



HAL
open science

Marchés publics d'assurance

Frédéric Allaire

► **To cite this version:**

Frédéric Allaire. Marchés publics d'assurance. JurisClasseur Contrats et Marchés publics [Encyclopédie juridique Juris-classeur], 2024, fasc. 644. hal-04916636

HAL Id: hal-04916636

<https://hal.science/hal-04916636v1>

Submitted on 28 Jan 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Points-clés

- Les marchés publics d'assurance sont les contrats d'assurance passés sous l'empire du Code des marchés publics. Le droit des assurances et le droit des contrats administratifs ne sont pas incompatibles (V. n° 3).
- Les intermédiaires d'assurance ne sont pas exclus des procédures de mise en concurrence des entreprises et organismes d'assurance. Ils doivent acquérir un statut contractuel conforme au droit des marchés publics (V. n° 57 à 65).
- Les obligations d'ordre public imposées par le Code des assurances peuvent faire l'objet d'aménagements pour prendre en compte les nécessités de continuité de couverture des risques de l'Administration (V. n° 81 à 98).

I. Généralités

§ 1 Origine communautaire

Depuis la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (Cons. CE, dir. 92/50/CEE, 18 juin 1992 : JOCE n° L 209, 24 juill. 1992, p. 1 à 24 abrogée et remplacée par PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004 : JOUE n° L 134, 30 avr. 2004, p. 114), les services d'assurances sont soumis aux obligations de mise en concurrence et de publicité prévues par cette même directive et par effet de transposition, au droit des marchés publics en France, tel qu'il figurait historiquement dans le Code des marchés publics et désormais dans le Code de la commande publique.

§ 2 Problématiques

L'introduction des services d'assurances dans l'annexe A I de la directive du 18 juin 1992 a suscité de nombreuses controverses relativement à la compatibilité du droit des assurances et du droit des marchés publics, d'une part, et à la qualification administrative des contrats d'assurance passés sous l'empire du Code des marchés publics, d'autre part de sorte que le ministère de l'Économie et des Finances a d'abord cherché à répondre aux difficultés soulevées par la soumission des services d'assurances au droit des marchés publics aux moyens de plusieurs circulaires dont la dernière date du 24 décembre 2007 (JO 10 avr. 2008, p. 6036, NOR : ECEM0755510C). En dépit de ces clarifications, l'assurance du secteur public s'avère complexe en raison des difficultés que rencontrent les collectivités publiques pour trouver des garanties d'assurance, pérennes alors même que les primes d'assurances constituent un poste élevé de dépenses pour les personnes publiques pour un montant total annuel évalué à près de 1,5 milliards d'euros (M. Auteuil, Achat d'assurance : Trib. assur. 2020, n° 256, p. 44).

A. Compatibilité entre le droit des assurances et le droit des marchés publics

§ 3 Absence d'incompatibilités

La question de la compatibilité des régimes juridiques s'est naturellement posée à l'occasion de la transposition de la directive du 18 juin 1992 dans la mesure où le Conseil d'État, dans un arrêt du 12 février 1984, Chambre syndicale des agents d'assurance des Hautes-Pyrénées avait jugé que les contrats d'assurances ne pouvaient être assujettis au Code des marchés publics parce que " le Code des assurances soumet les contrats d'assurances en raison de leur nature à un régime propre qui a pour effet de les exclure du champ d'application du Code des marchés publics ". Quelles que furent les raisons de cette incompatibilité, le Conseil d'État a rejeté par la suite, dans un arrêt du 28 avril 2003 (CE, 28 avr. 2003, n° 233343, Féd. des Courtiers d'Assurance, Gras Savoye, Gras Savoye Sega et Verspieren : JurisData n° 2003-065286 ; BJCP 2003, p. 286, concl. D. Piveteau), le recours introduit par les courtiers d'assurance contre le Code des marchés publics issu du décret du 7 mars 2001, jugeant ainsi, que le droit des

assurances ne comporte pas (plus) de dispositions incompatibles avec le droit des contrats administratifs et le droit des marchés publics. Si l'arrêt du Conseil d'État du 28 avril 2003 apparaît plus orthodoxe que celui de 1984 en ce qu'il ne nous semble pas que puisse être fait état d'incompatibilités naturelles entre le droit des contrats publics et le droit des assurances, cela ne signifie pas pour autant que l'articulation de ces régimes soit cohérente (F. Allaire, Les marchés publics d'assurance, contribution à la théorie de la formation des contrats : LGDJ, 2007 ; la résiliation unilatérale des marchés publics d'assurance : RFDA 2005, p. 1099).

B. Soumission au droit des contrats administratifs

§ 4 Loi MURCEF

Par ailleurs, depuis la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001 : JO 12 déc. 2001, p. 19703), les contrats passés sous l'empire du Code des marchés publics sont des contrats administratifs. Cette qualification posée par l'article 2 a mis un terme à l'application des critères jurisprudentiels auparavant utilisés pour identifier la nature des contrats passés conformément au droit des marchés publics qui avait pour effet de conserver aux marchés publics d'assurance le statut de contrat privé. En conséquence, cette disposition avait abouti à l'unification du contentieux des marchés publics devant le juge administratif ainsi qu'à la soumission à la théorie générale des contrats administratifs de tous les marchés publics. Depuis l'adoption de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, la qualification législative n'embrasse plus aussi largement les contrats passés sous l'empire du droit des marchés publics dans la mesure où seuls les marchés publics passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs. Néanmoins, l'article L. 6 du Code de commande publique qui fonde désormais la nature administrative des marchés publics, ne remet pas en question ce qu'a constitué l'enjeu de l'adoption de la loi MURCEF dans la mesure où il reste acquis que les contrats d'assurance souscrits par les collectivités et établissements publics ne sont plus des contrats de droit privé comme ce fut le cas historiquement.

§ 5 Unification du contentieux

À cet égard, la loi MURCEF a essentiellement abouti à confier à la juridiction administrative la compétence de trancher les litiges relevant de l'exécution des marchés publics d'assurance, auparavant réservés aux juges judiciaires. Le transfert de compétences interroge quant à savoir si le juge administratif reprendra la jurisprudence judiciaire en l'état ou bien s'il apportera des aménagements. En outre, le juge administratif peut être amené à se prononcer sur des litiges relatifs à l'application du droit des assurances portant sur des questions qui n'ont pas été tranchées préalablement par le juge judiciaire. Ces interrogations avaient suscité une vive réaction parmi les professionnels de l'assurance (C. Tourrain, Les marchés publics d'assurance : du baroque au surréalisme : Gaz. cnes 2001, n° 28, p. 245) et dans la doctrine (F. Moderne, Faut-il vraiment "administrativiser" l'ensemble des marchés publics ? : AJDA 2001, p. 707). Les quelques jurisprudences sur ces questions depuis la soumission des services d'assurance au droit des marchés publics ainsi qu'à la loi MURCEF ne permettent pas de vérifier cette hypothèse.

L'adoption de l'article 2 de la loi MURCEF a abouti à prolonger la jurisprudence d'unification du contentieux de l'assurance des personnes publiques considérant que les actions en garantie relevaient du contentieux administratif, même entre deux personnes privées, lorsque l'assureur mis en cause intervient en application d'un contrat administratif (T. confl., 22 mai 2006, n° 3503, OPHLM de Montrouge c/ SMACL : JurisData n° 2006-302565 ; AJDA 2006, p. 1741 . - Cass. 1re civ., 23 janv. 2007, n° 04-18.630, Cne Argenton-sur-Creuse : JurisData n° 2007-037030 ; AJDA 2007, p. 225 . - CAA Lyon, 9 avr. 2009, n° 06LY01217, Synd. du Bois de l'Aumône. - CAA Lyon, 24 juin 2008, n° 06LY01477, CIGAC. - CE, 31 mars 2010, n° 333627, Mme R. : JurisData n° 2010-002949 ; JCP A 2010, 2161, note D. Bailleul. - CE, 15 mai 2013, n° 357810, Communauté de communes d'Épinal-Golbey : JurisData n° 2013-009507 ; AJDA 2013, p. 1026 .

- CE, 10 févr. 2017, n° 397630, Mutuelle des architectes Français : JurisData n° 2017-002289 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 90, note P. Devillers ; AJDA 2017, p. 1030 ; RDI 2475, note A. Galland).

Par ailleurs, le juge administratif semble transposer avec constance la jurisprudence de la Cour de cassation quant à l'interprétation du Code des assurances (CE, 23 déc. 2015, n° 376527, Cne Montereau-Fault-Yonne : JurisData n° 2015-028966 ; JCP A 2016, 2233 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 87, note J.-P. Pietri. - CE, 26 mars 2018, n° 405109, Sté Axa France IARD : JurisData n° 2018-004527 ; JCP A 2018, act. 323 ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 106, note P. Devillers ; AJDA 2018, p. 659 ; RDI 2018, p. 461 , obs. J. Roussel. - CE, 5 juill. 2017, n° 396161, OPH de la Haute-Garonne : JurisData n° 2017-013413 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 231, note P. Devillers ; AJDA 2017, p. 1425 . - CE, 26 janv. 2018, n° 414337, Sté Futura Play : JurisData n° 2018-000994 ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 58, note P. Devillers ; RDI 2018, p. 508 , obs. A. Galland).

On relèvera néanmoins que les droits des contrats publics et du contentieux administratif sont susceptibles d'emporter à la marge, des méthodes d'application du droit d'assurance distinctes du juge judiciaire comme cela fut procédé par le Conseil d'État dans son arrêt du 6 décembre 2017 (CE, 6 déc. 2017, n° 396751, Sté Axa Corporate Solutions Assurances : JurisData n° 2017-024814 ; AJDA 2017, p. 2438 ; AJCT 2018, p. 214, obs. M. Bahouala ; RTD com. 2018, p. 70 , obs. F. Lombard ; RDI 2019, p. 171 , obs. A. Galland) dans lequel il interprète l'article L. 113-8 du Code des assurances relatif aux causes de nullité d'un contrat d'assurance en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle en faisant application de la jurisprudence Béziers I (CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, Cne Béziers : JurisData n° 2009-017292 ; Lebon, p. 509, concl. E. Glasser ; JCP A 2010, 2072, note F. Linditch ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 123, note P. Rees ; AJDA 2010, p. 4 ; AJDA 2010, p. 142 , chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; D. 2011, p. 472, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RDI 2010, p. 265 , obs. R. Noguellou ; AJCT 2010, p. 114, pratique O. Didriche ; RFDA 2010, p. 506, concl. E. Glaser ; RFDA 2010, p. 519, note D. Pouyaud ; RTD com. 2010, p. 548 , obs. G. Orsoni ; Rev. UE 2015, p. 370, étude G. Eckert ; BJCP 2010, p. 138 , obs. C. Maugüé).

§ 6 Soumission à la théorie générale des contrats administratifs

Par ailleurs, la soumission à la loi MURCEF soulève la question des effets juridiques de la soumission à la théorie générale des contrats administratifs. À cet égard, l'assujettissement au droit des contrats administratifs peut présenter certains avantages économiques pour le marché de l'assurance. Certes, les marchés publics d'assurance peuvent être, en application de cette théorie, résiliés unilatéralement par la personne publique pour des motifs d'intérêt général. Néanmoins, ce risque est marginal à la fois parce qu'il est prévu dans le Code des assurances des moyens de résiliation unilatérale par l'assuré ou le souscripteur, mais encore parce que ces moyens ne sont pas conditionnés à un motif d'intérêt général toujours soumis à interprétation et à l'obligation de compenser les pertes générées par l'achèvement prématuré du contrat. En revanche, la soumission à la théorie générale des contrats administratifs pourrait notamment au moyen de la théorie de l'imprévision, présenter des perspectives de révision des stipulations contractuelles dans des hypothèses où la survenance d'un risque emporterait, en raison de son caractère imprévisible, un bouleversement de l'économie du contrat. Si l'application de cette théorie reste néanmoins hypothétique, son invocation, notamment après les attentats du 11 septembre 2001 pour justifier des augmentations considérables du montant des primes, souligne l'intérêt que peut constituer pour les assureurs, contre toute attente, la soumission des marchés publics d'assurance au droit des contrats administratifs.

C. Difficultés de l'Administration pour s'assurer

§ 7 Difficultés

La soumission des services d'assurance au droit des marchés publics continue d'être problématique en raison des difficultés que rencontrent de manière cyclique, les collectivités

territoriales et les établissements publics hospitaliers en particulier pour s'assurer. Ces difficultés se sont manifestées à certaines périodes par des résiliations par les compagnies d'assurances ou par des modifications substantielles des primes en cours de contrat. Par ailleurs, la passation des marchés publics d'assurance suivant les procédures de droit commun aboutit régulièrement à des déclarations d'infructuosité dont le nombre n'est bien souvent contenu que par l'admission de réserves qui devraient aboutir pour d'autres marchés, au rejet des offres en tant qu'offres irrégulières.

§ 8 Raisons

Les raisons de ces difficultés sont nombreuses. Elles tiennent en premier lieu à la nature des risques de l'Administration qui en raison de leurs probabilités et de leurs intensités propres, ne peuvent pas nécessairement donner lieu à une mutualisation avec les risques des particuliers ou des entreprises. La prise de conscience de cette spécificité est en partie due à la soumission au droit des marchés publics qui a incité les compagnies d'assurance à extraire la gestion de ces risques de leur portefeuille général. Par conséquent, les risques des personnes publiques constituent " une niche ", de sorte que la réparation des sinistres donne lieu à la mutualisation des primes provenant exclusivement des collectivités publiques.

Par ailleurs, les difficultés économiques de l'Administration pour s'assurer peuvent aussi être expliquées par un manque de discernement dans la sélection de candidats méconnaissant la spécificité du risque public ou adoptant un comportement commercial opportuniste. L'attribution en nombre de marchés publics d'assurance à de tels candidats dont les offres pouvaient paraître séduisantes, a produit une réduction de la concurrence et une sous-tarification aboutissant soit à des résiliations, soit des augmentations significatives de primes, soit enfin au désengagement de compagnies opportunistes de la couverture des risques publics.

En outre, la définition du besoin par l'acheteur emporte un renversement de l'adhésion qui coïncide mal avec la complexité de l'opération d'assurance dont l'assuré ne semble pas le mieux à même d'en définir les contours.

Enfin, le droit des marchés publics limite les capacités de modification des marchés pendant son exécution de sorte qu'il paraisse peu adapté au caractère aléatoire des contrats d'assurance.

II. Assurance des personnes publiques

§ 9 Bonnes pratiques

L'analyse des risques des personnes publiques et du besoin consécutif en assurance est une étape complexe qu'un guide des bonnes pratiques édité par le ministère de l'Économie et des Finances essaie d'orienter dans ses grandes lignes (www.economie.gouv.fr/daj/Guide-des-bonnes-pratiques-Guide-pratique-pour-la-).

A. " Services d'assurance "

§ 10 Effets juridiques de la notion

L'article R. 2323-2 du Code de la commande publique prévoit la soumission au droit des marchés publics des contrats ayant pour objet des "services d'assurance". Ces contrats peuvent, en fonction de leurs caractéristiques, recouvrir la qualification de marchés publics d'assurance. Par ailleurs, le montant du besoin d'assurance détermine le régime de passation de ces marchés.

