie et d'invalidité. La disposition fédérale prévoit que les cantons remboursent aux bénéficiaires d'une prestation complémentaire « les frais d'aide, de soins et d'assistance à domicile ou dans d'autres structures ambulatoires ». Si les cantons peuvent fixer des montants maximaux des frais de maladie et d'invalidité, ils ne peuvent en revanche prévoir un montant inférieur à celui qui est fixé par le droit fédéral (art. 14 al. 3 LPC). Les critères prévus par l'ancienne ordonnance fédérale<sup>44</sup>, désormais intégrés aux dispositions cantonales, prévoient que les tâches d'assistance dispensées par des membres de la famille ne sont remboursées que si ces membres subissent une perte de gain notable pendant une période prolongée. L'accent est donc mis, explicitement, sur la compensation financière de l'abandon (partiel ou total) d'une activité lucrative en vue de dispenser des soins. On relèvera donc que tant le cercle des personnes concernées que l'objectif de la prestation sociale diffèrent complètement de ceux qui sont contenus dans la LAMal.

Dans le cadre de l'assurance-invalidité, les proches soignants sont pris en considération, notamment dans l'aide dispensée au titre de « services spéciaux » en lieu et place d'un moyen auxiliaire (p.ex. un transport). La Circulaire concernant la remise des moyens auxiliaires par l'assurance-invalidité (CMAI) prévoit toutefois que les « prestations d'aide apportées dans le cadre des actes de la vie quotidienne (soins infirmiers, etc.) » ne sont pas remboursées<sup>45</sup>. Les projets pilotes relatifs au budget d'assistance ont alimenté des espoirs s'agissant de la prise en charge de prestations de soins dispensées par les proches en faveur d'une personne invalide<sup>46</sup>. La révision de la LAI<sup>47</sup>, qui entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012, exclut cependant clairement une telle possibilité. L'article 42<sup>quinquies</sup> LAI prévoit en effet que l'assurance verse une contribution d'assistance pour les prestations d'aide dont l'assuré a besoin et qui sont fournies par une personne qui « n'est pas mariée avec l'assuré, ne vit pas avec lui sous le régime du partenariat enregistré ni ne mène de fait une vie de couple avec lui et n'est pas un parent en ligne directe ». Dans son Message accompagnant le projet de la 6<sup>e</sup> révision LAI, le Conseil fédéral a justifié cette restriction par une délimitation qui se réfère aux obligations d'entretien au sens des articles 328, 163 et 276 ss CC<sup>48</sup>. Ainsi, et contrairement à l'opinion de certaines personnes interrogées, l'assurance-invalidité ne peut prendre en charge des prestations de soins dispensées par des proches dans le cadre de la contribution d'assistance nouvellement inscrite dans le droit fédéral.

La diversité des régimes et des dispositifs qui interviennent dans la prise en charge des soins et de l'aide dispensés à domicile, souvent associée à une complexité dans l'application des normes fédérales et cantonales (voire communales) en vigueur, ne permet pas d'avoir une image globale de la réalité des proches soignants. Plusieurs interlocuteurs ont attesté cette difficulté au cours des entretiens.

Au cours des entretiens, plusieurs interviewés ont fait part de propositions tendant à améliorer la situation des proches soignants. Ainsi un responsable cantonal proposait d'introduire dans les contrats de prestations entre les SAD et les collectivités publiques (communes, cantons) la possibilité, voire l'obligation pour les SAD d'engager les proches soignants. Deux responsables d'organisation appellent de leurs vœux l'introduction en Suisse d'une

---

<sup>43</sup> Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (RS 831.30).

<sup>44</sup> Art. 13b de l'Ordonnance relative au remboursement des frais de maladie et des frais résultant de l'invalidité en matière de prestations complémentaires (OMPC), RS 831.301.1.

<sup>45</sup> Circulaire concernant la remise des moyens auxiliaires par l'assurance-invalidité (CMAI), état au 1er juillet 2011, p. 20, ch. 1040, [www.bsv.admin.ch](http://www.bsv.admin.ch) (voir : pratique, AI, circulaires CMAI) (13.12.2011).

<sup>46</sup> Projet pilote « Budget d'assistance » : [www.bsv.admin.ch](http://www.bsv.admin.ch) (voir : thèmes, AI, projets) (13.12.2011).

<sup>47</sup> Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (RS 831.20).

