

SOCIAL

L'assurance des établissements publics sociaux et médico-sociaux

A la tête d'un patrimoine souvent non négligeable et face à des risques de responsabilité et de prise en charge des arrêts maladie d'envergure, les établissements publics à caractère social constituent une catégorie d'assurés silencieuse, mais ô combien d'importance.



VLADIMIR ROSTAN D'ANCEZUNE

Avocat au barreau de Paris et au Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos-Aires
Chargé d'enseignement à l'université Panthéon, Assas, Paris II et à l'EHESP

Afin d'assurer la mission à caractère social qui leur est dévolue, les collectivités locales ont créé des établissements publics à caractère social dont la mission de service public est notamment l'accueil des personnes en difficulté sociale ou familiale, ou en situation de dépendance (handicap mental, physique, sensoriel, polyhandicap et des personnes âgées). La question de l'assurance de ces établissements réunit en son sein la spécificité du caractère public de l'établissement et celle du régime statutaire des agents titulaires ou non exerçants au cœur de celui-ci.

UNE ASSURANCE SOUMISE AUX MARCHÉS PUBLICS

Aux termes d'une jurisprudence du Conseil d'Etat, la haute juridiction administrative soustrayait les contrats d'assurances des personnes morales de droit public du champ d'application du code des marchés publics⁽¹⁾. Cette exclusion des polices d'assurance a été modifiée à la suite notamment de la directive européenne du 18 juin 1992⁽²⁾ modifiée par la directive du 31 mars 2004⁽³⁾.

Suivant les articles 1 et 2 du décret du 7 janvier 2004⁽⁴⁾, les marchés publics sont définis comme « les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées » notamment par les établissements publics « autres que ceux à caractère industriel et commercial ». Ainsi, les contrats à titre onéreux, comme les polices d'assurance, conclus par les établissements publics administratifs⁽⁵⁾ sont soumis au code des marchés publics.

Aux termes d'une jurisprudence constante du tribunal des conflits, un service public est caractérisé d'industriel et commercial si, par son objet, l'origine de ses ressources et ses modalités de fonctionnement, il est comparable à une personne morale de droit privé. C'est donc négativement par rapport aux établissements publics industriels et commerciaux (Epic) que sont caractérisés les établissements publics administratifs.

Exerçant une mission exclusivement sociale, les établissements publics sociaux ont un objet qui n'est en rien comparable avec celui d'un Epic. Par ailleurs, leurs ressources financières ont pour origine des dotations publiques et leur mode de fonctionnement répond aux exigences du droit public. Les établissements publics sociaux sont donc des établissements publics administratifs.

Afin de circonscrire le champ d'application du code des marchés publics à l'assurance des établissements publics sociaux, il convient de déterminer l'étendue des catégories d'assurance concernées par ces dispositions. Autrement posé, il s'agit de déterminer la nature des services d'assurance en cause et le seuil à partir duquel le code des marchés publics s'applique.

► La notion de services d'assurance

Les services d'assurance sont soumis aux prestations réglementées du code des marchés publics. La notion de service d'assurance regroupe tant celle de l'assurance elle-même que celle des intermédiaires qui fournissent un service.

L'assurance pouvant être définie comme « le contrat par lequel un souscripteur se fait promettre par un assureur une prestation en cas de réalisation d'un risque, moyennant le

paiement d'un prix, appelé prime ou cotisation » et tant les directives communautaires applicables que le code des marchés publics ne faisant pas de distinction entre les différents types d'assurance, il y a lieu de considérer que toutes les assurances sont potentiellement

concernées par l'application du code des marchés publics. Aussi, quant à la nature des assurances concernées par l'application du code des marchés publics, il n'y a pas lieu de procéder à l'exclusion de certaines d'entre elles. Par

conséquent, l'ensemble des assurances de responsabilité, de dommage ou de personnes souscrites pour le compte même de l'établissement public social, ou pour le compte de qui il appartiendra, est soumis au code des marchés publics. Outre l'application du code des marchés publics à l'ensemble des catégories d'assurances, il y a lieu de s'interroger sur l'application de celui-ci aux intermédiaires d'assurance qui proposent dans une certaine acception des services d'assurance.