1° Qualification de marchés publics d'assurance

§ 11 Intérêt

La qualification de marchés publics d'assurance conditionne l'applicabilité du droit des assurances, d'une part, et du droit des marchés publics et des contrats administratifs, d'autre part. Si les contrats ayant pour objet des services d'assurance recouvrent la notion de contrat d'assurance et emportent l'application du droit des assurances, ils ne sont pas nécessairement des marchés publics d'assurance alors même qu'ils sont passés par une personne publique.

a) Contrat d'assurance

§ 12 Définitions coïncidentes

La notion de " service d'assurances " est un terme qui n'apparaît pas dans le droit des assurances. Néanmoins, cette notion renvoie aux opérations soumises au droit des assurances. Sont ainsi des services d'assurance, les contrats d'assurance identifiés comme " les conventions par lesquelles, en contrepartie d'une prime, l'assureur s'engage à garantir le souscripteur en cas de réalisation d'un risque aléatoire prévu au contrat " (Y. Lambert-Faivre, Droit des assurances, 11e éd. 2001, p. 34). Le Code des assurances évoque le contrat d'assurance ou l'opération d'assurance, même si le contrat d'assurance n'est défini par aucun texte juridique en droit français. Le contrat d'assurance est l'émanation d'une opération technique et financière par laquelle " un assureur organise en mutualité une multitude d'assurés exposés à la réalisation de certains risques et indemnise ceux d'entre eux qui subissent un sinistre grâce à la masse commune des primes collectées " (P. Petauton, L'opération d'assurance : définitions et principes, in Encyclopédie de l'assurance, 1997, p. 427). L'applicabilité du droit des assurances est ainsi conditionnée à l'identification du caractère aléatoire du contrat d'assurance. Par conséquent, les contrats d'assurance passés par les personnes publiques sont soumis au Code des assurances, qu'il s'agisse d'un contrat conclu avec une compagnie d'assurances, d'une mutuelle soumise au Code de la mutualité ou d'une institution de prévoyance soumise au Code de la sécurité sociale.

b) Marché public d'assurance

§ 13 Problème de l'assurance pour compte

Dès lors que le besoin d'une personne publique recouvre la notion de contrat d'assurance, il peut en être déduit qu'il s'agira d'un marché public d'assurance. Néanmoins, dans l'hypothèse de stipulation pour autrui, le besoin d'assurance pourrait, alors même qu'une personne publique est partie au contrat, ne pas recevoir la qualification de marchés publics. Le droit des assurances permet, selon le procédé de l'assurance "pour le compte de qui il appartiendra" de dissocier la fonction de souscripteur de celle d'assuré.

L'exclusion du champ d'application du Code de la commande publique des contrats d'assurance passés pour le compte d'un tiers par une personne publique avait été soulevée par la circulaire du 18 décembre 2001 qui précisait que "toutefois, les contrats souscrits pour le compte de tiers, tels que les contrats "complémentaire maladie" et de "financement en prévision d'obsèques", ne constituent pas des marchés publics dans la mesure où le paiement des primes relatives à ces contrats n'est pas pris en charge par la personne publique".

§ 14 Identification du payeur de la prime

Selon l'article L. 112-1 du Code des assurances, "le souscripteur est seul tenu au paiement de la prime envers l'assureur". Cette disposition n'est cependant pas d'ordre public (C. assur., art. L. 111-2) de sorte qu'il peut donc y être dérogé par convention. Dans cette hypothèse, l'assuré devra être expressément désigné comme le payeur de la prime.

L'assurance pour le compte est, par définition, un contrat ayant pour objet un intérêt d'assurance qui n'est pas celui du souscripteur. C'est alors la provenance du paiement de la prime qui sera la manifestation d'une dissociation de ce besoin d'assurance de celui de la collectivité publique elle-même. Il semble ainsi que les contrats d'assurance pour compte souscrits par un pouvoir adjudicateur mais dont la prime serait versée par l'assuré pour qui le contrat d'assurance est conclu, ne puissent être assimilés à un marché public. Ils échappent ainsi à la qualification de marché. Tel serait le cas des primes versées par les skieurs qui deviennent assurés du contrat d'assurance passé par une commune avec une compagnie d'assurance pour la couverture des risques liés à la pratique de ce sport (Rép. min. n° 43416 : JOAN 2 oct. 2000, M.-J. Zimmermann, p. 5645).

Tel serait aussi le cas des " conventions de participation " dont l'objet est de permettre aux personnes publiques de " contribuer au financement des garanties de protection sociale complémentaire auxquelles les agents qu'elles emploient souscrivent ", à condition que leur participation soit " réservée aux contrats ou règlements garantissant la mise en oeuvre d'une solidarité entre les bénéficiaires, actifs et retraités ". Ce dispositif a pour base législative l'article 88-2, II de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 : "Pour l'un ou l'autre ou pour l'ensemble des risques en matière de santé et prévoyance, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ont la faculté de conclure avec un des organismes mentionnés au L à l'issue d'une procédure de mise en concurrence transparente et non discriminatoire permettant de vérifier que la condition de solidarité prévue à l'article 22 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée est satisfaite, une convention de participation au titre d'un contrat ou règlement à adhésion individuelle et facultative réservée à leurs agents. Dans ce cas, les collectivités et leurs établissements publics ne peuvent verser d'aide qu'au bénéfice des agents ayant adhéré à ce contrat ou règlement". Ce texte, appliqué par le chapitre 2 du décret n° 2011-1474 du 8 novembre 2011, définit les caractéristiques de la convention de participation en considérant qu'il relève d'une convention spécifique et non un marché public en ce qu'un marché public est caractérisé lorsque la somme versée par le pouvoir adjudicateur a un lien direct avec les prestations effectuées (CE, 29 nov. 2003, n° 241524, Communauté urbaine de Lyon c/ Ministère Économie : JurisData n° 2003-080448 ; Lebon, p. 767 ; Dr. fisc. 2004, comm. 461). Or, suivant la circulaire du 25 mai 2012 relative aux participations des collectivités territoriales et de leurs établissements publics à la protection sociale complémentaire de leurs agents, les conventions de participation n'ont pas pour objet de satisfaire les besoins des employeurs publics mais seulement de sélectionner un seul contrat ou règlement de protection sociale ouvrant droit aux aides destinés aux agents, satisfaisant à la solidarité exigée par la loi. Dès lors, les sommes versées à l'organisme choisi ne sont pas une rémunération de celui-ci mais des aides de la collectivité à ses agents, que l'organisme leur répercute. Ces conventions ne constitueraient donc pas des marchés publics mais des subventions exclues du champ du Code de la commande publique (CCP, art. L. 1100-1).

2° Besoin d'assurance

§ 15 Sélection de la procédure

La définition des services d'assurance est nécessaire pour choisir la procédure de publicité et de mise en concurrence. Suivant l'article R. 2323-2 du Code de la commande publique, les services d'assurance sont des marchés publics soumis aux procédures de droit commun. Dès lors, entre 40 000 et 139 000 euros hors taxes pour les autorités publiques centrales ou 214 000 euros hors taxe pour les autres acheteurs, les marchés publics d'assurance sont passés suivant les procédures adaptées et au-delà, suivant la procédure d'appel d'offres.

Suivant l'article R. 2121-6 du Code de la commande publique, "pour les marchés de fournitures ou de services, la valeur estimée du besoin est déterminée, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle". L'homogénéité peut s'apprécier en partant de la nomenclature (A. 13 déc. 2001 : JO 26 déc. 2001) aujourd'hui facultative qui couvre l'ensemble des besoins ayant trait sous quelque forme que ce soit, à l'assurance. La catégorie suit la classification du Code des assurances en fonction de la nature juridique du contrat. Ainsi, sont dissociées les assurances de dommages et de personnes. Au sein des assurances dommages, la nomenclature distingue les assurances patrimoine, dommage aux biens, les assurances automobiles, les assurances construction, les assurances transport terrestre, les assurances aviation, maritimes, fluviales et lacustres et les assurances responsabilité. Une ligne "autre assurance" est inscrite afin d'y

intégrer les éventuelles assurances dont la classification parmi les autres catégories s'avérerait problématique comme les contrats d'assistance.

Les services d'assurance peuvent néanmoins être passés suivant des procédures dérogatoires qui se limitent en ce qui les concerne, aux procédures négociées et aux procédures de dialogue compétitif.

S'agissant de la première hypothèse, les procédures négociées peuvent être suivies avec publicité et mise en concurrence lorsqu'une première procédure d'appel d'offres ou de dialogue compétitif s'est soldée par une déclaration d'infructuosité fondée sur la remise d'offres inacceptables ou irrégulières ou lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres. Une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence n'est envisageable qu'en cas d'urgence impérieuse et d'infructuosité procédant d'une absence d'offres ou de la présentation d'offres inappropriées. En pratique, les procédures négociées ne sont pas rares dans les marchés publics d'assurance au motif d'une infructuosité procédant de la réception d'offres irrégulières ou d'une absence d'offres.

S'agissant du dialogue compétitif, sa sélection est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe soit lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, soit lorsqu'il n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet. Fort logiquement, il ressort de l'article L. 2124-4 du CCP que "rien ne s'oppose à ce que la procédure de dialogue compétitif soit utilisée par les acheteurs publics pour la passation de leurs marchés de services d'assurances. Mais il faut impérativement que les conditions pour son recours soient réunies, ce qui ne devrait concerner que quelques marchés d'assurances très particuliers" (Rép. min. n° 36955 à quest. écrite de M. Bernard Roman, 6 avr. 2004 : JOAN 19 oct. 2004, p. 8116). Tel a été le cas s'agissant d'un marché de prestations d'assurances collectives en matière de prévoyance et de frais de soins de santé pour les collaborateurs du réseau de l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie pour lequel le Conseil d'État a jugé que l'ensemble des conditions prévues pour recourir au dialogue compétitif étaient réunies (CE, 11 mars 2013, n° 364551, Assemblée chambres françaises de commerce et d'industrie : JurisData n° 2013-004369 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 130, obs. W. Zimmer ; JCP A 2013, 281, p. 11 ; AJCT 2013, p. 419, obs. S. Hul ; AJDA 2013, p. 600 , obs. D. Poupeau ; BJCP 2013, p. 316 et 321 ; ACCP 132/2013, p. 12 , obs. J.-P. Jougeulet).

§ 16 Besoins courants et obligatoires

Suivant la classification en droit des assurances entre l'assurance de personnes et l'assurance de biens, il est possible de dégager les garanties couramment souscrites par les personnes publiques. Certaines sont obligatoires pour les personnes autres que l'État telles que la responsabilité du fait des véhicules terrestres à moteur (C. assur., art. L. 211.1), l'assurance dommage ouvrage, la responsabilité décennale (C. assur., art. L. 241-1, L. 241-2, L. 242-1 et L. 242-2), les épreuves et manifestations comportant la participation de véhicules terrestres à moteur (C. sport, art. L. 331-10), les épreuves et manifestations sportives sur la voie publique (C. route, art. R. 411-29), les aéroclubs, les exploitants d'aérodromes (C. aviation, art. D. 221-3 et D. 232-3), les propriétaires et exploitants d'avions et d'hélicoptères utilisant des aéroports (A. 12 juill. 1963) des hélisurfaces (A. 6 mars 1995), ou des bandes d'envol occasionnelles (A. 15 janv. 1968), les manifestations aériennes (A. 4 avr. 1996), les exploitants de remontées mécaniques (C. assur., art. L. 220-1), les transports publics de marchandises (L. LOTI, 30 déc. 1982), les assistantes maternelles (C. action soc. et fam., art. L. 421.13), les établissements recevant des enfants inadaptés ou handicapés (D. n° 56-284, 9 mars 1956), l'accueil des mineurs hors du domicile parental en centre de vacances (C. action soc. et fam., art. L. 227-5), les centres de vacances, de loisirs et groupements de jeunesse (C. action soc. et fam., art. L. 227-5), le personnel médical et pharmaceutique des établissements publics (D. n° 43-891, 17 avr. 1943), les associations communales et intercommunales de chasse (C. env., art. R. 422-38

et R. 422-72), les établissements de danse (C. éduc., art. L. 462-1), les établissements d'activités physiques et sportives (C. sport, art. L. 321-7), les personnes qualifiées pour la mise en oeuvre d'artifices de divertissement (A. 27 déc. 1990), les rassemblements festifs à caractère musical (A. 3 mai 2002), les prêts d'oeuvres de musées nationaux (D. 25 avr. 2002) et les magasins généraux (C. com., art. L. 522-16).

a) Assurance de personnes

§ 17 Assurance prévoyance

Les collectivités publiques souscrivent généralement des contrats " assurance statutaires " ou " assurance prévoyance ". Il s'agit de garanties d'assurance visant à couvrir le versement à leurs agents en activité, des sommes correspondant au maintien de traitement en cas de maladie, de maternité, d'incapacité de travail ou d'invalidité et à leurs ayants droit, du capital versé, en cas de décès (Rép. min. n° 11703 : JO Sénat 26 févr. 2015, p. 448 [quest. 22 mai 2014, Samia Ghali]).

Conformément à l' article 57 de la loi du 26 janvier 1984 , portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale (L. n° 84-53, 26 janv. 1984 : JO 27 janv. 1984), l' article 41 de la loi du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière (L. n° 86-33, 9 janv. 1986 : JO 11 janv. 1986), aux articles 36 et suivant du décret du 20 mars 1991 portant dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet (D. n° 91-298, 20 mars 1991 : JO 22 mars 1991) et des articles 7 et suivant du décret du 15 février 1988 pris pour l'application de l' article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale (D. n° 88-145, 15 févr. 1988 : JO 16 févr. 1988), les collectivités territoriales et les établissements publics hospitaliers doivent couvrir les maladies ou accidents imputables au service, les congés de longue maladie, les congés de longue durée, les mi-temps thérapeutiques, la mise en disponibilité d'office, les congés d'invalidité pour infirmité de guerre, les invalidités temporaires et les congés de maternité, de paternité ou d'adoption. Ces garanties sont généralement prolongées d'une garantie décès.

Ces contrats ne doivent pas être confondu avec les contrats d'assurance complémentaire que peuvent souscrire les agents ou auxquelles les collectivités publiques peuvent participer (V. n° 14). La Cour de cassation l'a rappelé dans une espèce relative à l'exécution d'un marché public souscrit par la commune de Plombières-les-Bains intitulé " assurance du personnel collectivités locales " ayant pour objet de lui garantir le versement ou le remboursement de charges lui incombant en vertu de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, en cas de décès, de maladie ou d'incapacité de travail de ses agents. La Cour de cassation rappelle que ces contrats ne recouvrent pas les opérations ayant pour objet la prévention ou la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque chômage en ce qu'il s'agissait d'un contrat " assurance du personnel collectivités locales " souscrit par une collectivité territoriale, ayant pour objet de garantir au seul bénéficiaire de la commune le versement ou le remboursement de charges lui incombant statutairement (Cass. 2e civ., 28 juin 2012, n° 11-14.938 : JurisData n° 2012-014208 ; publié au bulletin ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 325, note H. Groutel).

b) Assurance des biens

§ 18 Assurance dommages aux biens

L'assurance dommages aux biens consiste à couvrir les risques pouvant occasionner des dommages aux biens mobiliers et immobiliers d'une personne. Ces contrats couvrent de nombreux risques tels que les incendies, la grêle, la tempête, le vandalisme, le vol, les dommages électriques et informatiques, les dégâts des eaux, etc. Ces contrats sont généralement dénommés "tous risques saufs". Si ces garanties sont facultatives, leurs

conclusions emportent l'obligation de garantir l'assuré conformément à l'article L. 125-1 du Code des assurances contre les effets des catastrophes naturelles et conformément à l'article L. 126-2 du Code des assurances contre les risques d'attentats ou d'actes terroristes.

§ 19 Assurance automobile

Conformément à l'article L. 211-1 du Code des assurances, "toute personne physique ou toute personne morale autre que l'État, dont la responsabilité civile peut être engagée en raison de dommages subis par des tiers résultant d'atteintes aux personnes ou aux biens dans la réalisation desquels un véhicule est impliqué, doit, pour faire circuler celui-ci, être couverte par une assurance garantissant cette responsabilité, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État".

