

N° 423159

Bureau européen d'assurance
hospitalière (BEAH)

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 9 janvier 2019

Lecture du 25 janvier 2019

- B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Le litige qui oppose la Sté hospitalière d'assurance mutuelle (SHAM), candidate évincée de l'attribution par le Centre hospitalier intercommunal (CHI) de Fréjus Saint-Raphaël d'un marché d'assurance, à ce dernier et à la société Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), mandataire du groupement avec lequel il l'a conclu le 23 décembre 2017, ne vous est pas inconnu. Vous avez ainsi annulé par une décision du 25 juin 2018 (*Sté hospitalière d'assurance mutuelle (SHAM)*, n° 417734, aux T) l'ordonnance du juge des référés du TA de Toulon qui avait rejeté le référé contractuel de la candidate évincée au motif que si le contrat avait bien été signé après que le Centre hospitalier avait reçu notification du référé précontractuel qu'elle avait formé, cette notification ne lui était pas opposable faute d'avoir été accompagnée de l'accusé de réception du dépôt et de l'enregistrement de sa requête. Vous avez censuré pour erreur de droit cette exigence et renvoyé l'affaire au juge du référé contractuel qui, par une ordonnance du 17 juillet 2018 contre laquelle la société Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH) se pourvoit en cassation, a prononcé la résiliation du marché à compter du 1^{er} mars 2019.

Il a considéré que les prestations prévues par les stipulations du marché relatives à la protection juridique des agents, et en particulier son volet défense pénale, figurant à l'article 2.2.19 du cahier des clauses techniques particulières, étaient des prestations d'assurance de protection juridique au sens du droit des assurances et constaté que le BEAH, courtier gestionnaire et mandataire du groupement, de disposait pas, en qualité d'intermédiaire d'assurances, d'un mandat de la société Areas Assurances, membre du groupement désigné comme étant celle qui devait garantir les risques relatifs à la protection juridique, en méconnaissance tant de l'article 4.1 du règlement de la consultation que des articles 48 à 54 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, qui imposent, dans le cas où le dossier de candidature est présenté par un intermédiaire d'assurances, le mandat en vertu duquel cet intermédiaire représentait la société candidate à l'attribution du marché. Il en a donc conclu que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en retenant une offre irrégulière.

Il a ensuite relevé que l'offre de la candidate évincée auteur du recours était également irrégulière, de sorte que le manquement commis par le pouvoir adjudicateur n'avait pas affecté ses chances d'obtenir le contrat, ce qui faisait obstacle à ce qu'il pût faire droit à ses

conclusions en annulation du contrat en application de l'article L. 551-18 du code de justice administrative. Il devait toutefois infliger l'une des autres sanctions prévues par l'article L. 551-20, à savoir la résiliation du contrat, la réduction de sa durée ou une pénalité financière et nous avons dit qu'il avait fait le choix de la résiliation avec effet différé.

Le principal moyen du pourvoi est tiré de ce que le juge du référé aurait commis une erreur de droit en jugeant que les prestations d'assurances prévues par les stipulations relatives à la défense pénale, qui visent « à défendre les intérêts des assurés exposés au risque du prononcé d'une sanction pénale, ne peuvent être regardées comme s'exerçant en même temps dans l'intérêt de l'assureur », de sorte qu'elles devaient être regardées comme des prestations de protection juridique.

Ce raisonnement porte sur les dispositions combinées des articles L. 127-1 et L. 127-6 du code des assurances. Le premier définit l'opération d'assurance de protection juridique comme recouvrant « *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* ». Aux termes du second, « *Les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent pas : (...) 2° A l'activité de l'assureur de responsabilité civile pour la défense ou la représentation de son assuré dans toute procédure judiciaire ou administrative, lorsqu'elle s'exerce en même temps dans l'intérêt de l'assureur* ». Dans ce dernier cas, les prestations d'assurance relèvent non de l'assurance « protection juridique » mais de l'assurance « responsabilité civile ».

Contrairement à ce que soutient la SHAM en défense, l'erreur éventuellement commise par le juge du référé quant à la qualification juridique des prestations d'assurance n'est pas sans incidence sur le dispositif de son ordonnance en tant qu'il fait grief à l'auteur du pourvoi. Cette qualification fonde le constat de l'irrégularité du marché litigieux, qui fonde à son tour le choix de la sanction prononcée en application de l'article L. 551-20, lequel ouvre au juge du référé contractuel le choix entre l'annulation du contrat, sa résiliation ou une pénalité financière. La société BEAH ayant intérêt à contester la résiliation du marché qui lui a été attribuée a donc intérêt à critiquer les motifs qui la justifient aux yeux du juge du référé. Que l'irrégularité de la passation du contrat ait été invoquée par l'auteur du référé contractuel à l'appui de conclusions en annulation du contrat qui ont finalement été rejetées par le juge ne rend donc pas inopérante sa critique par le titulaire du contrat.