Aux termes d'une circulaire interprétative en date du 27 juillet 1998 ⁽⁶⁾, le ministre de l'Economie et des Finances distingue deux hypothèses. La première est celle où le courtier est rémunéré par l'assureur, la seconde est celle où il est rémunéré par la personne morale publique, dans notre étude par l'établissement public à caractère social.

Concernant la première hypothèse, le contrat avec le courtier n'étant conclu qu'entre personnes morales de droit privé, sans intervention dans la convention de l'établissement public à caractère social, il n'y a pas lieu de retenir l'application du code des marchés publics. En revanche, concernant la seconde hypothèse, si la commission perçue par le courtier est versée directement par l'établissement public social, la convention de courtage conclue entre la personne morale de droit public et le courtier paraît répondre aux conditions des articles 1 et 2 du décret du 7 janvier 2004. Rien dans la directive de 1992 ne per-

met de conclure que les intermédiaires d'assurance ne fourniraient pas un service d'assurance. La commission du courtier étant comprise dans le chargement de la prime d'assurance, laquelle sert de base au calcul des seuils d'application du code

des marchés publics, il n'y aurait pas lieu d'exclure les intermédiaires des règles de publicités et de concurrence édictées en matière de marchés publics.

Il faut cependant relever que les intermédiaires d'assurance ne sont pas seulement soumis à l'application du code des

marchés publics dans l'hypothèse où l'intermédiaire participe directement à la conclusion de la police d'assurance. Ainsi, un intermédiaire d'assurance qui effectuerait une mission d'audit pour le compte d'un établissement public à caractère social est soumis à l'application du code des marchés publics pour la conclusion de son contrat avec cet établissement en tant que prestataire de services rétribué d'un « pouvoir adjudicateur ».

Seuil d'application du code des marchés publics

L'application du code des marchés publics à la passation d'un marché a pour effet de soumettre la conclusion du contrat à une procédure de publicité et de mise en concurrence souvent lourde. C'est pourquoi les textes européens ne soumettent l'application de règles propres aux contrats de marché public qu'au cas de dépassement de certains seuils. Pour l'appréciation des seuils déclencheurs, la directive de 1992 renvoie aux marchés publics de fourniture.

Suivant l'article 28 du décret du 7 janvier 2004, le seuil des marchés « en dessous duquel la procédure adaptée est possible est de 150 000 € HT pour l'Etat et de 230 000 € HT pour les collectivités territoriales ».

Ces seuils ont été modifiés à la suite du décret du 26 décembre 2007 ⁽⁷⁾. Ils sont désormais de 133 000 € HT pour les fournitures et les services de l'Etat. Ils ont été rabaisés à 206 000 € HT

L'application du code des marchés publics à la passation d'un marché a pour effet de soumettre la conclusion du contrat à une procédure de publicité et de mise en concurrence souvent lourde.

LES SEUILS DÉFINIS POUR LES MARCHÉS PUBLICS

| Seuil HT du marché | Procédure | Publicité obligatoire |
|------------------------------|-----------------------------|--|
| Marché inférieur à 4 000 € | aucune procédure spécifique | non |
| Marché de 4 000 à 90 000 € | procédure adaptée | modalités de publicités adaptées en fonction des caractéristiques du marché |
| Marché de 90 000 à 206 000 € | procédure adaptée | publication d'un avis d'appel public à la concurrence soit dans le <i>Bulletin officiel des annonces des marchés publics</i> , soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales |
| Marché supérieur à 206 000 € | appel d'offres | publication d'un avis d'appel public à la concurrence dans le <i>Bulletin officiel des annonces des marchés publics</i> et dans le <i>Journal officiel de l'Union européenne</i> |

Conformément à l'article 40 du code des marchés publics, quatre niveaux de seuils ont été définis pour les marchés publics.