Lorsqu'un agent utilise son véhicule personnel pour effectuer une mission dans le cadre de ses fonctions, il est fait application du décret n° 2006-781 du 3 juillet 2006 (JO 4 juill. 2006) suivant lequel le véhicule est couvert par l'assurance personnelle des agents en contrepartie de l'indemnité kilométrique dont il bénéficie au titre de ses frais de mission.

§ 20 Assurance protection juridique

L'assurance protection juridique est, selon l'article L. 127-1 du Code des assurances, "toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi". Cette garantie n'est pas obligatoire. Elle fait néanmoins généralement partie de celles incluses dans un marché public d'assurance dans la mesure où elle permet à la collectivité publique de transférer vers un assureur l'obligation de protection des agents publics et des élus qui lui incombent en vertu respectivement de la loi du 13 juillet 1983 (L. n° 83-634, 13 juill. 1983 : JO 14 juill. 1983) et de celle du 10 juillet 2000 (L. n° 2000-647, 10 juill. 2000 : JO 11 juill. 2000).

§ 21 Assurance responsabilité civile

L'assurance responsabilité civile est une assurance facultative dont la portée peut permettre de couvrir les conséquences pécuniaires de la mise en cause de la responsabilité administrative des personnes publiques.

III. Assurés et souscripteurs publics

A. L'État est son propre assureur

§ 22 Définition

" L'État est son propre assureur " signifie qu'il n'a d'obligation ni d'interdiction de s'assurer. Cette règle s'étend aux établissements publics nationaux (L. Bahougne, Le principe selon lequel " l'État est son propre assureur " : RFDA 2014, p. 1167).

§ 23 Applications

Elle se manifeste dans tous les articles du Code des assurances posant aux personnes physiques ou morales autres que l'État une obligation de s'assurer, qu'il s'agisse par exemple, selon l'article L. 211-1 du Code des assurances de responsabilité automobile ou, selon l'article L. 125-1, de l'obligation de se prémunir contre les risques de catastrophes naturelles. De même, l'obligation d'assurance ne s'applique pas à l'État lorsqu'il construit pour son compte, selon l'article L. 243-1 du Code des assurances. Néanmoins, l'État ne s'interdit pas de recourir à l'assurance. Ces hypothèses sont peu nombreuses et portent généralement sur l'assurance automobile.

§ 24 État sans assurance

Pratiquement, lorsque " l'État est son propre assureur ", il est en réalité sans assurance dans la mesure où il ne pratique aucune mutualisation interne ni ne provisionne de ressources financières pour couvrir la survenance de sinistres.

B. Collectivités territoriales et établissements publics locaux

§ 25 Statut de souscripteur

Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux sont les souscripteurs essentiels du marché public de l'assurance. S'ils peuvent être leur propre assureur, ils ne peuvent, à l'instar de l'État, déroger aux obligations d'assurance prévue par le code et ce d'autant plus que dans certaines hypothèses une telle obligation a été expressément prévue à l'endroit des collectivités territoriales. Ainsi par exemple, selon l'article L. 220-1 du Code des assurances, les collectivités territoriales doivent assurer les engins de remontées mécaniques dont elles assurent l'exploitation.

§ 26 Statut d'assuré

Néanmoins, si les collectivités territoriales peuvent être assurées, elles ne sont pas nécessairement souscripteurs. Ainsi en est-il de la faculté ouverte par le décret du 14 mars 1986 (D. n° 86-552, 14 mars 1986 : JO 18 mars 1986) pris en application de l'article 26, alinéa 2, de la loi du 26 janvier 1984 (L. n° 84-53, 26 janv. 1984 : JO 27 janv. 1984) de confier aux centres de gestion la compétence de souscrire pour le compte des collectivités et établissements du département, des contrats d'assurance les garantissant contre les risques financiers découlant des maladies, accidents du travail, invalidité, décès de leurs agents. Cette faculté génère certaines interrogations quant au statut des centres de gestion dans une telle hypothèse et quant aux modalités d'intervention.

§ 27 Recours aux centres de gestion

Les centres de gestion sont des souscripteurs et non des intermédiaires entre les collectivités locales et les assureurs ou courtiers. Ils souscrivent des contrats d'assurance " pour le compte " (L. n° 84-53, 26 janv. 1984, art. 26) des collectivités locales conformément à l'article L. 112-1 du Code des assurances selon lequel "le souscripteur d'une assurance contractée pour le compte de qui il appartiendra est seul tenu au paiement de la prime envers l'assureur".

§ 28 L'assurance pour compte n'est pas un marché public

Ainsi, le rapport entre collectivités territoriales et centres de gestion ne saurait être assimilé à un marché public. Les centres de gestion ne peuvent percevoir de rétributions pour leur activité de souscription pour le compte de collectivités locales. "Les dépenses supportées par les centres de gestion pour l'exercice des missions supplémentaires à caractère facultatif que leur confient les collectivités locales ou établissements sont financées par ces mêmes collectivités ou établissements, soit dans des conditions fixées par convention, soit par une cotisation additionnelle [...]. La cotisation additionnelle perçue par les centres de gestion est assise, liquidée et versée selon les mêmes règles que la cotisation obligatoire. Son taux est fixé par délibération du conseil d'administration." (L. n° 84-53, 26 janv. 1984, art. 22). Ils ne peuvent recevoir qu'un remboursement des frais de gestion que leur occasionne la mise en oeuvre de cette compétence facultative. En conséquence, la cotisation versée par la collectivité locale adhérente ne peut être assimilée à un prix contrepartie de la satisfaction d'obligations.

§ 29 Autonomie des centres de gestion

La tentation a été forte pour les centres de gestion de voir dans cette compétence les moyens de dégager des bénéfices, soit en facturant aux collectivités locales l'acte de souscription du contrat au-delà du coût de gestion qu'il leur occasionne, soit en percevant auprès des courtiers ou des assureurs une commission en retour du placement des contrats. Certains centres de gestion se faisaient ainsi facturer " en complément de ces actes de gestion, la commercialisation du contrat d'assurance et recevaient du courtier pour l'ensemble de sa collaboration une rémunération proportionnelle au montant des primes encaissées par celui-ci. Le centre de gestion exerce ainsi une activité commerciale rémunérée contraire à son statut d'établissement

public local à caractère administratif. En outre, quelle que soit la forme de la mise en concurrence du marché de l'assurance, la perception d'une rémunération versée par le courtier obère l'indépendance du centre de gestion dans le choix de l'assureur. Qui plus est, cette rémunération est récupérée par le courtier sur les adhérents au contrat d'assurance par le biais de leur prime, calculée en conséquence " (Ch. rég. comptes Île-de-France, 16 nov. 2001 , Centre gestion fonction publique territoriale - centre départemental gestion Seine-et-Marne - Le Mée-sur-Seine).

§ 30 Interdiction de commission

La perception d'une commission par les centres de gestion en provenance du courtier ou de l'assureur choisi, est non seulement illégale (TA Marseille, 5 mars 2013, n° 1006337 , Mutuelle Nationale Territoriale : AJCT 2013, p. 256) au regard du statut d'établissement public local à caractère administratif mais encore au regard du droit des marchés publics en ce qu'elle constitue un risque d'atteinte à l'égalité entre les candidats : " la Chambre a également observé que, quelle que soit la forme de la mise en concurrence du marché de l'assurance, la perception d'une rémunération obère l'indépendance du centre de gestion dans le choix de l'assureur. De plus, cette rémunération est récupérée par l'assureur sur les adhérents au contrat d'assurance par le biais de la prime. Le centre de gestion et le courtier expliquent que le contrat de courtage, conclu postérieurement au contrat d'assurance n'aurait aucun effet sur le choix de l'assureur. Or, au vu des documents remis au cours de l'instruction, il s'avère que dans le rapport d'analyse qualitative des réponses à l'appel public à concurrence pour le marché d'assurance, la rémunération du centre de gestion fait l'objet d'un paragraphe particulier ; c'est donc bien à l'étape de la négociation du contrat d'assurance que cette question est posée et que la réponse peut être prise en considération dans les critères de sélection de l'assureur. Quant à la prise en charge du coût de cette rémunération par les collectivités adhérentes au contrat d'assurance, le centre de gestion estime que le montant de la prime serait le même dans le cas où le courtier gèrerait en totalité les dossiers de sinistre. Toutefois, cet argument ne peut justifier le fait que les collectivités ne soient pas informées des conditions financières réelles d'exécution du contrat d'assurance, en particulier de la part de la prime qui revient au centre de gestion " (Ch. rég. comptes Île-de-France, 23 nov. 2001 , Centre gestion fonction publique territoriale - Centre interdépartemental gestion petite couronne - Paris).

§ 31 Évaluation des coûts de gestion

Le recours à l'assurance pour le compte par les centres de gestion nécessite une évaluation relativement fine du coût de gestion que cette compétence leur occasionne. Dans certaines observations formulées par les Chambres régionales des comptes, il semble que les centres de gestion éprouvent quelques difficultés à évaluer ce coût (Ch. rég. comptes Provence-Alpes-Côte d'Azur, 29 août 2003 , Centre gestion fonction publique territoriale - Centre gestion fonction publique territoriale Alpes-de-Haute-Provence). Le risque consiste pour les centres de gestion à supporter le coût de gestion des contrats dont l'assureur ou le courtier tire une rétribution.

Cette compétence nécessite en plus d'une évaluation précise du coût qu'elle génère, une définition rigoureuse des missions de suivi du contrat par le centre de gestion et par le courtier ou l'assureur dans le cahier des charges.

§ 32 Besoin de trésorerie

Un autre inconvénient majeur semble limiter la portée du dispositif de souscription de contrats d'assurance par les centres de gestion pour le compte de collectivités locales. Les centres de gestion ne disposent pas toujours du fonds de trésorerie nécessaire au paiement des primes d'assurance. Selon l'alinéa 4 de l'article 26 de la loi du 26 janvier 1984 (V. n° 27) et de l'article 2 du décret du 14 mars 1986 (V. n° 27), le centre de gestion doit d'une part, acquitter les primes liées au contrat d'assurance avant d'en obtenir le remboursement et d'autre part conclure avec les collectivités bénéficiaires de l'assurance une convention pour déterminer notamment les modalités de ce remboursement. Dès lors, les collectivités locales pour le compte desquelles les centres de gestion passent des marchés publics d'assurance ne peuvent payer directement leur

prime d'assurance auprès de l'intermédiaire d'assurance ou de l'assureur. Cette disposition du statut général tend à réduire la portée du dispositif dans la mesure où " si le centre de gestion acquittait les primes d'assurance avant d'en obtenir le remboursement, cette dépense serait supérieure de plus de 100 % à ses propres dépenses de fonctionnement ce qui aurait pour effet d'augmenter artificiellement son budget de fonctionnement " (Ch. rég. comptes Île-de-France, 16 nov. 2001 , Centre gestion fonction publique territoriale - centre départemental gestion Seine-et-Marne - Le Mée-sur-Seine).

IV. Passation des marchés publics d'assurance

§ 33 Définition du besoin

L'une des pierres d'achoppement sur laquelle bute la passation des marchés publics d'assurance est celle de la définition préalable du besoin par l'acheteur, qui est d'autant plus problématique qu'elle doit être précise en vertu de l'article L. 2111-1 du Code de la commande publique et en considération du fait qu'elle sert de base à l'analyse des offres. La banalisation des réserves dans les réponses aux appels d'offres trahit cette difficulté.

Pour pallier le risque de modifications des cahiers de charges par les candidats, les marchés publics d'assurance devraient constituer une hypothèse de prédilection pour le recours au sourcing dont le Code de la commande publique prévoit à l'article R. 2111-1 qu'"afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences". Reste à faire preuve de précaution dans la mise en place de cette consultation informelle dont l'alinéa 2 de l'article R. 2111-1 précise que "les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3". Le guide sur le sourcing opérationnel publié en mars 2019 par la Direction des achats de l'État devrait aider les acheteurs à en banaliser l'usage. On retiendra que cette étape ne doit pas faire office de mise en concurrence préalable et que dans le domaine de l'assurance, l'information permettant aux candidats d'avoir connaissance de cette étape préalable devra faire l'objet d'une publicité ouverte pour ne pas risquer de se voir reprocher une discrimination dans le choix des personnes consultées, même si la jurisprudence n'a pas eu encore à se prononcer sur ce point.

§ 34 Audit et assistance à la passation

Les difficultés qui ressortent de la définition du besoin, apparaissent dans le recours usuel par les acheteurs à l'assistance d'un audit ou d'un conseil en assurance qui pourra les aider à rédiger les pièces du marché et à établir les déclarations de risques.

Si les audits sont généralement issus des métiers de l'assurance en tant qu'ancien agent général ou courtiers, cette activité ne saurait être réservée aux professions réglementées par le code des assurances. Ainsi, le Conseil d'État a considéré que " la mission consistant à assister et à conseiller une personne publique afin de lui permettre de passer des marchés publics d'assurance et notamment de sélectionner les candidats dans le respect des dispositions du code des marchés publics n'a pas pour objet de présenter, de proposer ou d'aider à conclure un contrat d'assurance ou de réaliser d'autres travaux préparatoires à sa conclusion. Elle ne peut ainsi être regardée comme une mission d'intermédiation ne pouvant être exercée que par des personnes immatriculées sur un registre et répondant à certaines conditions, notamment de compétence en application des dispositions du code des assurances " (CE, 10 févr. 2014, n° 367262, SELARL Cabinet Henri Abecassis : JurisData n° 2014-002260).

Cette assistance n'est pas obligatoire. Cependant, lorsqu'elle est sollicitée, elle doit respecter le droit des marchés publics. Eu égard aux sommes en jeu, ces marchés d'audit sont généralement passés en procédure adaptée et le titulaire de ce marché doit être payé directement par le pouvoir adjudicateur. Avec le rehaussement du seuil de passation des MAPA à 40 000 euros, gageons que ces contrats seront désormais passés de gré à gré. Il conviendra néanmoins, suivant l'article R. 2122-8 du Code de la commande publique que "l'acheteur veille à

choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin" ce qui paraît peu contraignant, si tant est que la satisfaction de cette obligation soit pratiquement vérifiable.

Dans cette hypothèse, une attention particulière doit être portée à la rédaction de leurs propres obligations (F. Linditch, *Rédiger un marché d'audit d'assurances : Contrats-Marchés publ. 2006, prat. 7*) et notamment l'étendue de leur mission d'assistance. En effet, depuis l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 3 mars 2005, *Fabricom SA c/ État belge* (CJCE, 3 mars 2005, aff. jtes C-21/03 et 34/03 : *Rec. CJCE 2005, p. I-1559 ; Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 108, note W. Zimmer*), un conseil en assurance peut être admis à présenter une offre dans le cadre d'un marché public d'assurance dans lequel il a participé aux travaux préparatoires. Il bénéficie en cela de l'absence d'interdiction systématique de soumissionner, dans la mesure où il peut faire la preuve que l'expérience ainsi acquise ne fausse pas, par elle-même, la concurrence. Ainsi, suivant l'article L. 2141-8 du Code la commande publique, l'acheteur ne peut exclure de la procédure de passation d'un marché que "les personnes qui par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens". Dès lors, l'exclusion d'un audit constitue une mesure ultime.

A. Rédaction du marché

1° Pièces constitutives d'un marché public d'assurance

§ 35 Cahier des charges et acte d'engagement

Les contrats d'assurance passés sous l'empire du Code de la commande publique sont constitués de pièces qui étaient auparavant désignées comme étant constitutives du marché par le Code des marchés publics. Il s'agit des cahiers des charges et de l'offre désignée naguère par le Code des marchés publics en tant qu'acte d'engagement, qui feront office selon la terminologie du droit des assurances, de police d'assurance. Bien que toutes ces références aient disparu du Code la commande publique, il faut supposer qu'elles n'en ont pas pour autant perdu leur valeur contractuelle. En conséquence, l'assureur ne peut utilement se prévaloir d'un second document qu'il aura lui-même rédigé et envoyé à la personne publique après son attribution. L'émission par l'assureur d'une nouvelle police d'assurance autrefois répandue en pratique doit être évitée en raison des risques de contradictions qu'elle renferme.