<sup>48</sup> Message relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (6<sup>e</sup> révision, premier volet), du 24 février 2010, FF 2010 p. 1728.

assurance couvrant les soins de longue durée à l'instar de ce qui existe en Allemagne ou en Autriche<sup>49</sup>. L'importance d'une politique cantonale, en faveur d'un soutien financier des proches soignants, a aussi été soulignée. A ce propos, le canton des Grisons a été cité en exemple<sup>50</sup>. Un interlocuteur a exprimé le souhait que le Spitex Verband Schweiz empoigne le sujet, se positionne et mette, le cas échéant, à disposition des associations cantonales et organisations locales de SAD des aides relatives au cadre et à la gestion de ces engagements (contrats type, formations, par exemple). Enfin, tous les interlocuteurs ont souligné l'importance de la mise à disposition des moyens financiers nécessaires à l'engagement de proches soignants.

Plusieurs interlocuteurs ont aussi mentionné la possibilité qu'a le proche soigné de payer directement le proche soignant, voire de l'engager lui-même par le biais d'un contrat de travail. Si la première de ces solutions expose le proche à des lacunes importantes en matière de cotisations sociales, les deux ne permettent pas, à moins que le proche soigné ne soit un professionnel admis, la prise en charge par l'assurance-maladie des soins dispensés. Enfin, rappelons que les proches soignants qui ont atteint l'âge légal de la retraite ne peuvent, selon les pratiques actuelles, bénéficier d'un engagement par un SAD.

Force est donc de constater que, si l'engagement de proches soignants peut constituer une solution valable pour des situations bien particulières et la rémunération d'une partie des soins dispensés par les proches, la grande part de la prise en charge de proches dépendants, relève, en Suisse, toujours du bénévolat. Les soins aux proches sont encore largement considérés comme relevant de la responsabilité individuelle et familiale<sup>51</sup>.

## F. Conclusion

La présente étude a permis de réunir des données intéressantes qui permettent de situer l'engagement de proches soignants par les SAD dans le contexte général des soins de longue durée et d'identifier les questions essentielles qui se posent, notamment d'un point de vue juridique.

Ainsi, nous avons constaté que le cercle des proches engagés est, en principe, limité aux personnes qui n'ont pas encore atteint l'âge légal de la retraite. La majorité des proches engagés dispose, au moment de l'engagement, d'une formation, souvent initiale, en soins. Dans leur grande majorité, il s'agit de femmes.

Si les politiques, notamment cantonales en la matière, semblent importantes, ce sont les directions des organisations de SAD locales qui décident finalement de l'engagement - ou non - des proches. Il faut que ces derniers y voient un intérêt et disposent des moyens financiers nécessaires.

Le but de ces engagements n'est pas seulement la rémunération des soins dispensés par les proches, respectivement la compensation d'une diminution des revenus provenant d'un autre travail salarié, mais aussi le soutien aux proches soignants (accompagnement, conseil), la garantie de la qualité des soins (formation, supervision) et le maintien à domicile des soignés.

Sous l'angle juridique, ces engagements et la facturation des prestations à l'assurance-maladie sont en grande partie conformes au droit. Les principaux éléments qui sont problématiques ou qui soulèvent des questions sont la délimitation des prestations à charge de l'assurance-maladie, la facturation de prestations fournies par les

---

<sup>49</sup> En Allemagne : SGB XI, Soziale Pflegeversicherung vom 26.05.1994 (BGB1. IS. 1014). L'assurance soins de longue durée allemande couvre le risque d'incapacité d'accomplir les activités de la vie quotidienne en raison d'une maladie ou d'un handicap à tout âge. Elle offre aux aidants informels une couverture sociale, des mesures de répit, des conseils et des formations. La personne dépendante peut aussi recevoir une somme d'argent destinée à rémunérer le travail accompli par l'aidant principal (Pflegegeld) (DORENLOT, ARMBRUSTER 2002). En Autriche : Bundespflegegesetz BPGG (BGB1 Nr. 110/1993).

<sup>50</sup> L'engagement de proches relève d'une vision politique cantonale qui a été concrétisée dès les années quatre-vingt-dix par l'introduction d'un article dans la législation cantonale (voir ci-dessus B. II. 1.).