► pour les fournitures et les services des collectivités territoriales auxquels se rattache la majorité des établissements publics sociaux.

Suivant l'article 5 de l'arrêté du 22 avril 1998⁽⁸⁾, pour calculer le seuil, si le contrat est inférieur à 48 mois, il faut prendre en compte la valeur totale estimée du contrat. En revanche, si le contrat est d'une durée supérieure à 48 mois, il convient de multiplier la valeur mensuelle par 48.

Suivant les mêmes dispositions, le montant à prendre en compte pour le calcul du seuil est la prime payable.

Enfin, aux termes de la circulaire du 27 juillet 1998, l'établissement public à caractère social doit « *veiller à regrouper les contrats d'assurance destinés à couvrir les risques de même nature* » pour apprécier le franchissement d'un seuil. Le texte précise même que ce regroupement pourra être fait suivant les branches d'assurance contenue à l'article R. 321-1 du code des assurances.

Conformément à l'article 40 du code des marchés publics, quatre niveaux de seuils ont été définis pour les marchés publics (voir tableau page précédente).

► Conséquences sur la nature du contrat d'assurance

La modification du paysage de l'assurance des établissements publics sociaux, opérée par la loi Murcef du 11 décembre 2001⁽⁹⁾, a été profonde. Elle dispose en effet en son article 2 que « *les marchés passés en application du code des marchés publics sont des contrats administratifs* ».

Dès lors, la question se pose de savoir si un contrat d'assurance souscrit par un établissement public à caractère social en application du code des marchés publics est un contrat ne relevant plus du droit privé, mais du droit administratif. La solution retenue est déterminante dans la mesure où si de telles polices étaient effectivement des contrats administratifs, alors elles seraient soumises aux règles spéciales du droit adminis-

La question se pose de savoir si un contrat d'assurance souscrit par un établissement public à caractère social en application du code des marchés publics ne relève plus du droit privé, mais du droit administratif.

tratif et relèveraient par ailleurs de la compétence exclusive des juridictions de l'ordre administratif. Ce serait donc une part importante du contentieux de l'assurance qui basculerait du juge judiciaire vers le juge administratif. C'est ici un risque non négligeable de difficulté pour l'assureur de prévoir sa prise de risque au regard de l'appréciation faite par les juridictions administratives du droit des assurances. En effet, il n'est pas certain que la jurisprudence du Conseil d'Etat soit en tout point conforme à celle de la Cour de cassation.

Jusqu'à la réforme de 2001 et suivant une jurisprudence constante du tribunal des conflits⁽¹⁰⁾, la soumission d'un contrat au code des marchés publics n'emportait pas le caractère administratif de celui-ci. La Cour de cassation avait d'ailleurs elle aussi adopté

la même position dans un arrêt normatif du 17 décembre 1996⁽¹¹⁾ retenant très clairement que « *la soumission d'un contrat aux dispositions du code des marchés publics ne lui confère pas par elle-même le caractère d'un contrat administratif* ».

Il y a lieu dorénavant de considérer que le caractère administratif du contrat d'assurance souscrit par un établissement public à caractère social fonde la compétence du juge administratif, lequel devra faire prévaloir les dispositions législatives du code des assurances sur toute règle contraire fixée par une disposition de nature réglementaire du code des marchés publics⁽¹²⁾. Se pose enfin la question qui reste entière de la primauté des dispositions réglementaires du code des assurances sur le droit administratif.

SPÉCIFICITÉS DES GARANTIES DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS SOCIAUX

Deux cas principaux peuvent être mis en relief concernant l'assurance des établissements publics sociaux. Il faut en effet relever la spécificité de l'assurance construction et l'hypothèse particulière des risques statutaires.