§ 36 Risque de contradiction

L'identification des documents contractuels issus de la mise en concurrence a vocation à lever le risque de contradiction en évitant aux titulaires du marché de revendiquer l'application d'un second document alors même que celui-ci a été signé par la personne publique et qu'il l'a été postérieurement à la signature de l'acte d'engagement par les cocontractants. Ainsi en a jugé le tribunal administratif de Marseille dans une décision du 9 juin 2005 (TA Marseille, 9 juin 2005, n° 0104717, Ville Marseille : JCP A 2005, 1265, note F. Linditch) à l'occasion duquel l'assureur avait résilié unilatéralement le marché public d'assurance sur le fondement d'une police dont il est émetteur et qui constituait selon lui le seul contrat valide conformément aux pratiques des compagnies dans les relations civiles. La décision du tribunal administratif de Marseille ne saurait être interprétée comme la mise au jour d'une incompatibilité entre le droit des marchés publics et le droit des assurances. En effet, en raison du caractère consensuel du contrat d'assurance dans les relations civiles, la jurisprudence judiciaire identifie la police d'assurance c'est-à-dire le contrat d'assurance passé par écrit, en tant qu'*instrumentum* et non en tant que *negotium*. Il recherche donc, sans s'en tenir au formalisme des documents, l'acte dans lequel se manifeste l'accord des parties (jurisprudence confirmée par l'arrêt de la CAA Bordeaux, 11 mars

2008, n° 06BX00950, n° 06BX02599, Cie AGF c/ Dpt Aveyron : JurisData n° 2008-366825 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 74, note W. Zimmer).
2° Formalisme

§ 37 Écrit en français

L'article L. 112-3 du Code des assurances prévoit que le "contrat d'assurance est rédigé par écrit, en français". Suivant les articles L. 2112-1 et R. 2112-1 du Code de la commande publique, les marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25 000 euro(s) hors taxes doivent être conclus par écrit. Le caractère écrit est, pour le droit des marchés publics, une obligation d'ordre public qui peut entraîner la nullité du marché (CE, 12 oct. 1984, n° 34671, Ch. syndicale agents assurances Hautes-Pyrénées : JurisData n° 1984-042498), tandis que l'écrit n'est pas exigé pour la validité du contrat mais seulement pour sa preuve, dans le droit des assurances (Cass., 1er juill. 1941 : DC 1943, jurispr. p. 57, note Besson).

§ 38 Signature

L'obligation de signature est, quel que soit le régime juridique, un moyen de preuve pour constater l'échange des consentements. Le Code des assurances prévoit que la signature soit présente sur la police d'assurance. Si le droit des marchés publics ne prévoit plus que la signature constitue une condition de validité des offres, elle reste un préalable à la formalisation des consentements avant tout début d'exécution du marché. Dès lors, l'obligation de signer l'acte d'engagement, par son caractère substantiel, rend superfétatoire le recours à une technique répandue en droit des assurances consistant à inclure des clauses de signatures ou à subordonner la conclusion du contrat au versement de la première prime (Y. Lambert-Faivre, Droit des assurances, p. 174). Permise par le principe du consensualisme contractuel caractérisant le droit des assurances, cette pratique s'est développée soit pour en limiter les effets, soit pour en tirer parti. Elle consiste à considérer l'accord parfait lorsqu'un événement prédéterminé s'est réalisé. L'obligation de signer le marché rend ainsi inutile la rédaction d'une clause de signature et illégales ou sans portée juridique les clauses contractuelles subordonnant la formation du contrat au versement de la première prime.

§ 39 Caractère apparent

Certaines mentions doivent figurer dans le contrat d'assurance suivant un formalisme variable. Cette obligation a vocation à assurer l'information du consommateur et du non-professionnel. Ainsi, l'article L. 133-2 du Code de la consommation dispose que "les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensive. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel". Par ailleurs, selon l'article L. 112-3 du Code des assurances, les clauses du contrat d'assurance doivent être rédigées en caractères apparents. L'article L. 112-4 du Code des assurances impose même, à peine de nullité, que soient mentionnées en "caractères très apparents" les clauses de polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions. Cette obligation contraint le professionnel à faire mention expresse de ces clauses dans les documents constitutifs du marché (CE, 7 mars 2014, n° 371264, Cne Fréjus). Ceci exclut qu'elles soient mentionnées uniquement dans des documents contractuels complémentaires de la police d'assurance, comme le règlement intérieur de la mutuelle (Cass. 1re civ., 30 oct. 1967 : D. 1968, p. 175 ; JCP G 1968, II, 15590 , note Bigot ; RGAT 1968, p. 43 , note Besson). Le caractère très apparent doit permettre selon la formule de la Cour de cassation, une " grande lisibilité " (Cass. 1re civ., 14 mai 1946 : D. 1946, p. 281 ; RGAT 1946, p. 282 ; GADA 1946, p. 156, obs. Berr et Groutel).

3° Déclaration des risques

§ 40 Obligation d'information

Le contrat d'assurance est un contrat aléatoire dont l'une des composantes essentielles est le risque. La réalisation d'un risque est une donnée identifiable en fonction des circonstances. À cette fin, l'assureur doit recueillir les informations qui le renseignent sur les caractéristiques du risque et qui conditionnent la rédaction de la police d'assurance et la conclusion du contrat.

§ 41 État déclaratif

L'état déclaratif du risque constitue à ce titre une source d'information indispensable à la formation du contrat d'assurance. Il permet de discerner dans une masse d'informations, les éléments qui sont nécessaires à la prise de connaissance du risque que l'assureur doit garantir. Cette définition du risque est cruciale en ce que c'est à cette occasion que la collectivité publique doit faire valoir son volontarisme dans la prévention des risques, ce que la pratique de l'assurance qualifie de " risk management ". Il est important de mettre en avant toutes les mesures de préventions adoptées afin de limiter la survenance d'un sinistre. Le Guide des bonnes pratiques de l'assurance rappelle à ce titre que des mesures de prévention et de protection doivent être respectées telles que la formation et l'organisation interne ou bien encore la protection par volets, grilles, blindages, serrures certifiées notamment pour les locaux comportant du matériel sensible (informatique, objets de valeur, oeuvres d'art), la détection d'intrusion, le contrôle d'accès, la télésurveillance, le gardiennage (par un agent de la collectivité ou une société extérieure), la détection automatique d'incendie, le désenfumage automatique, l'utilisation d'extincteurs mobiles et de robinets d'incendie armés, l'entretien des abords de bâtiments avec suppression de stockages de matériaux combustibles à proximité, l'éclairage des abords de certains bâtiments et le dégraissage mensuel des hottes de cuisines. Les formations concernent les agents, y compris les enseignants à l'utilisation des moyens de premiers secours (extincteurs) et en l'organisation d'exercices d'évacuation des bâtiments notamment écoles, mairie, gymnase (fréquence, établissements concernés) et l'organisation interne peut prévoir un poste de responsable de la sécurité et/ou responsable hygiène et sécurité, l'utilisation du document unique d'évaluation des risques professionnels, l'organisation d'astreintes, l'affectation des véhicules avec gestion des clés par une personne déterminée.

§ 42 Questionnaire émanant de l'assureur

Suivant le Code des assurances, le dispositif mis en place par la loi du 31 décembre 1989 (L. n° 89-1014, 31 déc. 1989 : JO 3 janv. 1990) consiste à mettre à la charge de l'assureur l'obligation de poser des questions auxquelles le souscripteur doit répondre exactement. L'article L. 113-2, alinéa 2, du Code des assurances dispose que "l'assuré est obligé de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge".

§ 43 Renversement de la charge de l'information

Le droit des marchés publics par le caractère unilatéral de la rédaction des documents d'informations précontractuels et contractuels conditionné par le respect du principe d'égalité de traitement des candidats, induit la suppression de l'état déclaratif du risque au moyen d'un questionnaire. Pour pallier ce défaut, le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie a introduit, depuis la circulaire du 18 décembre 2001 relative à la passation des marchés publics de services d'assurances (repris dans Circ. 24 déc. 2007 : JO 10 avr. 2008, p. 6036), les dispositions suivantes : "Les articles L. 113-8 et 9 du Code des assurances sanctionnent l'omission ou la déclaration inexacte du risque de la part de l'assuré. Ils ouvrent droit à la résiliation du contrat par l'assureur et prévoient selon les cas la réduction des garanties ou l'annulation du contrat. Afin de permettre à l'ensemble des candidats à l'appel d'offres d'apprécier de manière équitable et éclairée le risque à couvrir, la personne publique pourra s'efforcer avec profit de dresser un état déclaratif des risques à couvrir, recensant de façon aussi précise et complète que possible, sur les dernières années ayant précédé l'appel d'offres, la survenance et le coût des sinistres ayant mis en jeu la garantie de l'assureur tenant. Un modèle joint en annexe pourra servir à l'élaboration de ce document".

§ 44 Déclaration spontanée

La déclaration spontanée est un exercice périlleux dans la mesure où les souscripteurs ne sont pas à même de déterminer " les circonstances notamment subjectives, qui peuvent intéresser l'assureur " (Y. Lambert-Faivre, Droit des assurances, p. 178). Un certain nombre d'informations peuvent néanmoins être recensées. Elles doivent l'être avec exactitude à la fois parce que la définition du risque engage un régime de responsabilité en cas d'omission ou d'inexactitude mais aussi parce qu'elle peut être assimilée à l'obligation de définition préalable du besoin.

§ 45 Exactitude de la déclaration

La déclaration du risque est un exercice complexe. L'exactitude de la définition du risque est essentielle en ce qu'elle est une condition de viabilité du contrat conclu et permet de fixer de manière optimale le montant des franchises adapté au besoin en assurance de la personne publique, prévoir les exclusions et définir la limitation contractuelle d'indemnités qui fixe le plafond de l'indemnisation par sinistre. À ce titre, les franchises ne devraient pas selon la jurisprudence hétérodoxe de la cour administrative d'appel de Marseille être appréciées à l'aune d'un seul sinistre mais des dommages susceptibles d'être physiquement isolés. Dès lors, la voirie, en dépit de son caractère continu, ne formerait pas un seul établissement au sens de l'article 125-1 du Code des assurances donnant lieu au paiement d'autant de franchises, lors d'un même événement ayant le caractère de catastrophe naturelle, que de dommages (CAA Marseille, 23 juin 2008, n° 05MA01866, Cie AXA France IARD : JCP A 2009, 2077, note F. Linditch).

L'intérêt de la définition préalable du risque se pose par ailleurs dans la mesure où la responsabilité de l'omission ou d'une inexactitude de l'information diffusée reste problématique.

§ 46 Problème de responsabilité

La responsabilité du candidat, assureur ou intermédiaire, quant aux obligations qu'il doit supporter dans les relations civiles, peut être transposée aux relations contractuelles unissant un assureur à une personne publique lors de la passation d'un marché public d'assurance.

Elle peut être déduite de celle pesant sur les entrepreneurs dans l'élaboration de plan d'exécution d'opération de construction dans des hypothèses où les plans sont élaborés par le maître d'oeuvre. Dans cette situation, l'entrepreneur a une obligation de contrôle et par là même de correction des erreurs dont il peut avoir conscience en tant que professionnel (CE, 2 oct. 1968 , min. Équip., Logement c/ Cne La Chapelle-Vieille-Forêt et Sté auxiliaire génie civil : Rec. CE 1968, p. 471 . - CE, 22 oct. 1986, n° 43107 et n° 43170 . - CE, 4 mai 1988, Lecouteur, M. Sagherian et a. c/ min. Éducation nationale : RDP 1988, p. 1448. - CAA Douai, 2e ch., 20 janv. 2004, n° 01DA00220, Sté Rouen Seine Aménagement : JCP A 2004, 1314, note F. Linditch). Le Conseil d'État a jugé que la responsabilité devait être appréciée en fonction de la " connaissance normale de son métier " (CE, 1er févr. 1961 , Sté alsacienne travaux publics : Rec. CE 1961, p. 71). En somme, même si la maîtrise d'oeuvre échappe à l'entrepreneur, il n'en reste pas moins responsable dans les limites de ce qu'il est normalement censé connaître en tant que professionnel, des erreurs qui peuvent apparaître dans l'exécution du contrat. Dès lors, l'assureur, bien qu'exclu dans la procédure d'appel d'offres de la procédure de définition du risque, peut, à la lumière de cet arrêt, conserver une obligation de contrôle et de conseil.

§ 47 Risque d'annulation

L'information que doit fournir la personne responsable du marché doit être connue de celle-ci et avoir une incidence sur la connaissance du risque garanti par l'assureur (J. Kullman, Lamy Assurances, p. 157 et 158). Cette circonstance est importante quant aux conséquences sur le contrat. Selon les articles L. 113-8 et L. 113-9 du Code des assurances, l'assureur peut, en cas d'incidence, se prévaloir de la nullité du contrat ou d'une réduction proportionnelle des primes pour déclaration inexacte. La personne responsable du marché doit avoir connaissance et conscience de l'information à fournir (Cass. 1re civ., 6 janv. 1994, n° 91-20.095, SA Cie assurance Chubb Biton et a.).

Cette obligation renvoie à l'ancien article L. 113-2 du Code des assurances qui disposait que l'assuré doit déclarer toutes les "circonstances connues de lui".

§ 48 Informations nécessaires à la connaissance du risque

Il faut également que la circonstance non déclarée ait une incidence sur le risque. Il n'existe pas de critères établis permettant d'identifier l'incidence du risque sur la garantie (J. Kullman, Lamy Assurances, p. 160). L'influence sur le montant de la prime constitue un indice récurrent dans la recherche de l'incidence d'une circonstance sur le consentement de l'assureur. Mais, il est aussi un indice insuffisant lorsque l'assureur prétend qu'il n'aurait pas contracté dans ces conditions. Par ailleurs, la corrélation entre la non-déclaration d'une circonstance et son incidence sur l'opinion du risque est indifférente à la survenance d'un sinistre (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1980, n° 79-12.924 : D. 1981, inf. rap. p. 174, obs. Berr et Groutel).

B. Question de la mise en concurrence des différents acteurs du marché de l'assurance

§ 49 Interdiction des discriminations entre mode des distributions

Suivant la formule consacrée par les diverses circulaires relatives aux marchés publics d'assurance (dernière en date, Circ., 24 déc. 2007 relative à la passation des marchés publics d'assurances : JO 10 avr. 2008, p. 6036, NOR : ECEM0755510C), "l'acheteur public ne doit pas favoriser, dans la procédure du marché public, un mode de distribution particulier du contrat d'assurance. Il ne peut donc pas réserver la soumission à une certaine catégorie d'intervenants (entreprise d'assurance ou intermédiaire d'assurance). Il ne peut par ailleurs imposer la participation d'une catégorie particulière de prestataires à l'exécution du contrat d'assurance".

1° Entreprises et organismes d'assurance

a) Titulaire

§ 50 Provision du risque

Selon la circulaire relative aux marchés publics d'assurance, "le titulaire du marché de l'assurance est l'organisme ou l'entreprise d'assurance qui porte et provisionne le risque technique ". Cette formule a pour finalité de dissocier les intermédiaires d'assurance, des " organismes et entreprises d'assurance". L'accès à la commande publique est ainsi limité par la réglementation des professions d'assurance, aux personnes autorisées à pratiquer des opérations d'assurance même si le Conseil d'État a pu, de manière assez surprenante, engager la responsabilité d'un intermédiaire seul signataire d'un marché public d'assurance (CE, 21 mai 2014, n° 375299 : obs. J. Roussel, RDI 2014, p. 468).