La question de savoir si les prestations objet d'un contrat d'assurances relèvent de la « protection juridique » ou de la « responsabilité civile » est une question de qualification juridique qui, comme toute opération de qualification juridique, comporte une part de raisonnement juridique et une part d'interprétation des stipulations du contrat. Si cette dernière est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, vous contrôlez au titre de l'erreur de droit le maniement du critère légal qui conduit à déterminer de quelle catégorie juridique relèvent les prestations du contrat (voyez par exemple, pour la qualification de missions d'intermédiation d'assurance de prestations dont le contenu est souverainement constaté par les juges du fond : CE, 10 février 2014, *Société Cabinet Henri Abecassis*, n° 367262, aux T). En l'occurrence, la question posée par le pourvoi ne porte pas sur la détermination des prestations d'assurance qui, aux termes de l'article 2.2.19 du cahier des clauses techniques particulières, consistent « à défendre l'assuré, le directeur de

l'établissement et les personnes ayant reçu une délégation de pouvoir dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que les agents placés sous l'autorité de l'assuré pendant leur service, lorsqu'ils sont personnellement poursuivis devant une juridiction répressive à l'occasion d'un dommage garanti au titre du contrat « Assurance Responsabilité Civile » », mais sur l'application à ces prestations du critère légal tenant à ce que « *l'activité de l'assureur de responsabilité civile pour la défense ou la représentation de son assuré dans toute procédure judiciaire ou administrative, ... s'exerce en même temps dans l'intérêt de l'assureur* », qui a pour effet de l'exclure du champ de la protection juridique.

Si, comme dans les affaires de la Caisse des dépôts et consignations également à votre rôle de ce jour, nous ne voyons pas de difficulté à ce que vous adoptiez une conception différente de celle de la juridiction judiciaire d'une notion générale telle que celle d'omission déclarative pour l'application de textes différents à des situations juridiques différentes, il nous semblerait tout à fait inopportun qu'une même disposition législative permettant de qualifier une même prestation d'assurance soit interprétée différemment selon que cette prestation figure dans un contrat de droit privé ou dans un contrat qui n'est administratif que par détermination de la loi. Et comme cette disposition législative figure dans le code des assurances, dont le juge judiciaire a une pratique à la fois beaucoup plus longue et ample que la vôtre, c'est naturellement vers sa jurisprudence que nous nous tournons pour déterminer le sens et la portée qu'il convient de donner à ce critère de l'activité d'assurance de responsabilité s'exerçant « *en même temps dans l'intérêt de l'assureur* », critère issu de l'article 2 de la directive n° 87/344/CEE du 22 juin 1987 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance-protection juridique, dont l'article L. 127-6 assure la transposition.

Il en ressort de manière constante que l'exclusion posée par cet article ne joue que lorsque l'intervention de l'assureur "concerne les événements entrant dans le cadre de la police" (1^{ère} Civ., 8 juillet 1997, n° 95-13.484, Bull. 1997, I, n° 232). Par un autre arrêt du même jour, la Cour a jugé qu'une clause dite "assistance juridique, défense et recours" figurant dans un contrat d'assurance de responsabilité professionnelle ayant vocation à jouer même en dehors du cadre des garanties au fond de l'assureur relevait de la garantie de protection juridique (1^{ère} Civ., 8 juillet 1997, n° 95-17.548, Bull. 1997, I, n° 231). Elle a confirmé cette interprétation quelques années plus tard en indiquant qu'« une clause qui prévoit l'intervention de l'assureur uniquement en cas d'action mettant en cause une responsabilité garantie par le contrat ne constitue pas une garantie de protection juridique indépendante de toute autre qui s'imposerait à l'assureur quelles que soient les circonstances du sinistre » (2^o Civ., 28 février 2013, n° 12-12.813, Bull. 2013, II, n° 44).

Le critère de l'intérêt de l'assureur s'apprécie donc en fonction du périmètre de la garantie d'assistance juridique : l'assureur a un intérêt personnel à l'issue d'une action en justice à laquelle est partie son assuré lorsque cette action est susceptible de déboucher sur une responsabilité qu'il est tenu de garantir. Dans ce cas, il doit pouvoir se réserver la possibilité de veiller lui-même à la défense des intérêts de son assuré, dans les droits et obligations duquel il pourra être subrogé. Les clauses de défense et de représentation sont alors considérées comme des clauses de direction du procès, accessoires à la garantie de responsabilité civile qui pourra l'obliger à prendre en charge la condamnation de son assuré. En revanche, si la garantie d'assistance juridique porte sur des obligations qu'il n'assure pas, il n'a aucun intérêt personnel à l'issue du litige. Il doit seulement prendre en charge par l'assureur les frais exposés par son assuré pour la défense de ses seuls intérêts.