► Une application spécifique en assurance construction

Une première spécificité apparaît en matière d'assurance construction des établissements publics à caractère social. Elle concerne les seuils déclenchant l'application des procédures en vigueur en matière de marché public.

Suivant une réponse ministérielle en date du 6 décembre 1999⁽¹³⁾, « *par dérogations aux règles applicables pour la détermination des montants estimés des contrats d'assurance à comparer au seuil de publicité, les seuils au-delà desquels les acheteurs publics doivent se conformer aux procédures de passation des marchés publics s'apprécieront pour les contrats d'assurance construction par opération de construction, et non par catégories de contrats couvrant des risques de même nature* ». Ainsi, le fractionnement de l'opération d'assurance est ici consacré et simplifie les procédures à mettre en œuvre en élargissant modérément le champ d'application des procédures lourdes de mise en concurrence voulue par la directive du 18 juin 1992.

Une seconde spécificité de l'assurance construction apparaît pour les établissements publics à caractère social. Elle est relative à l'assurance dommages-ouvrage. En effet, si l'alinéa 1^{er} de l'article L. 242-1 du code des assurances impose la souscription d'une assurance de dommages-ouvrage en cas de travaux de bâtiment, l'alinéa 2 de ce même article dispense de cette obligation les personnes morales de droit public qui font réaliser pour leur compte des travaux de bâtiment, pour un usage autre que l'habitation.

L'obligation d'assurance subsiste donc pour les personnes morales de droit public qui effectuent des travaux de bâtiment à usage d'habitation. Dans cette hypothèse, les établissements publics sociaux sont soumis à l'obligation d'assurance. Au sens du code des assurances, sont par exemple des bâtiments d'habitation ceux à usage de logement et les foyers de jeunes travailleurs et de personnes âgées. Ainsi, nombre d'établissements publics sociaux resteront concernés par l'obligation d'assurance. Les hôpitaux quant à eux ne constituent pas des bâtiments à usage d'habitation au sens du code des assurances.

La mission des établissements publics sociaux étant principalement l'accueil des personnes en difficulté sociale ou familiale, de celles en situation de handicap mental, physique, sensoriel, polyhandicap, des personnes âgées, l'exception de l'article L. 242-1 alinéa 2 du code des assurances ne trouvera à s'appliquer que dans des situations marginales. En effet, le plus souvent, les travaux de bâtiment concerneront des bâtiments où se trouve un foyer d'habitation pour lesquelles une assurance dommage ouvrage devra obligatoirement être souscrite.

► L'assurance des risques statutaires

L'assurance des risques statutaires a pour objet de couvrir le remboursement des prestations statutaires mises à la charge de l'établissement public social par application de la loi du 9 janvier 1986⁽¹⁴⁾ portant statut de la fonction publique hospitalière et du décret du 6 février 1991⁽¹⁵⁾ et notamment à ses articles 10 et suivants.

Cette couverture d'assurance permet le remboursement de tout ou partie des charges qui incombent à l'établissement public

Le coût annuel moyen des absences pour raison de santé, par agent, a augmenté de 23 % en huit ans dans la fonction publique hospitalière à laquelle sont rattachés les établissements publics sociaux.

social en cas de décès, maladie ordinaire, congé longue maladie, congé longue durée, maternité ou accident et maladie imputables au service.

Les droits à la retraite des agents des établissements publics à caractère social sont quant à eux fixés par le décret du 26 décembre 2003⁽¹⁶⁾ et sont soumis à un autre régime. Ils s'apparentent étroitement à ceux des fonctionnaires de l'Etat. Les agents titulaires ou stagiaires des établissements publics à caractère social sont soumis au régime des obligations statutaires de la fonction publique hospitalière. Ces agents permanents et stagiaires sont affiliés à la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales (CNRACL).

Sauf contrat d'assurance spécifique, les établissements publics sociaux sont leur propre assureur pour les droits statutaires. Il n'existe pas de régime social géré par un organisme unique spécifique à adhésion obligatoire ou facultative.