Le Conseil d'État en a déduit que le droit de compensation, tel que défini naguère par les articles 1289 et 1290 du Code de civil qui disposaient respectivement que "lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés" et que "La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives", ne saurait trouver à s'appliquer que lorsque les deux dettes sont réciproques, c'est-à-dire que ce sont les mêmes personnes qui se trouvent débitrices l'une de l'autre. Dès lors, la collectivité publique ne peut s'exonérer du paiement d'une prime par compensation des dettes nées de la signature de deux marchés publics d'assurance avec un même courtier représentant deux assureurs différents (CAA Lyon, 9 avr. 2009, n° 06LY01217, Synd . du Bois de l'Aumône).

Suivant l'article R. 2142-4 du Code de la commande publique, "une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché".

Dans le cas d'une décomposition par lot, chaque lot donnant lieu à un marché séparé, cette règle s'applique pour chaque lot considéré isolément.

Cependant, si un opérateur ne peut être mandataire de plusieurs groupements concurrents, reste à savoir si un même opérateur peut être mandataire et/ou membre " simple " d'un ou plusieurs groupements considérant, suivant l'article R. 2142-21 du Code de la commande publique, que les documents de la consultation peuvent interdire aux candidats de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs candidatures en agissant à la fois :

- 1° En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ;
- 2° En qualité de membres de plusieurs groupements " .

Ainsi présenté, ce type de schéma contractuel semble possible permettant le cas échéant à des assureurs de se présenter plusieurs fois dans des groupements dont les mandataires pourraient être des intermédiaires ou des assureurs différents en cas de coassurance.

On ne peut être que sceptique quant à la validité de cette possibilité au regard non pas du droit de la commande publique mais du droit de la concurrence et notamment de la prohibition des ententes illicites, de telles qualifications apparaissant consubstantielles des candidatures multiples.

§ 51 Différentes personnes

Les titulaires porteurs du risque sont aussi bien des entreprises que des organismes d'assurance de sorte qu'il est interdit d'opérer des discriminations entre les compagnies d'assurance soumises au Code des assurances, les mutuelles soumises au Code de la mutualité et les institutions de prévoyance soumises au Code de la sécurité sociale, même si ces deux dernières se distinguent des entreprises d'assurance par le fait qu'elles sont des sociétés d'assurance ayant " un objet non commercial " (J. Bigot, Traité des assurances, t. 1 : LGDJ, 1996, 2e éd., p. 106).

Si les discriminations entre opérateurs sont interdites à raison de leur statut social, en revanche, leurs candidatures sont conditionnées au fait qu'ils disposent de l'agrément correspondant à l'ensemble des garanties qu'ils devront couvrir en cas d'attribution du marchés publics d'assurance conformément à l'article L. 362-2 du Code des assurances qui dispose que "Toute entreprise d'assurance communautaire établie dans un Etat membre autre que la France peut couvrir ou prendre sur le territoire de la République française, en libre prestation de services à partir de cet établissement, des risques ou des engagements conformément aux agréments qui lui ont été accordés par les autorités de contrôle de son Etat d'origine, sous réserve que l'Autorité de contrôle prudentiel ait préalablement reçu de ces dernières les informations requises" (CE, 19 juill. 2010, n° 337071, Région Réunion : JurisData n° 2010-012752 ; Lebon T., p. 849. - CE, 25 janv. 2019, n° 423159, Sté Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH) : JurisData n° 2019-000856 ; JCP A 2019, 2253 ; Procédures 2019, comm. 141, note N. Chifflot).

b) Coassurance

§ 52 Définition

En cas de coassurance, plusieurs entreprises d'assurance se répartissent un même risque afin de pouvoir le couvrir dans son intégralité. Répandue sur le marché de l'assurance, la coassurance se distingue des pools d'assurance qui réalisent des opérations de réassurance.

La coassurance ne fait l'objet d'aucune définition textuelle. Seul l'article L. 352-1 du Code des assurances y fait référence sans pour autant fournir une définition. La doctrine qualifie d'opération de coassurance le fait que " plusieurs sociétés d'assurance garantissent au moyen d'un seul contrat un même risque ou un même ensemble de risque " (M. Charre-Serveau et J. Landel, Lexique juridique et pratique des termes d'assurance : Argus, 1997). La coassurance s'exprime juridiquement par la conclusion d'un traité entre un souscripteur et un apériteur, une des sociétés d'assurance du groupement qui a reçu mandat de la part des autres sociétés qui se partagent le risque suivant un pourcentage dit " d'apérition " .

§ 53 Groupement d'opérateurs économiques

Le droit des marchés publics permet à plusieurs d'entreprises de se présenter en coassurance en constituant un groupement d'opérateurs économiques. Dès lors, suivant l'article R. 2142-20

du Code de la commande publique, le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché et solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché.

§ 54 Intérêt

La coassurance présente un double intérêt pour l'Administration. En premier lieu, elle permet d'obtenir des candidatures pour des risques qu'une seule entreprise refuserait de prendre seule à son compte en lui permettant de faire valoir des capacités qu'elle ne détient pas en propre (CCP, art. R. 2142-25). En second lieu, elle constitue une garantie de couverture de ses risques. En cas de groupement conjoint, si l'un des assureurs se désengage du contrat, le risque n'est pas entièrement sans couverture et préserve ainsi, de manière certes imparfaite, la personne publique contre les conséquences financières de la survenance des risques assurés. S'il s'agit d'un groupement solidaire, le désengagement d'un des titulaires est compensé par sa substitution par les autres membres du groupement.

§ 55 Solidaire ou conjoint

La nature du groupement en coassurance s'avère problématique. La méthode de qualification de la nature du groupement suivie par le Conseil d'État est celle retenue aussi par la Cour de cassation pour déceler un rapport de solidarité entre les membres d'un groupement en coassurance. Selon la jurisprudence, ce sont les termes du contrat qui déterminent l'étendue des obligations de l'apéríteur et plus particulièrement celles fixées par le contrat s'agissant de la portée des obligations du mandataire pour la gestion des relations entre les coassureurs et l'assuré. La solidarité de la coassurance ne se présume pas, elle dépend du contrat.

§ 56 Jurisprudence judiciaire

La solidarité des assureurs entre eux et envers l'assuré a été reconnue par une décision du 27 mars 1990 (Cass. 1re civ., 27 mars 1990, n° 88-16.631 : Argus 1990, p. 1211) dans laquelle la Cour de cassation dispose que " s'agissant d'une police collective à prime et quittance uniques, la compagnie apéritrice la France, mandataire de l'ensemble des coassureurs, représente ceux-ci vis-à-vis de l'assuré aussi bien en ce qui concerne l'exécution que la simple gestion du contrat ; que sans dénaturer la convention des parties, elle a souverainement déduit que le mandat reçu oblige l'apéríteur au paiement de l'indemnité due, sans même qu'il puisse s'exonérer du paiement de la part de l'Union Nationale, coassureur défaillant ". Cette décision déduit la solidarité des assureurs entre eux du fait que l'apéríteur est, en raison de son mandat, obligé envers l'assuré de satisfaire les obligations des assureurs qu'il représente. Elle ne fonde pas une solidarité systématique des assureurs entre eux envers l'assuré. La solidarité des assureurs groupés est fonction de la portée du mandat reçu par l'apéríteur. Dans cette affaire, c'est en raison du mandat reçu par l'apéríteur d'exécuter et de gérer le contrat pour les assureurs que la Cour de cassation retient l'obligation de l'apéríteur d'indemniser intégralement l'assuré sans lui faire supporter la défaillance d'un des coassureurs.

Dans la décision du 4 juillet 1995 (Cass. com., 4 juill. 1995 , n° 93-11.963/Z et n° 93-20.092/K : JurisData n° 1995-002932 ; Resp. civ. et assur., comm. 348. - H. Groutel, Retour aux sources de la coassurance : Resp. civ. et assur. 1995, chron. 43), la Cour de cassation n'a pas retenu la responsabilité de l'apéríteur envers l'assuré pour n'avoir pas versé les indemnités dues par le coassureur défaillant en raison de la portée du mandat qu'il avait reçu et qui ne l'engageait qu'à la hauteur des primes qu'il percevait.

Dans la décision du 23 février 1999 (Cass. 1re civ., 23 févr. 1999, n° 96-21.561), la Cour de cassation a jugé que " l'assureur agissant comme apéríteur de la coassurance, avait transigé pour le compte des coassureurs, ce dont il résultait, par application de l'article 16 des conditions générales du contrat, qu'il devait régler à l'assuré le montant total de l'indemnisation prévue au dit accord ".

La jurisprudence ne s'arrête pas à la présence du terme de " solidarité " dans le contrat, mais analyse la portée des obligations de l'apéríteur.

§ 57 Opposition du marché de l'assurance

La jurisprudence de la Cour de cassation est subtile et semble bien souvent aller dans le sens contraire des intentions des assureurs qui ne souhaitent pas être solidaires dans le cas de groupement en coassurance et qui tentent de s'opposer par tous les moyens à cette évolution dont le Professeur Bigot a pu souligner le caractère inéluctable (J. Bigot, Quel statut pour la coassurance ? : Argus 1991, p. 3588). Le déni du monde de l'assurance face à cette évolution peut permettre de comprendre les raisons de l'unanimité de la littérature grise et de la doctrine pour affirmer sans discernement que la coassurance renvoie à un groupement conjoint non solidaire selon le droit des marchés publics (Circ., 18 déc. 2001 , citée supra).

§ 58 Jurisprudence administrative

Néanmoins, la jurisprudence judiciaire, comme la jurisprudence administrative, est nuancée. L'analyse de la Cour de cassation s'agissant de la coassurance converge avec celle de la cour administrative d'appel de Paris (CAA Paris, 12 juill. 2002, n° 00PA00242, SNCF) qui ne présume pas la forme juridique du groupement de l'appellation que lui confèrent ses membres, mais fonde son identification sur les termes du contrat de mandat passé entre les membres du groupement et leur représentant.

La nature du groupement est déduite par le juge administratif de la portée des obligations du mandataire. Ainsi, la cour administrative d'appel de Paris a-t-elle jugé, dans une décision du 12 juillet 2002 , que le groupement d'entreprises dont il s'agissait est un groupement solidaire, " considérant que la société DG Finance, venait aux droits de la société DG Construction et agissait tant en son nom et pour son compte qu'au nom et pour le compte du groupement ", la portée du mandat fondant la nature du groupement.

La détermination de la nature du groupement dépendra donc de la portée des obligations définies dans la convention constitutive de groupement entre l'appéteur et les autres membres du groupement.

c) Réassurance

§ 59 Définition

La réassurance consiste à assurer un assureur en cas de survenance de sinistre, lors de l'exécution du premier contrat. Les compagnies en réassurance ne sont pas parties aux marchés publics d'assurance.

2° Intermédiaires d'assurance

§ 60 Principe de dissociation entre conception et exécution

La fonction de satisfaction du besoin d'assurance n'est en principe remplie que par des personnes qui ne sont pas intervenues au stade de sa définition (Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC : JO 3 juill. 2003, p. 11205 ; Rec. Cons. const. 2003, p. 382) interrogeant ainsi le rôle des intermédiaires dont la vocation est de participer à la recherche d'un assureur à même de couvrir les risques avant toute souscription.

a) Quel rôle pour les intermédiaires ?

§ 61 Courtiers et agents généraux d'assurance

Cependant, le marché de l'assurance se compose de professionnels qui ne provisionnent pas de risques mais mettent en relation les souscripteurs et les assureurs et aident à la gestion des contrats d'assurance conclus. Il s'agit des intermédiaires d'assurance, c'est-à-dire des courtiers et des agents généraux d'assurance qui, entre la fonction de définition du besoin d'assurance et sa satisfaction, ont un statut équivoque. Selon la circulaire du 24 décembre 2007 relative à la passation des marchés publics d'assurances, les intermédiaires doivent choisir entre participer à la passation d'un marché public d'assurance au côté de la personne responsable du marché, ou participer à la mise en concurrence au côté d'un assureur. Ainsi, soit l'intermédiaire assiste comme conseil "à l'élaboration du programme et du cahier des charges de l'opération

d'assurance, à la mise en concurrence, l'analyse des offres, la négociation et/ou le suivi du contrat”, soit il se présente comme candidat “à la consultation sur le contrat objet de l'appel à la concurrence” et à “l'exécution de ce contrat s'il agit pour le compte de l'entreprise d'assurance attributaire”.

§ 62 Une seule mise en concurrence

Dès lors, les intermédiaires en assurance des collectivités publiques peuvent participer, dans les mêmes conditions que tout opérateur du marché de l'assurance, à la procédure de mise en concurrence préalable à la passation d'un marché public d'assurance.

§ 63 Intérêt remis en cause

Cependant, les procédures de publicité et de mise en concurrence remettent en cause les modalités d'intervention des intermédiaires lors de la formation du contrat, affectant ainsi l'activité principale de gestion des contrats. S'agissant des courtiers, la gestion du contrat représente les trois quarts de leur activité.

§ 64 Mandataire

La soumission au droit des marchés publics des services d'assurances a suscité de nombreuses interrogations quant aux modalités d'intervention des intermédiaires (M. Ambacher, Courtier d'assurance et Code des marchés publics, 1^{re} partie : CP-ACCP, déc. 2002, p. 31 et 2^e partie, CP-ACCP, janv. 2003, p. 49 . - P. Terneyre et C. Maugüé, L'achèvement de la transposition de directives marchés publics : RFD adm. 1998, p. 693 . - S. Briand, Passation des contrats des collectivités locales : LPA 27 mai 1998, p. 10 . - F. Moderne, Une figure juridique baroque : le marché public d'assurances : CJEG 1999, p. 169 . - F. Llorens, Les tribulations des marchés publics d'assurance, de la circulaire du 27 juillet 1998 à celle du 30 juillet 1999 : RFDA 2000, p. 33. - H. Lepetit-Collin, La nouvelle circulaire relative aux marchés publics d'assurance : clarification et questions en suspens : BJCP 2000, p. 3 . - M. Dupoix, P. Lepine, R. Denis et C. Tourrain, L'assurance et le Code des marchés publics : Gaz. Pal. 1998, p. 38 . - C. Pardessus et M. Leroux, Le nouveau Code des marchés publics : réforme ou mise en forme ? : RGDA 2001, p. 634). La pratique des marchés publics d'assurance a conféré aux intermédiaires exclusivement le statut de mandataire de l'assureur. Cependant, confinés dans ce statut, les intermédiaires n'acquièrent pas de statut contractuel conforme à leurs obligations.

b) Statut contractuel

§ 65 Les intermédiaires ne sont pas titulaires

Ce statut semble exclure la qualification de titulaire du marché public, ce que la circulaire avait déduit en qualifiant les entreprises d'assurance de titulaires exclusifs. Ainsi tend-il à exclure le mandataire de la participation à l'exécution du contrat en ce qu'il ne peut revendiquer les dispositions du cahier des charges. Il serait donc pertinent que les intermédiaires se présentent en cotraitance ou en sous-traitance.

§ 66 Cotraitance

La cotraitance par un groupement d'opérateurs économiques est prévue à l'article R. 2142-20 du Code de la commande publique qui prévoit qu'il peut être solidaire ou conjoint.