L'application de ce critère aux prestations du contrat litigieux telles qu'elles ressortent des stipulations précitées conduit sans aucun doute à les regarder comme s'exerçant « *en même temps dans l'intérêt de l'assureur* » puisqu'elles consistent « à défendre l'assuré, le directeur de l'établissement et les personnes ayant reçu une délégation de pouvoir dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que les agents placés sous l'autorité de l'assuré pendant leur service, lorsqu'ils sont personnellement poursuivis devant une juridiction répressive à l'occasion d'un dommage garanti au titre du contrat « Assurance Responsabilité Civile » » et seulement à l'occasion d'un dommage garanti à ce titre. Il ne s'agit donc pas d'une garantie « protection juridique » indépendante, mais d'un accessoire de la garantie responsabilité civile. Le juge du référé a donc commis une erreur de droit en jugeant le contraire.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'ordonnance attaquée, sans avoir besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, qui ne seraient pas fondés si vous écarterez le premier puisque le juge du référé n'a ni inexactement qualifié les faits ni ne les a dénaturés en jugeant que l'irrégularité du contrat entraînait sa résiliation.

Vous devrez, s'agissant d'une deuxième cassation, régler l'affaire au titre de la procédure de référé contractuel.

Vous écarterez, pour les raisons que nous venons de dire, le moyen retenu à tort par le juge du référé et qui était le seul manquement reproché au pouvoir adjudicateur dans l'attribution du contrat. Les prestations d'assurance ne portant pas sur des risques relatifs à la protection juridique, la société mandataire du groupement n'avait pas à produire de mandat pour l'exercice d'une telle garantie.

En l'absence d'irrégularité entachant la procédure de passation du contrat, la candidate évincée n'est pas fondée à demander l'annulation du contrat, indépendamment même de la question de savoir si son offre était régulière¹.

Vous devez donc fixer, en application de l'article L. 551-20, la sanction qu'il convient d'infliger au pouvoir adjudicateur pour avoir méconnu l'obligation de ne pas signer le marché alors qu'un référé précontractuel avait été formé. Nous ne voyons pas de raison de prononcer la résiliation d'un contrat régulier. Vous devrez alors infliger une pénalité financière (sur cette obligation : CE, 30 nov 2011, *Société DPM protection centre hospitalier Andrée Rosemon*, n° 350788, au rec). Le montant de cette pénalité est fonction du montant du contrat et des circonstances de la méconnaissance de l'obligation de suspension qu'elle sanctionne. Le montant du marché s'élève à près de 650 000 euros TTC. Les circonstances de la conclusion irrégulière du contrat n'incitent pas à la clémence, le Centre hospitalier ayant signé le marché un samedi, alors qu'il avait reçu notification deux jours auparavant du recours formé par la SHAM. Même sans lui imputer d'intention de court-circuiter ce recours, la plus élémentaire prudence aurait dû l'inciter à ne pas signer le marché. Nous vous proposons donc de fixer cette amende à 20 000 euros, afin de rappeler aux acheteurs publics que la notification d'un recours contentieux doit conduire à suspendre la signature du contrat, sans chercher des

¹ Elle ne l'était pas : nous partageons sur ce point l'analyse du premier juge. L'article 7.2 du CCAP imposait l'indication dans les annexes de prix des indices de référence des clauses d'indexation et de leur périodicité. Or l'offre de la SHAM se bornait à indiquer que les cotisations relatives à la responsabilité civile seraient révisées annuellement « en fonction de l'EPRD déclaré et ce conformément aux dispositions de l'article 19 des conventions spéciales CS RC FRA 17 A », lesquelles n'étant pas produites à l'appui de son offre, il n'était pas possible de déterminer l'indice de référence exigé par le cahier des clauses administratives particulières.

raisons juridiquement douteuses de s'y soustraire. Vous aviez retenu un tel montant dans le cas d'une volonté encore plus manifeste de faire échec au recours précontractuel (CE, 14 février 2017, *Sté des eaux de Marseille*, n° 403614, aux T), mais les cas dans lesquels vous avez fixé des sommes inférieures (10 000 euros : *sté DPM* précitée; 1er mars 2012, *OPAC du Rhône*, n° 355560, aux T; 15 février 2013, *sté SFR*, n° 363854, aux T) faisaient apparaître une bonne foi de l'acheteur qu'il apparaît ici plus difficile de porter au crédit du Centre hospitalier de Fréjus.

EPCMNC : - Annulation de l'ordonnance attaquée;

- Rejet de la demande de référé contractuel présentée par la SHAM ;
- Condamnation du Centre hospitalier de Fréjus à verser au Trésor Public une pénalité de 20 000 euros;
- A ce que vous mettiez à la charge de la SHAM et du Centre hospitalier de Fréjus le versement à la société BEAH d'une somme de 1 500 euros chacun au titre des frais exposés par elle devant vous.