<sup>51</sup> OCDE, Suisse – Soins de longue durée, 18 mai 2011, [www.oecd.org/dataoecd/41/53/48432450.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/41/53/48432450.pdf) (06.12.2011).

proches qui n'ont pas encore terminé la formation en soins requise et les questions relatives à la fin du contrat et au droit au salaire lorsque les soins ne sont plus nécessaires.

Comme lors de la première enquête, l'intérêt des personnes contactées et le soutien particulièrement précieux de Madame Beatrice Mazenauer, secrétaire centrale du Spitex Verband Schweiz, sont à souligner. Nous remercions chaleureusement toutes les personnes qui ont soutenu cette recherche et qui nous ont manifesté leur confiance en mettant à notre disposition des documents et leur temps pour des entretiens.

\*\*\*

## Bibliographie

- Arrêt de la 1<sup>ère</sup> Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 27 décembre 1993, ATF 119 II 456.
- Arrêt de la 1<sup>ère</sup> Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 28 mai 1998, ATF 124 III 346.
- Arrêt de la 1<sup>ère</sup> Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 14 décembre 1998, ATF 125 III 65.
- Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 21 juin 2006, K 156/04.
- Arrêt de la 2<sup>ème</sup> Cour de droit social du Tribunal fédéral du 19 décembre 2007, 9C\_597/2007.
- Arrêt de la 2<sup>ème</sup> Cour de droit social du Tribunal fédéral du 21 décembre 2010, 9C\_702/2010.
- BISCHOFBERGER I. (2009), Pflege von Angehörigen besser mit Beruf vereinbaren, in: Soins infirmiers, 10/2009, p. 23-25.
- BISCHOFBERGER I., HÖGLINGER M. (2008), Herausforderungen für die Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenpflege : « Mein Vater hat Alzheimer », in : Schweizer Arbeitgeber, 103(2008), H. 20, p. 36-39.
- DESPLAND B., VON BALLMOOS C. (2010), La prise en charge, par l'assurance-maladie, des soins dispensés par un membre de famille, in : Sécurité sociale CHSS, 6, p. 352 – 354.
- DORENLOT P., ARMBRUSTER S. (2002), Prise en charge de la « dépendance » en Allemagne : l'assurance soins de longue durée – Evolution depuis 1995, in : Santé, société et solidarité, N° 2, 2002, p. 123 – 132.
- DREYER P., ENNUYER B. (dir.) (2007), Quand nos parents vieillissent, Paris (Autrement).
- ENNUYER B. (2006), Repenser le maintien à domicile, Enjeux, acteurs, organisation, Paris (Dunod).
- ENNUYER B. (2007), L'accompagnement par les familles : un rôle complexe mais irremplaçable, entre travail matériel, relation d'aide et lien affectif, in : DREYER P., ENNUYER B. (dir.) (2007), Quand nos parents vieillissent, Paris (Autrement), p.197-212.
- EUROFAMCARE (2006), Services for Supporting Family Carers of Elderly People in Europe : Characteristics, Coverage and Usage ([www.uk.e.de/extern/eurofamcare/deli.php](http://www.uk.e.de/extern/eurofamcare/deli.php)).
- FUX B. (ET AL.) (2006), Soigner, garder et payer. La famille et les phases tardives de la vie, Berne, Commission fédérale de coordination pour les questions familiales COFF, Berne.
- GREBER P.-Y. et al. (2010), Droit suisse de la sécurité sociale, Berne (Schulthess).
- GREUTER S., SCHILLIGER S. (2009), « Ein Engel aus Polen » : Globalisierter Arbeitsmarkt im Privathaushalt von Pflegebedürftigen, in : Denknetz Jahrbuch 2009 ([www.denknetz-online.ch](http://www.denknetz-online.ch)).
- GUINCHARD B. (2009), Remboursement partiel des soins : quel statut politique pour les soins dans l'assurance-maladie, Rapport final, REA.
- HÖPFLIGER F., BAYER-OGLESBY L., ZUMBRUNN A. (2011), La dépendance des personnes âgées et les soins de longue durée, in : Cahiers de l'Observatoire suisse de la santé, Berne (Hans Huber).
- JACCARD RUEDIN H., WEAVER F., ROTH M., WIDMER M. (2009), Personnel de santé en Suisse – Etat de lieux et perspectives jusqu'en 2020, Neuchâtel (Observatoire suisse de la santé).
- KIESER U. (2009), Alter und Sozialversicherung – unter besonderer Berücksichtigung von versicherungsrechtlichen Aspekten, in : HILL, Zurich, 2009 Monatsflash N. 9.
- LANDOLT H. (2002) Pflegerecht, volume II : Schweizerisches Pflegerecht, Bern (Staempfli).