La solidarité entre un intermédiaire et un assureur est exclue, le premier ne pouvant pallier l'inexécution du contrat par le second. En revanche, il est possible à un intermédiaire et un assureur de se constituer en groupement conjoint. Dans cette hypothèse, “chacun des prestataires membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché” (CCP, art. R. 2142-20). Il s'agit ainsi de répartir des obligations identifiées du marché entre plusieurs opérateurs. Par ce biais, le courtier est rémunéré directement par la personne publique sur le fondement d'une rétribution de la gestion du contrat de sorte que sa rémunération ne provient plus de l'allocation d'une commission de l'assureur. Bien que le Conseil d'État ait pu considérer de manière surprenante que la candidature d'un courtier comme mandataire d'une compagnie d'assurance ne relevait pas d'un groupement d'opérateur économiques (CE, 11 avr. 2012, n° 354652, Synd. ODY 1218

NEWLINÉ du LLOYD'S de Londres : JurisData n° 2012-006979), il en a néanmoins soumis cette candidature groupée au régime de la cotraitance.

L'apport d'une affaire n'est ainsi plus une finalité identifiée de l'intermédiation dans les marchés publics d'assurance. C'est le rôle de gestionnaire du contrat dont il jouit en contrepartie de l'attribution du marché à un assureur qui constitue l'essence de son intervention dans la relation contractuelle. Il devient ainsi mandataire de la compagnie d'assurance.

§ 67 Sous-traitance

Pratiquement, l'intermédiaire semble pouvoir aussi être considéré comme le sous-traitant du preneur de risque pour toutes les activités relevant de la gestion de l'exécution du contrat d'assurance. Juridiquement, la nature de l'opération d'intermédiation ne s'oppose pas à ce qu'elle soit considérée comme pouvant entrer dans le champ d'application de l'article L. 2193-2 du Code de la commande publique.

Le sous-traitant ne peut intervenir sur un marché que si le pouvoir adjudicateur l'a agréé (CCP, art. L. 2193-4). La demande de recours au sous-traitant doit avoir lieu avant le règlement ou l'achèvement du marché. Selon toute vraisemblance, la demande de sous-traitance de la gestion sera faite au moment de l'offre. L'assureur pourra, lors du dépôt de sa proposition, intégrer l'intervention du courtier en tant que gestionnaire sous-traitant. Il doit alors préciser la nature des prestations sous-traitées, le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du courtier sous-traitant, le montant prévisionnel des sommes à payer directement au courtier, les conditions de paiement et les modalités de variations de prix le cas échéant. Le pouvoir adjudicateur peut demander les capacités financières et professionnelles du sous-traitant.

§ 68 Agrément

Soumettre l'intermédiaire au régime de la sous-traitance du droit des marchés publics permet aussi d'encadrer son intervention et d'offrir à l'acheteur une meilleure visibilité sur le montant des prestations effectuées par l'intermédiaire que l'obligation de paiement direct garantit. Cependant, dans la pratique, cette opportunité n'est guère employée par les candidats qui semblent lui préférer la cotraitance dont la différence majeure réside dans le partage de responsabilité tandis que l'assureur resterait en vertu de l'article L. 2193-2 du Code la commande publique, seul responsable vis-à-vis de l'acheteur dans l'hypothèse de la sous-traitance.

C. Procédure de passation

1° Publicité

§ 69 Régime

Les modalités de publicité sont déterminées par la valeur du besoin. Selon celle-ci, les conditions de publicité sont laissées à l'appréciation de l'acheteur dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique pour les marchés passés en dessous de 90 000 euros hors taxe et formellement précisées par le Code de la commande publique, au-delà.

Le régime juridique de la publicité permet une diffusion de l'information selon des échelons dont la couverture varie en fonction de la valeur du besoin. Le Code de la commande publique prévoit une publicité à l'échelon de l'Union européenne pour les marchés publics d'assurance dont la valeur dépasse 139 000 euros hors taxe pour l'État ou 214 000 euros hors taxe pour les collectivités territoriales. En deçà et jusqu'à 90 000 euros hors taxe, une publication à l'échelon national est imposée. Entre 40 000 et 90 000 euros hors taxes, "la personne publique choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant et à la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause". En deçà des 40 000 euros, aucune publicité n'est exigée. La publicité adaptée offre à l'acheteur une liberté dans le choix des modalités de publicité qui peut se traduire par le recours aux procédures formalisées ou par des modalités de publicités alternatives dont la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics faisait l'énumération (Circ., 3 août 2006 : JO 4 août 2006, p. 11665).

2° Procédures de droit commun

§ 70 Le risque d'infructuosité

Soumis aux procédures de droit commun, les marchés publics d'assurance sont en fonction de leur valeur, passés selon la procédure adaptée (CCP, art. L. 2123-1) ou la procédure d'appel d'offres (CCP, art. L. 2124-2). En raison du peu de concurrence entre les compagnies d'assurances, l'appel d'offres est généralement ouvert. Par ailleurs, il donne lieu à de fréquentes déclarations d'infructuosité soit parce qu'il n'y a pas de candidats, soit parce que les candidats, ce qui est le cas le plus courant, formulent un nombre important de réserves au cahier des charges. Dans cette dernière hypothèse, leurs offres sont irrecevables. En conséquence, l'acheteur peut relancer une nouvelle procédure qui suivra celle avec négociation précédée d'une publicité et mise en concurrence prévue à l'article L. 2124-3 du Code de la commande publique.

L'attribution des marchés publics d'assurance révélant par les réserves émises par les candidats les difficultés procédant de la définition précise du besoin d'assurance par l'acheteur lui-même, il n'est pas exceptionnel qu'il en vienne à définir parmi les critères de sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère de conformité au cahier des charges. Révélateur des particularismes des marchés publics d'assurance et sans doute de la nécessité de leur appliquer une procédure particulière, cette pratique n'en est pas moins sujette à caution. En revanche, il est possible aux acheteurs d'ouvrir la possibilité de présenter des variantes.

Suivant l'article R. 2151-8 du Code de la commande publique,

" Les acheteurs peuvent autoriser la présentation de variantes dans les conditions suivantes :

1° Pour les marchés passés selon une procédure formalisée :

- a) Lorsque le marché est passé par un pouvoir adjudicateur, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;
- b) Lorsque le marché est passé par une entité adjudicatrice, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;

2° Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation. "

Par conséquent, les acheteurs doivent expressément prévoir dans le règlement de consultation cette possibilité lorsque le marché est passé sous la forme d'un appel d'offres mais aussi prêter une attention particulière à la rédaction des documents de consultation afin de mentionner lorsqu'ils autorisent ou exigent la présentation de variantes, les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.

Cette obligation est importante dans la mesure où les candidats n'ont pas à présenter formellement une variante en plus d'une première offre de base comme cela était imposé sous l'empire du Code des marchés publics. De la sorte, la recevabilité des offres ne s'apprécie pas en fonction du respect de cette obligation (CAA Bordeaux, 5 juill. 2012, n° 11BX00828, cabinet d'assurances AXA) mais en fonction de la méconnaissance par les réserves émises, des exigences minimales identifiées comme telles dans les cahiers des charges.

V. Exécution des marchés publics d'assurance

§ 71 L'exécution des marchés publics d'assurance soulève un certain nombre de difficultés qui révèlent les limites des procédures de mise en concurrence pour la conclusion de ces contrats. À mesure que se réalisent les sinistres, elle met notamment en lumière une définition lacunaire du risque et de ses modalités de couverture par l'acheteur dont la portée peut être aggravée par l'attribution des marchés à des opérateurs peu expérimentés qui pratiquent volontairement ou non une sous-tarification du risque public. En outre, la dimension aléatoire qui caractérise par nature l'opération d'assurance emporte une économie du risque qui peut rejaillir sur l'économie des contrats. Entre les exigences d'égalité procédant de la mise en concurrence initiale et celle

d'adaptabilité du contrat, l'exécution du contrat doit emprunter une ligne de crête entre le régime d'adaptabilité du contrat et son risque de résiliation.

A. Plasticité relative des marchés publics d'assurance

§ 72 La plasticité des marchés publics d'assurance est relative même si les conditions de modifications des marchés ont sensiblement évolué depuis l'adoption des directives Marchés du 26 février 2014. De la sorte, la définition préalable des conditions de révision des prix présente l'intérêt, en complément des possibilités de modification des marchés publics d'assurance, d'anticiper certaines évolutions susceptibles de permettre l'adaptation de l'exécution du contrat au contexte de l'opération d'assurance des personnes publiques.

1° Modifications de marché

§ 73 Définition

Si le Code de la commande publique ne fait plus mention des avenants pour préférer la qualification plus générale de modifications du marché, l'essentiel des modifications envisageables dans le cadre des marchés publics d'assurance sont des modifications conventionnelles. Leur régime est désormais inscrit dans le code de la commande publique aux articles L. 2194-1 et R. 2194-1 à 2194-9.

Bien que généralement conventionnelles, ces modifications peuvent néanmoins être unilatérales. Dans ce cas, l'article L. 2194-2 dispose que "le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat".

En toute hypothèse, l'article L. 2194-1 du code prévoit un ensemble d'hypothèses déterminant les conditions suivant lesquelles "ces modifications ne peuvent changer la nature globale du marché public". Dans son principe comme dans son détail, le régime de modification des marchés a ainsi vocation à préserver les effets de la mise en concurrence initiale tout en permettant aux contrats de s'adapter aux contingences procédant de leurs exécutions.

Depuis la réforme du droit des marchés publics par les directives Marchés de 2014, le nombre et le champ d'application des différentes hypothèses de modification du marché tranchent avec le régime antérieur qui, interdisant de bouleverser l'économie du contrat ou d'en changer l'objet, consistait essentiellement à proscrire suivant une acception de la notion d'économie du contrat, simplifiée, les augmentations du prix du marché de plus 10 ou 15 % du montant initial. Elles seront néanmoins sans doute appréciées par le juge à l'aune de son ancienne jurisprudence dans la perspective de ne pas voir remises en cause les conditions de la mise en concurrence initiale.

§ 74 Changement de nature globale du contrat

Le principe même du régime de modification du marché tel qu'il est précisé dans le code n'emporte que peu de contingences. Fixer la limite de la modification d'un marché à l'absence de dénaturation globale constitue un seuil de tolérance élevé même s'il n'est pas, sans l'interprétation du juge, encore possible de savoir à quelle identité contractuelle le terme "nature" fait référence. Néanmoins, l'éventualité de modifications générant par exemple, la mutation d'un marché de service d'assurance en marché d'assistance constitue une échelle de mutation d'un marché qui ne risque qu'exceptionnellement de limiter les capacités de modifications des marchés consistant le plus souvent à valoriser une évolution du besoin initial.

§ 75 Si le principe est large, ses applications ne sont guère plus restrictives au regard des enjeux de la modification contractuelle. En effet, l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique offre de nombreuses possibilités d'échapper aux termes du contrat tels qu'ils procèdent de la mise en concurrence initiale et dont la principale cause d'altération réside dans la faculté d'apporter des modifications non capées. Hormis l'article R. 2194-8 du code qui autorise toute modification du marché tant que le montant de la modification est inférieur aux seuils européens et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés publics d'assurance, aucun plafond ne s'impose soit parce que les modifications sont admises quel qu'en soit le montant, soit parce

que chaque modification est limitée à 50 % du montant initial sans que le nombre de modifications successives soit limité dans la mesure où elles n'ont pas pour objet (et non plus largement " pour effet " suivant la formulation usuelle de l'ancien Code des marchés publics) de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

§ 76 C'est donc dans les critères matériels que la limitation du droit de modification du contrat est inscrite. Cependant, les hypothèses visées par l'article L. 2194-1 du code ne sont que marginalement contraignantes.

La première hypothèse (CCP, art. R. 2194-1) vise des modifications dont les conditions d'adoption ont été prévues dans les documents contractuels initiaux. Cette disposition vise notamment les clauses de variation du prix ou d'options. Or si elles sont prévues aux contrats, il ne s'agit pas de modifications mais seulement de l'exécution du contrat (V. ci-dessous). C'est donc bien d'autres hypothèses que vise cet article à travers notamment des clauses de réexamen dont la validité pourrait être conditionnée à la prise en compte d'un faisceau de références objectives, une procéduralisation de la modification voir le recours à un tiers in fine tel qu'un juge ou un expert par exemple.

La deuxième hypothèse (CCP, art. R. 2194-2) recouvre les modifications imposant des prestations supplémentaires devenus nécessaires que seul le titulaire du marché pourrait satisfaire pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché public initial ou présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur. Cette hypothèse qui renvoie au régime antérieur des marchés complémentaires ouvrant droit à conclusion d'un nouveau marché de gré à gré avec le même titulaire est sans doute l'hypothèse la plus contraignante même si elle reste plus libérale que le régime antérieur.

La troisième hypothèse (CCP, art. R. 2194-3) vise les modifications rendues nécessaires par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait prévoir. Le régime de l'imprévision et des sujétions techniques imprévues pourrait resurgir ici. Cependant, le champ de cette disposition pourrait s'avérer plus large selon que les modifications rendues nécessaires le seront suivant que seront seulement admises des circonstances imprévisibles ou simplement imprévues.

La quatrième hypothèse (CCP, art. R. 2194-4) renvoie au régime de changement de titulaire en application d'une clause de réexamen ou d'une option ou dans le cas d'une cession du marché public, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché public aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché public initial.

La cinquième hypothèse (CCP, art. R. 2194-5) vise les modifications non substantielles. Elles ne le sont pas lorsqu'à tout le moins, elle change la nature globale du marché public. En outre, elles sont substantielles lorsqu'elles introduisent des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue, ou lorsqu'elle modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial ou lorsqu'elle modifie considérablement l'objet du marché public ou a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses générales. Cette dernière disposition laisse, elle aussi, une marge d'interprétation a priori étendue en ce qu'elle consiste d'abord à faire preuve de révisonnisme procédural pour envisager ce qu'aurait été le résultat des termes d'une mise en concurrence qui n'a pas eu lieu. Ensuite, suivant l'interdiction des modifications de l'équilibre économique en faveur du titulaire, il semble que ne soit proscrites que celles limitées à la seule augmentation du prix. En revanche, si le prix augmente proportionnellement à une aggravation des charges, l'équilibre, et non plus l'économie, pourra être conservé. Enfin, les modifications de

l'objet qui ne sont proscrites que lorsqu'il en est changé " considérablement ", emportent par l'introduction de ce terme même, un régime explicitement plus libéral que celui du code des marchés publics qui ne prohibait que les modifications ayant pour effet de modifier l'objet du contrat.

§ 77 Accord tacite

L'une des questions que pose la soumission des services d'assurances au droit des marchés publics est de savoir si la passation d'un avenant à un marché public d'assurance peut être légalement conclu lorsque la proposition de modification du contrat est restée sans réponse de l'assureur dans les 10 jours suivant son émission par l'acheteur en vertu de l'alinéa 5 de l'article L. 112-2 du Code des assurances suivant lequel "est considérée comme acceptée la proposition, faite par lettre recommandée, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui est parvenue".

La jurisprudence administrative insiste sur la nécessité que l'avenant soit signé par l'Administration (CE, 8 janv. 1982, n° 27028, SA Ent. Quillery-Saint-Maur : Lebon T., p. 665) et l'entreprise (CE, 22 mai 1982, SA Soprema : Lebon T., p. 665). Cette obligation constitue une condition de validité de l'avenant. Néanmoins, à l'instar du droit des assurances, le droit des marchés publics semble reconnaître une valeur probatoire de l'obligation de signature des avenants. Ainsi, le Conseil d'État a considéré qu'un échange de lettres non ambiguës exprimait le consentement réciproque à la modification du contrat et devait être assimilé à un avenant (CE, 12 juin 1976, n° 94858, Sté Pierre et Pasquet : Lebon T., p. 1000). Ainsi, l'obligation de signature constituerait, suivant cette jurisprudence un peu ancienne, un moyen de preuve et non une condition formelle obligatoire.