Le coût, souvent très important, des prestations relevant du régime statutaire doivent amener le directeur l'établissement public à caractère social à se poser la question de leur garantie au travers d'une police d'assurance.

Le coût annuel moyen des absences pour raison de santé, par agent, a augmenté de 23 % en huit ans dans la fonction publique hospitalière à laquelle sont rattachés les établissements publics sociaux.

Aux coûts directs de l'arrêt (indemnités journalières, charges patronales, frais médicaux) s'ajoutent par ailleurs les coûts indirects qui sont souvent trois à cinq fois supérieurs.

Le coût des indemnités journalières d'un arrêt maladie moyen est d'environ 4 800 € et de 45 000 € pour les accidents graves.

A retenir

- 1 Les établissements publics sociaux relèvent de la catégorie des établissements publics administratifs. Dans la passation de leur marché de services, et notamment d'assurance, ces établissements sont par conséquent tenus de respecter les mesures de publicités et de concurrence spécifiques du code des marchés publics.
- 2 La nature et la mission des établissements publics sociaux emportent un certain nombre de conséquences assurantielles. Celles-ci concernent notamment l'assurance construction et les risques statutaires des agents et stagiaires de l'établissement.

En cas d'accident de trajet grave entre le domicile et l'établissement public, l'impact financier des indemnités journalières et des frais médicaux avoisinent parfois très rapidement les 600 000 €. L'absentéisme pour raison de santé constitue une charge importante pour les établissements publics sociaux. Ces établissements reçoivent des pensionnaires en détresse et leurs agents évoluent dans un milieu stressant. Cet environnement provoque des symptômes subjectifs douloureux liés à la somatisation du stress tels que les contractures musculaires ou les dorsalgies.

Afin de prévenir au maximum l'impact des risques statutaires, un système alliant plan de prévention et garantie d'assurance devrait être mis en place dans les établissements publics sociaux malgré le coût important de la police d'assurance. •

(1) CE, 12 octobre 1984, n° 34.671, *Chambre syndicale des agents d'assurance des Hautes-Pyrénées*, Rec CE 1984, p. 236.

(2) Directive Cons. CE n° 92/50, 18 juin 1992, JOCE 24 juillet 1992, n° L 2009.

(3) Directive du Parl. et du Cons. CE n° 2004-18, 31 mars 2004, JOCE 30 avril 2004 ; n° L 134.

(4) Décret n° 2004-15, 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, JORF n° 6 du 8 janvier 2004 p. 703.

(5) TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain*, Rec CE 1921, p. 91.

(6) Circ, 27 juillet 1998, Bulletin d'actualité Lamy assurances 1999, C.

(7) Décret n° 2007-1850 du 26 décembre 2007 modifiant les seuils applicables aux marchés passés en application du code des marchés, JORF n° 0302 du 29 décembre 2007.

(8) Arrêté du 22 avril 1998 modifiant et complétant l'arrêté du 9 février 1994, modifié par l'arrêté du 17 janvier 1996, relatif au seuil de publicité des marchés publics et de certains contrats soumis à des règles de publicité, JORF n° 112 du 15 mai 1998 p. 7383.

(9) Loi n° 2001-1168 dite loi Murcef du 11 décembre 2001, JORF 12 décembre 2001, p. 19703.

(10) TC, 5 juillet 1999, n° 3142, *Commune de Sauve c/société Gestetner*.

(11) Cass, 1^{re} Civ, 17 décembre 1996, n° 94-19.885.

(12) Instruction 28 août 2001, JORF 8 septembre 2001.

(13) Rép. Min. à QE n° 29334, JOAN Q 6 décembre 1999, p. 6976.

(14) Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 dite *Le Pors* portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, JORF du 11 janvier 1986 p. 535.

(15) Décret n° 91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, JORF n° 35 du 9 février 1991 p. 2058.

(16) Décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales, JO 30 décembre 2003.