- LANDOLT H. (2009), Soziale Sicherheit von Pflegenden Angehörigen, in : AJP/PJA 10/2009, p. 1233-1246.
- LANDOLT H. (2010), Der Angehörigenschaden und soziale Sicherheit der pflegenden Angehörigen, in: WEBER S., FUHRER S. édit., Haftpflichtrecht, Versicherungsrecht; 1, Zurich (Schulthess), p. 59 – 97.
- LANDOLT H. (2011), Delegation von Pflegeverrichtungen an nicht diplomierte Hilfskräfte und Laien, in: AJP/PJA 3/2011, p. 349 – 359.
- LANDOLT H. (2011), Die EL als Pflegeversicherung, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, Berne, H. 2, p. 184 – 206.
- LAVOIE J.-P. (2007), « Aider » ou « prendre soin » d'un membre âgé de la famille ?, in : DREYER P., ENNUYER B. (dir.), Quand nos parents vieillissent, Paris (Autrement), p. 84-94.
- LONGCHAMP G. (2004), Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale en cas de séjour à l'hôpital, en établissement médico-social et/ou en cas de soins à domicile, Berne (Staempfli).
- MARTIN M., MOOR C. (2010), Kantonale Alterspolitik in der Schweiz, in: Beiträge zur sozialen Sicherheit, Forschungsbericht 11/10, Berne (OFAS).
- Message relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (6<sup>e</sup> révision, premier volet), du 24 février 2010, FF 2010 p. 1647-1764.
- OCDE (2005), Les soins de longue durée pour les personnes âgées (OCDE), [www.oecd.org](http://www.oecd.org) (06.12.2011).
- OCDE (2011), Suisse – Soins de longue durée, 18 mai 2011, [www.oecd.org/dataoecd/41/53/48432450.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/41/53/48432450.pdf) (06.12.2011).
- OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS) (2008), Bénéficiaires d'une allocation pour impotent de l'AI : Remboursement de l'aide, des soins et des tâches d'assistance par les prestations complémentaires, Rapport de recherche no 6/08, Berne.
- PENNEC S. (2009), Comment les enfants s'occupent-ils de leurs parents ?, in : DREYER P., ENNUYER B. (dir.), Quand nos parents vieillissent, Paris (Autrement), p. 105-122.
- PERRIG-CHIELLO P., HÖPFLIGER F., SCHNEGG B. (2010), Pflegende Angehörige von älteren Menschen in der Schweiz, SwissAgeCare-2010, Forschungsprojekt im Auftrag von Spitex-Schweiz ([www.spitex.ch](http://www.spitex.ch)).
- PIFFNER-RAUBER B. (2003), Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege, Zurich (Schulthess).
- STAEHELIN A. (1996), Der Arbeitsvertrag: Art. 319 – 362 OR, Zürcher Kommentar (ZKomm), vol. V/2c, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich (Schulthess).
- STAEHELIN A., (2006), Der Arbeitsvertrag: Art. 319 – 330a OR, Zürcher Kommentar (ZKomm), vol. V/2c 4<sup>ème</sup> éd., Zurich (Schulthess).
- STREIFF U., VON KAENEL A. (2006), Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 6<sup>ème</sup> éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess).
- TERCIER P., FAVRE P. G., EIGENMANN A. (2009), Les contrats de travail, in : TERCIER P., FAVRE P. G. édit., Les contrats spéciaux, 4<sup>ème</sup> éd., Genève, Zurich, Bâle (Schulthess).
- WÄCHTER M., KÜNZI K. (2009), Fachbericht Organisation und Finanzierung der Langzeitpflege im Kanton Uri. ([www.ur.ch/dateimanager/pflegefinanzierung-schlussbericht-bass.pdf](http://www.ur.ch/dateimanager/pflegefinanzierung-schlussbericht-bass.pdf)) (04.01.2010).
- WÄCHTER M., KÜNZI K. (2011), Grenzen von Spitex aus ökonomischer Perspektive, Kurzstudie im Auftrag des Spitex Verbands Schweiz, Berne, BASS.
- WYLER R. (2008), Droit du travail, 2<sup>ème</sup> éd., Berne (Staempfli).