Dès lors, il peut être soutenu qu'un avenant passé à un marché public d'assurance pourrait être valablement conclu dans l'hypothèse où l'acheteur, demandant modification du contrat auprès du titulaire du marché, n'aurait pas obtenu de réponse dans les 10 jours suivants.

2° Régime juridique spécial de modification du prix

§ 78 Intérêt

La contrainte que fait peser le droit des modifications des marchés constitue une limitation de la portée des modifications contractuelles autorisées. Elle oblige aussi à se priver de certaines modifications du contrat dont le droit des assurances reconnaît la nécessité.

L'opération d'assurance consiste à " organiser en mutualité une multitude d'assurés exposés à la réalisation de certains risques et indemnise ceux d'entre eux qui subissent un sinistre grâce à la masse commune des primes collectées " (P. Petauton, L'opération d'assurance : définitions et principes, Encyclopédie de l'assurance : Litec 1997, p. 427). De fait, les primes sont fixées en fonction de la probabilité et de l'intensité de survenance des sinistres (Y. Lambert-Faivre, Droit des assurances, p. 292). Calculé en fonction de la fréquence des sinistres et de leur coût moyen, le taux de prime peut évoluer en cours de contrat, soit parce que la sinistralité a changé, soit parce que le coût de réparation du sinistre a été modifié (Par exemple : le coût de la main-d'oeuvre ou de matériaux). Dans cette hypothèse, l'assureur propose au souscripteur une modification du contrat, soit en cours d'exécution du contrat, soit lors de son achèvement dans la perspective de sa reconduction.

Lorsqu'il s'agit d'un marché public d'assurance, la modification du contrat à son terme n'est plus d'aucune utilité puisque l'acheteur doit procéder à une nouvelle mise en concurrence. En revanche, la possibilité de modifier les primes du contrat en cours d'exécution serait susceptible d'assurer la viabilité de l'opération d'assurance. Cependant, le régime prévu à l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique emporte de sérieuses limites à la modification des primes.

Le Code de la commande publique permet à l'acheteur de prévoir une méthode de révision contractuelle du prix en cours du contrat.

§ 79 Prix définitif

Le droit des marchés publics permet d'appréhender les modifications du prix suscitées par des événements dont les effets sont objectivement et a priori, définissables.

Le prix est en principe définitif. Il peut être néanmoins admis que le prix soit provisoire lorsqu'il entre dans les hypothèses exceptionnelles dans lesquelles le prix de la prestation ne peut pas être fixé au moment de la mise en concurrence (CCP, art. R. 2112-15).

Le marché est conclu à prix provisoire lorsque :

- pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible ;
- les résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché antérieur ne sont pas encore connus ;
- les prix des dernières tranches d'un marché à tranches, tel que défini à l'article 72, sont fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs ;
- et, les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par le pouvoir adjudicateur, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs ;
- lorsque les prestations font l'objet d'un partenariat d'innovation ou font appel principalement à des technologies innovantes ou évolutives ne permettant pas de conclure le marché public à prix définitif.

Cependant, ces hypothèses ne concernant en principe pas les marchés publics d'assurance, le prix du marché est définitif, qu'il soit ferme ou révisable.

Selon l'article R. 2112-9 du Code de la commande publique, "un marché est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.". Ainsi, le prix ne devrait pas être ferme si le marché passé supporte un risque probable de modification des conditions économiques qui pourrait "exposer à des aléas majeurs" les parties au contrat. Dès lors, l'article L. 2112-13 du Code de la commande publique dispose que le prix est révisable lorsqu'il peut être modifié pour tenir compte des variations économiques.

En conséquence, l'assurance est un service qui semble devoir être intégré dans le champ d'application des régimes de conclusion de marchés à prix révisables. Du fait du caractère aléatoire de la survenance des sinistres et de l'évolution du coût de réparation du préjudice, il semble nécessaire que le prix des contrats d'assurance soit ré-évaluable en cours d'exécution, notamment lorsqu'il s'agit de contrats de plusieurs années. En outre, les parties ont tout intérêt à conclure autant que faire se peut, des marchés à prix unitaire.

a) Prix révisables

§ 80 Champ d'application

Suivant l'article L. 2112-13 du Code de la commande publique, "un marché est conclu à prix révisable dans le cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations".

§ 81 Détermination des références

Dès lors, l'article L. 2112-13 du Code de la commande publique prévoit que lorsque le prix est révisable, les clauses du marché fixent la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en oeuvre.

Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées :

- 1° soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;
- 2° soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe ;
- 3° soit en combinant les modalités mentionnées aux 1° et 2°.

En conséquence, la question essentielle s'agissant des mécanismes de révision réside dans la détermination de références pertinentes permettant l'ajustement du prix dans la mesure où le recours à une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation est difficile à établir sans s'en remettre aux données du titulaire du marché.

§ 82 Intensité du sinistre

La mise en oeuvre d'un mécanisme de révision du prix est notamment opportune pour prendre en compte les évolutions des coûts de réparation des sinistres. L'intensité du sinistre correspond au coût moyen de réparation généré par la réalisation d'un risque. Elle est mesurable par rapport à des éléments externes pour lesquels il existe des références telles que des indices dont les assureurs se servent pour faire évoluer le montant de leurs primes. Par exemple, s'agissant des risques " incendie ", les contrats d'assurance font généralement référence à l'indice publié par la Fédération nationale du bâtiment qui permet de faire évoluer la prime en fonction du coût de la construction.

La méthode de révision doit être prévue conventionnellement et ne peut porter que sur une partie du marché. Elle est pertinente pour assurer l'exécution du contrat sans passer d'avenants à mesure de l'évolution du risque. Ainsi en est-il de l'application d'un taux par mètres carrés assurés en fonction de la masse salariale.

b) Prix unitaire ou forfaitaire

§ 83 Principe

Conformément à l'article R. 2112-6 du Code de la commande publique, le prix d'un marché est soit unitaire, soit forfaitaire. Si le choix de l'une ou l'autre hypothèse est discrétionnaire, il semble, eu égard au principe de fermeté du prix, opportun de rechercher autant que faire se peut la conclusion de garanties à prix unitaire. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut faire varier l'assiette de son risque sans qu'il soit nécessaire de passer un avenant.

§ 84 Exemple

Dès lors, par exemple, la prime versée en contrepartie d'une assurance dommages aux biens ne devrait pas être forfaitaire en fonction de la surface déclarée lors de la conclusion du marché, mais unitaire en fonction du prix au mètre carré. Le pouvoir adjudicateur évite ainsi de recourir à un avenant en cas d'augmentation de la surface à garantir. De plus, le recours au prix unitaire lui permet d'introduire une clause dite " d'automatisme " selon laquelle le prix est proportionnel à l'évolution de la surface déclarée sans qu'il [que] soit préalablement requis le consentement de l'assureur.

§ 85 Régularisation

Ainsi, à l'échéance annuelle du contrat, l'assureur envoie à la personne publique assurée une note improprement qualifiée " d'avenant de régularisation " qui arrête la valeur définitive des primes à acquitter en fonction du nombre de mètres carrés et du temps pendant lequel ils ont été assurés. Le pouvoir adjudicateur devra soit payer une surprime si la surface assurée est supérieure à celle déclarée en début d'exercice, soit bénéficier du reversement du trop-perçu dans l'hypothèse d'une diminution de la surface assurée.

B. Résiliations

§ 86 Diversité des causes de résiliation

Les hypothèses de résiliation unilatérale d'un contrat d'assurance sont nombreuses. Elles permettent de réduire le risque pour l'assureur de supporter les conséquences d'une relation

contractuelle non conforme à ses prévisions. Une utilisation impropre de cette faculté ouvre droit à indemnités prenant notamment en compte " les surcoûts nés du nouveau contrat, qui n'auraient pas été supportés par la ville si la résiliation litigieuse n'était pas intervenue " (CAA Marseille, 23 juin 2008, n° 05MA01866, SA Cie Axa France IARD : JCP A 2009, 2077, note F. Linditch).

S'il a pu être défendu l'idée que la résiliation unilatérale des contrats administratifs était l'apanage des personnes publiques, cette thèse n'est désormais plus défendable (CE, 8 oct. 2014, n° 370644, Sté Grenke location : JurisData n° 2014-023183 ; Lebon, p. 302 ; JCP A 2014, act. 807 ; JCP A 2014, 2327, note S. Ziani ; Dr. adm. 2015, comm. 12, note F. Brenet ; JCP E 2014, comm. 1623, note A. Sée ; AJDA 2015, p. 396 , note F. Melleray ; D. 2015, p. 145, note S. Pugeault ; RFDA 2015, p. 47, note C. Pros-Phalippon ; Contrats publ. 2014, p. 62, note J. Mestres et G. Minaire ; AJCA 2014, p. 327, obs. J.-D. Dreyfus ; AJCT 2015, p. 38, obs. O. Didriche ; RDI 2015, p. 183 , obs. N. Foulquier). Les marchés publics d'assurance offrent ainsi de nombreuses possibilités de résiliation unilatérale au profit du titulaire du marché dans des hypothèses définies par des dispositions législatives d'ordre public contre lesquelles les personnes publiques ne disposent que peu de moyen pour y faire échec.

1° Résiliation en cas de modification de la situation personnelle de l'assuré

§ 87 Hypothèses résiduelles

Selon l'article L. 113-16 du Code des assurances, la résiliation du contrat peut être prononcée par l'assureur en cas de changement de domicile de l'assuré, de situation matrimoniale, de profession ou de retraite professionnelle ou cessation définitive d'activité professionnelle. Ces hypothèses concernent l'assuré et non le souscripteur. La résiliation peut donc intervenir en cas de modification de la situation personnelle d'un agent d'une collectivité publique pour la couverture duquel, elle aurait conclu un marché public d'assurance.

La résiliation ne peut intervenir que si le contrat d'assurance a pour "objet la garantie de risques en relations directes avec la situation antérieure et qui ne se retrouvent pas dans la situation nouvelle" (C. assur, art. L. 113-16). Elle doit intervenir avant les trois mois suivant la date de modification de la situation personnelle et prendre effet un mois après sa notification à l'assuré. Selon l'article L. 243-7 du Code des assurances, l'article L. 113-16 n'a pas lieu de s'appliquer en cas d'assurance obligatoire.

2° Résiliation en cas de modification du risque

§ 88 Principe

Selon l'article L. 113-4 du Code des assurances, l'assureur dispose de la faculté de " dénoncer ", c'est-à-dire de résilier, le contrat en cas de modification du risque. Ce droit de résiliation est fondé sur l'importance des éléments contextuels qui permettent d'évaluer le risque au plus près. Une modification des circonstances qui ont donné lieu à la conclusion d'un contrat d'assurance, peut avoir des conséquences importantes sur la réalisation du risque et sur les obligations de l'assureur. Ce droit à résiliation n'est ouvert que pour les assurances dommages.

a) Cas d'une inexactitude ou d'une omission

§ 89 Non intentionnelle

L'article L. 113-9 dispose que "l'omission ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie n'entraîne pas la nullité de l'assurance. Si elle est constatée avant tout sinistre, l'assureur a le droit soit de maintenir le contrat, moyennant une augmentation de prime acceptée par l'assuré, soit de résilier le contrat dix jours après notification adressée à l'assuré par lettre recommandée, en restituant la portion de la prime payée pour le temps où l'assurance ne court plus. Dans le cas où la constatation n'a lieu qu'après un sinistre, l'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues, si les risques avaient été complètement et exactement déclarés".

Pour que la résiliation soit légale, il faut que la déclaration soit inexacte et que la déclaration du risque telle qu'elle a été faite par le souscripteur ait eu une influence sur la détermination du risque (Cass. crim., 8 août 1995, n° 94-86.165 : RGDA 1996, p. 78 , note F. Chardin).

§ 90 Intentionnelle

Selon l'article L. 113-8 du Code des assurances, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de l'assuré. Il ne s'agit pas ici d'une résiliation, mais d'une annulation du contrat. Le terme de nullité ne renvoie pas vraiment à un régime juridique assimilé au cas d'annulation de contrat. Le régime est propre à cette hypothèse.

L'omission ou la dénaturation induisent la disparition rétroactive des obligations de l'assureur qui pourra percevoir toutes les primes qui lui étaient dues au titre du contrat et se voir restituer les indemnités qu'il a versées au titre de la survenance de sinistre pour les contrats d'assurance dommage.

§ 91 Retard dans l'information

L'article L. 113-2 du Code des assurances prévoit un régime de déchéance propre aux hypothèses de déclaration tardive de circonstances nouvelles ayant une influence sur l'opinion que l'assureur peut se faire du risque (Lamy Assurances, n° 289). Le droit de déchéance ne vaut que s'il a été inscrit par une clause au contrat.

b) Limitation conventionnelle du droit de résiliation

§ 92 Problème général

La question qui se pose est de savoir si la remise en cause du contrat par une résiliation, une déchéance ou une annulation peut être empêchée. Si faculté il y a, la prééminence de la personne responsable du marché dans la rédaction du contrat ouvre des perspectives de limitation de ces droits que le particulier, dans ses rapports contractuels avec un assureur, aurait des difficultés à imposer. Le droit de limiter la faculté de résiliation unilatérale du contrat d'assurance par l'assureur connaît une portée variable.

§ 93 Assurances à primes variables

Les erreurs quant à la déclaration du risque n'ouvrent pas de droit à résiliation par l'assureur du contrat d'assurance lorsqu'il s'agit d'une assurance à primes variables. Ce sont des opérations pour lesquelles la prime est décomptée soit en raison des salaires, soit d'après le nombre de personnes ou des choses faisant l'objet du contrat. La référence faite à l'article L. 113-10 exclut l'application des articles L. 113-8 et L. 113-9 qui prévoient comme conséquence des erreurs ou omissions un droit de résiliation ou d'annulation du contrat (Cass. 1re civ., 29 oct. 1958 : RGAT 1959, p. 433 . - Cass. 1re civ., 31 mars 1998, n° 96-12.526 : JurisData n° 1998-001470 ; RGDA 1998, p. 252 , note A. Favre-Rochex). Ainsi, " l'assureur accepte les variations de risques et l'assuré s'engage à effectuer des déclarations périodiques " (Lamy Assurances, n° 289).

Néanmoins, l'article L. 113-10 du Code des assurances dispose qu'en cas d'irrégularité commise de bonne foi, l'assuré doit payer le montant de la prime qu'il aurait dû verser si l'assureur avait eu connaissance de la modification du risque auquel s'ajoute le paiement d'une indemnité par l'assuré dont la valeur doit être fixée conventionnellement et ne pas dépasser 50 % de la prime omise.

En cas d'inexactitude ou d'omission intentionnelle, s'ajoute aux sanctions prévues en cas d'erreurs ou d'omission non-intentionnelles, un droit de répétition par l'assureur des sinistres payés.

§ 94 Clause d'incontestabilité

La clause d'incontestabilité consiste à inscrire dans le contrat d'assurance une stipulation selon laquelle l'assureur ne saurait revendiquer en cours de contrat une déclaration de risques inexacte ou incomplète. Cette clause n'apparaît que rarement dans les contrats d'assurance avec des particuliers. Elle relève davantage des contrats d'assurance de risques industriels pour lesquels une visite et une expertise sont faites par l'assureur.

Le recours à cette clause semble tout à fait pertinent dans les marchés publics d'assurance, où la déclaration de risque est spontanée. Il faut qu'elle soit accompagnée d'un droit de visite ou de demande d'informations supplémentaires pour que le candidat soit à même d'appréhender complètement les risques qu'il couvre.

Une telle clause lève l'ambiguïté qui peut résulter du partage de responsabilité dans la découverte d'erreurs ou d'omissions en cours de contrat. Par ce moyen, la personne responsable du marché est protégée contre les éventuelles contestations qui pourraient naître du recours à la déclaration spontanée des risques qu'induit la passation de marchés publics d'assurance.

§ 95 Légalité des clauses d'incontestabilité

Cependant, la légalité de ces clauses est sujette à caution dans la mesure où le droit de résiliation ou de déchéance du fait d'erreurs ou d'omissions dans la déclaration des risques est prévu par les articles L. 113-8 du Code des assurances (Cass. 1re civ., 8 juill. 1953 : D. 1953, p. 194 ; JCP G 1954, II, 7931 ; RGAT 1953, p. 232 , note Besson) et L. 113-9 (Cass. 1re civ., 27 nov. 1985, n° 84-13.600 : JurisData n° 1985-703354 ; Bull. civ. 1985, I, n° 325), lesquels sont des dispositions d'ordre public. Le bénéficiaire d'une disposition d'ordre public ne peut renoncer a priori à ses droits (F. Chapuisat, la renonciation de l'assureur aux prérogatives du Code des assurances : RGAT 1993, p. 495).

La Cour de cassation a donc jugé que l'article L. 113-8 du Code des assurances ne pouvait être remis en cause par une clause d'incontestabilité (Cass. 1re civ., 6 janv. 1936 : RGAT 1936, p. 58 . - M. Picard et A. Besson, Les assurances terrestres, 1982, t. 1, 5e éd., n° 96, p. 164 et n° 470, p. 744. - Y. Lambert-Faivre, Droit des assurances, n° 915). En revanche, s'agissant de l'article L. 113-9 du même code sur les erreurs ou omissions non intentionnelles, la jurisprudence fait défaut. La doctrine considère qu'une clause d'incontestabilité pourrait être légale si elle était aménagée en faveur de l'assuré (M. Picard et A. Besson, préc., n° 96).

3° Résiliation en cas de non-paiement des primes

§ 96 Résiliation procédurale

Le droit des assurances prévoit au bénéfice de l'assureur un droit de résiliation en cas de non-paiement des primes par l'assuré. Le droit de résiliation intervient après une procédure dont l'objet est de protéger l'assuré de résiliations expéditives en cas de défaillance financière. L'article L. 113-3 du Code des assurances expose les différentes étapes que doit suivre l'assureur avant la résiliation :

À défaut de paiement d'une prime, ou d'une fraction de prime, dans les dix jours de son échéance, et indépendamment du droit pour l'assureur de poursuivre l'exécution du contrat en justice, la garantie ne peut être suspendue que trente jours après la mise en demeure de l'assuré. Au cas où la prime annuelle a été fractionnée, la suspension de la garantie, intervenue en cas de non-paiement d'une des fractions de prime, produit ses effets jusqu'à l'expiration de la période annuelle considérée. La prime ou fraction de prime est portable dans tous les cas, après la mise en demeure de l'assuré.

L'assureur a le droit de résilier le contrat dix jours après l'expiration du délai de trente jours mentionné au deuxième alinéa du présent article.

Le contrat non résilié reprend pour l'avenir ses effets, à midi le lendemain du jour où a été payée à l'assureur ou au mandataire désigné par lui à cet effet, la prime arriérée ou, en cas de fractionnement de la prime annuelle, les fractions de prime ayant fait l'objet de la mise en demeure et celles venues à échéance pendant la période de suspension ainsi que, éventuellement, les frais de poursuites et de recouvrement.

§ 97 Aménagement des délais de résiliation

Il est de jurisprudence constante que l'exception d'inexécution est exclue au profit des cocontractants de l'administration : " le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut

notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'Administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat " (CE, 27 déc. 1925, Dolfini : Lebon, p. 220. - CE, 28 mai 1952, Cne Sainte-Barbe : Lebon, p. 282. - CE, 7 janv. 1976, n° 92888, Ville Amiens. - CE, 3 nov. 1982 , Forma : RD publ. 1983, p. 1424 . - CE, 15 avr. 1988, n° 52618, Entreprise Hypotra : RDP 1988, p. 1428. - CAA Bordeaux, 29 juill. 2010, n° 10BX00071, Sté Logistique Grand Sud-Ouest : JurisData n° 2010-016362 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 352). Cependant, il semble qu'une clause contractuelle puisse faire échec à ce principe.

Dans l'arrêt Société EIM, le CHU de Nancy avait passé un marché de prestations pour élaborer un plan de formation visant à la réorganisation des départements Pharmacie et Urgences des établissements dépendant de ce centre hospitalier. Un calendrier d'exécution des prestations, réparties en quatre phases, a été établi et un échéancier des paiements annexé à l'acte d'engagement précisait les dates et montants de paiements sur une période de 46 semaines. Par avenant, le titulaire avait été également chargé de rechercher les économies possibles dans le transport interne entre les différents sites du centre hospitalier. Mais à la suite du défaut de paiement de plusieurs factures qu'elle avait présentées, la société EIM a, par courrier, informé le CHU de Nancy qu'elle suspendait le jour même l'exécution de ses prestations en vertu de l'article 1.7 des conditions générales annexées à l'acte d'engagement suivant lequel " EIM se réserve le droit d'arrêter ses prestations si une facture n'était pas payée à son échéance sans préjudice aux droits de réclamer le paiement de celle-ci majoré d'une indemnité forfaitaire équivalente à 10 % du montant de la facture impayée... Si toutes les factures dues ne sont pas payées dans le mois de leur date d'échéance, le projet sera considéré comme arrêté par le client, et, de ce fait, l'indemnité forfaitaire.... sera applicable ". La CAA Nancy sanctionne le CHU et lui enjoint de régler les factures adressées par la société titulaire (CAA Nancy, 14 oct. 2010, n° 09NC01074, Sté European Institut of Management :JurisData n° 2010-023794 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 14, note F. Llorens).

Ainsi, il est loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public, les conditions selon lesquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles. Cependant, le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir, au préalable, mis la personne publique à même de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public. Lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat. Un manquement de sa part à cette obligation est de nature à entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs. Il est toutefois permis au cocontractant de contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé afin d'obtenir la résiliation du contrat. Aucune stipulation du contrat ne permet au cocontractant d'en prononcer la résiliation unilatérale, quels qu'aient été les manquements de la personne publique à ses propres obligations contractuelles. Il ne peut pas, en tout état de cause, utilement se prévaloir des clauses des documents non signés qu'il a produits prévoyant la suspension de l'exécution du contrat en cas de méconnaissance par la personne publique de ses obligations contractuelles dès lors que ces documents ne peuvent être regardés comme faisant partie des documents contractuels du marché. Si le cocontractant soutient qu'il n'est plus en mesure d'assurer l'exécution financière et matérielle du contrat du fait de la défection de son sous-traitant qui aurait été causée par les retards de paiement de la personne publique, cette circonstance n'est pas constitutive d'une situation de force majeure. En dépit des pénalités qu'elle lui a infligées, la personne publique n'a pu obtenir du cocontractant la reprise de l'exécution de ses obligations contractuelles et ne dispose pas d'autre moyen de contrainte à son encontre. Il suit de là que la mesure demandée, qui est nécessaire à la continuité et au fonctionnement en sécurité du service public hospitalier, ne se heurte à aucune contestation sérieuse et présente un caractère d'urgence et d'utilité. Le Conseil d'État enjoint donc au cocontractant, en application de l'article L. 521-3 du Code de

justice administrative, de reprendre intégralement l'exécution des prestations auxquelles il est obligé par le contrat de maintenance (CE, 19 juill. 2016, n° 399178, Sté Schaerer Mayfield France : JurisData n° 2016-015710 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 250, note H. Hoepffner).

La résiliation intervenant pour non-paiement des primes par l'acheteur ne semble donc pas illégale (CE, 17 déc. 1980, n° 11860, OPHLM Hautes-Alpes : Lebon, p. 788) dans la mesure où elle est en outre, conformément à l'article L. 111-2 du Code des assurances, d'ordre public. Une clause interdisant une telle résiliation serait par conséquent illégale. En revanche, il est important pour une collectivité publique de pouvoir aménager ses conditions de mise en oeuvre, notamment les délais d'information de telle sorte qu'elle puisse passer un nouveau marché pour succéder au marché résilié.

4° Résiliation après sinistre

§ 98 Résiliation contractuelle

Selon l'article R. 113-10 du Code des assurances, l'assureur a la faculté de résilier le contrat après sinistre. Le recours à cette faculté est, en général, mal ressenti par les assurés.

Cette faculté ne peut être revendiquée par l'assureur que si elle a été prévue au contrat (Rép. min. n° 245 : JOAN 25 juin 2013, p. 6721 [quest. 23 avr. 2013, M.-J. Zimmermann]). Il est alors possible à l'acheteur de ne pas inscrire dans le cahier des charges ou d'admettre dans l'acte d'engagement de telles clauses qui ont souvent pour objet d'exercer une pression sur la personne publique en cours de contrat pour obtenir sa modification (L. Lafosse, L'Aveyron refuse l'augmentation de sa prime d'assurances dommages : Gaz. cnes 2004, n° 1725, p. 12).

5° Résiliation annuelle

§ 99 Résiliation discrétionnaire

La résiliation annuelle est le procédé le plus contraignant pour les collectivités publiques dans la mesure où elle n'est subordonnée à aucun événement défini. Son utilisation à la discrétion des parties, constitue un élément d'imprévision pour les collectivités publiques quant à la continuité de l'exécution de leur contrat d'assurance dont les effets peuvent être aggravés par le bref délai d'information (2 mois) qui précède la résiliation lorsque celle-ci n'a pas fait l'objet d'aménagements contractuels. Eu égard aux délais de procédure de passation d'un marché et à la complexité de l'élaboration du cahier des charges, notamment s'agissant de la déclaration du risque (J. Lelong, Après les inondations, Villetelle est abandonnée par son assureur : Gaz. cnes 2002, n° 1669, p. 9), les personnes publiques risquent de n'avoir pas de contrats d'assurance pendant la période qui sépare la résiliation du contrat, de l'attribution d'un nouveau marché.

§ 100 Régime

Cette faculté est néanmoins légale au regard du droit des marchés publics et des contrats administratifs. Selon l'article L. 113-12 du Code des assurances, "l'assuré a le droit de résilier le contrat à l'expiration d'un délai d'un an, en envoyant une lettre recommandée à l'assureur au moins deux mois avant la date d'échéance. Ce droit appartient, dans les mêmes conditions, à l'assureur".

Le droit de résiliation unilatérale annuelle par l'assureur (et l'assuré) est en droit des assurances, d'ordre public (C. assur., art. L. 111-2). Et bien que le droit de résiliation doive être rappelé dans la police d'assurance, il ne s'agit pas d'un droit de résiliation conventionnel, mais d'une obligation d'origine légale assortie d'une obligation d'information.

Mise à jour du 22 février 2024 - Note de la rédaction

§ 100 Régime

Le pouvoir de résiliation annuelle que l'assureur titulaire du marché tire de l'article L. 113-12 du Code des assurances peut toutefois être mis en échec par un motif d'intérêt général. En effet, dans un arrêt du 12 juillet 2023, le Conseil d'État a considéré que le cocontractant public d'une

compagnie d'assurance peut demander au juge du référé " mesures-utiles " d'ordonner à celle-ci de repousser la date de résiliation du contrat, afin qu'il organise la procédure de passation d'un nouveau marché (CE, 12 juill. 2023, n° 469319, Grand port maritime de Marseille, mentionné dans les tables du recueil Lebon : JCP A 2023, 1324 , F. Lichère ; JCP A 2023, 2318, F. Allaire ; Contrats-Marchés publ. 2023, comm. 256, M. Ubaud-Bergeron ; Resp. civ. et assur. 2023, comm. 258, E. Coyault). Selon le juge, il résulte des " principes généraux applicables aux contrats administratifs que lorsque l'assureur entend en faire application pour résilier unilatéralement le marché qui le lie à la personne publique assurée et que le contrat ne prévoit pas un préavis de résiliation suffisant pour passer un nouveau marché d'assurance, cette dernière peut, pour un motif d'intérêt général tiré notamment des exigences du service public dont la personne publique a la charge, s'y opposer et lui imposer de poursuivre l'exécution du contrat pendant la durée strictement nécessaire, au regard des dispositions législatives et réglementaires applicables, au déroulement de la procédure de passation d'un nouveau marché public d'assurance, sans que cette durée ne puisse en toute hypothèse excéder douze mois, y compris lorsque la procédure s'avère infructueuse ". Ce faisant, le Conseil d'État étend la solution Grenke Location à d'autres hypothèses que celle de l'inexécution par les personnes publiques de leurs obligations contractuelles (CE, 8 oct. 2014, n° 370644, Sté Grenke location : JurisData n° 2014-023183 ; Contrats-Marchés publ. 2014, repère 11, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 329, note G. Eckert). En l'espèce, le juge a considéré que la nécessité que les dommages aux biens concourant au bon accomplissement des missions de service public confiées à un Grand Port Maritime soient couverts par une police d'assurance constitue un motif d'intérêt général justifiant la poursuite de l'exécution du marché. L'assureur reste toutefois en droit de contester le motif d'intérêt général devant le juge afin d'obtenir la résiliation du contrat.

§ 101 Faculté de dérogation

Néanmoins, l'article L. 113-12 du Code des assurances dispose qu'il "peut être dérogé à cette règle pour les contrats individuels d'assurance-maladie et pour la couverture des risques autres que ceux des particuliers". Les personnes publiques peuvent en conséquence prévoir dans leurs marchés publics d'assurance des clauses de dérogation au régime de résiliation annuelle. Cependant, de telles clauses ne sont guère séduisantes pour les assureurs qui, dans la situation de tension cyclique du marché de l'assurance, sont susceptibles de présenter des réserves aux cahiers des charges voir de s'abstenir de toute candidature. Dès lors, si ces clauses ne sont pas les plus opportunes pour susciter la présentation d'offres concurrentes, elles ne sont d'ailleurs pas nécessaires depuis la réforme du Code des marchés publics du 7 janvier 2004.

6° Refus de reconduction du contrat

§ 102 Obligation de reconduction

Le droit de résiliation annuelle du contrat dont dispose le titulaire d'un marché public d'assurance peut constituer dans une conjoncture de pénurie d'offres, une contrainte redoutable pour les collectivités publiques.

Aussi, une disposition incluse depuis la réforme du 7 janvier 2004, dans l'article 16 du Code des marchés publics repris à l'article R. 2112-4 du Code de la commande publique, permet de remettre en question l'applicabilité du droit de résiliation annuelle dont l'assureur dispose. Selon cet article,

un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale.

Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer.

Cette disposition peut ainsi faire échec au droit de résiliation annuelle quand le marché prévoit la reconduction du contrat à l'échéance d'un an.

Lorsque les marchés publics d'assurance sont composés de plusieurs contrats d'un an, reconduits par l'acheteur, le droit de résiliation annuelle ne peut être mis en oeuvre dans la mesure où le contrat s'achève automatiquement au bout d'un an rendant dès lors inapplicable le droit de résiliation annuelle alors même qu'il n'a pas été prévu au contrat, d'y déroger. De la sorte, les acheteurs se peuvent se prémunir, sauf stipulation contraire, de l'usage de la faculté de résiliation annuelle à laquelle les assureurs, titulaires de marchés publics d'assurance, ont maintes fois eu recours pour obtenir, souvent en méconnaissance du droit des modifications contractuelles, des augmentations de primes en cours de marché.

Bibliographie

F. Allaire

Les marchés publics d'assurance, contribution à la théorie de la formation des contrats : LGDJ, 2007

La résiliation unilatérale des marchés publics d'assurance : RFDA 2005, p. 1099

JCl. Propriétés publiques, fasc. 59-13, Assurance des biens, 2018

L. Bahougne

Le principe selon lequel " l'État est son propre assureur " : RFDA 2014, p. 1167

J. Bigot

Traité de droit des assurances : LGDJ