N° 390062 – SCI Nefertari

9^{ème} et 10^e chambres réunies

Séance du 21 novembre 2016

Lecture du 7 décembre 2016

Conclusions

Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteur public

Nefertari n'est pas seulement le nom de plusieurs princesses royales de l'Égypte antique – et notamment de Nefertari Meryenmout, « La plus belle de toutes, aimée de Mout », « Celle pour qui brille le soleil », « Dame de grâce » et « Grande de louanges », grande épouse royale du pharaon Ramses II dont il aurait écrit « En mourant, elle a volé mon cœur ». C'est aussi le nom d'une société civile immobilière qui a racheté, en 2011, un immeuble partiellement achevé (à 80 %) situé à la Réunion destiné à la vente et qui, dans ce cadre, a saisi la société Axa d'une demande de souscription d'une assurance dite « *constructeur non réalisateur et dommages ouvrage* », obligatoire en vertu des articles L. 241-2 et L. 242-2 du code des assurances.

La société Axa lui ayant opposé un refus, la SCI a alors saisi le bureau central de tarification, en application de l'article L. 243-4 du même code qui prévoit que toute personne assujettie à l'obligation de s'assurer qui, ayant sollicité la souscription d'un contrat auprès d'une entreprise d'assurance, se voit opposer un refus, peut saisir ce bureau, dont le rôle est alors de « *fixer le montant de la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance intéressée est tenue de garantir le risque qui lui a été proposé* ».

Par une décision du 20 février 2014, ce bureau a décidé que la société Axa devait garantir la SCI Nefertari en fixant la prime d'assurance à un taux global de 7,2% pour un coût total des travaux à assurer de 977 163,55 euros TTC. Il était indiqué que la SCI Nefertari n'était fondée à se prévaloir des dispositions de cette décision que « pendant un délai de trois mois à compter de la notification de celle-ci ».

S'étant vue opposer un nouveau refus de contrat par la société Axa, la SCI a adressé à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, le 2 août 2014, une demande tendant à ce qu'il soit procédé au retrait de l'agrément de cette société en application de l'article L. 243-6 du code des assurances, disposant que « *Toute entreprise d'assurance qui maintient son refus de garantir un risque dont la prime a été fixée par le bureau central de tarification est considérée comme ne fonctionnant plus conformément à la réglementation en vigueur et encourt le retrait de l'agrément administratif prévu par l'article L. 321-1 du présent code* ».

La demande de la SCI a toutefois été rejetée par un courrier du 9 avril 2015, au motif que la SCI ne pouvait se prévaloir de la décision du BCT que pendant un délai de trois mois à compter de sa notification et que sa demande, adressée à Axa le 14 novembre 2014, était donc « hors délai ».

La SCI Nefertari vous demande l'annulation pour excès de pouvoir de ce refus, étant précisé que le référé suspension formé à son encontre a, quant à lui, fait l'objet d'un rejet pour défaut d'urgence (JRCE, 20 mai 2015, *SCI Nefertari*, n° 390061). Cette demande d'annulation a été assortie, au stade du mémoire en réplique de la société, de conclusions indemnitaires tendant à la condamnation de l'Etat à lui verser une somme de 70 000 euros en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi.

Commençons par les conclusions de la requête tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la lettre du 9 avril 2015.

L'examen tant de votre compétence que de la recevabilité du recours suppose de vous pencher un instant sur la nature de l'acte attaqué.

Il ne nous paraît pas faire de doute, contrairement à ce que soutient l'ACPR en défense qui tente de se raccrocher à votre décision *Société Alsass et autres* du 28 septembre 2011 (n° 349820, T. pp. 786-790-1063-1114) par laquelle vous avez jugé qu'une lettre qui constitue une simple interprétation des dispositions du code des assurances et n'emporte aucun effet de droit n'est pas décisive, que l'acte attaqué constitue bien une décision de refus d'engagement par cette Autorité d'une procédure de sanction à l'encontre de la société Axa. En effet, cette lettre ne se borne pas à rappeler les règles issues du code des assurances : en énonçant « *votre demande (...) étant hors délai, nous n'interviendrons pas dans ce dossier* », elle rejette expressément la demande de la SCI qui tendait à ce que l'ACPR prenne à l'égard d'une société d'assurance les mesures relevant de ses pouvoirs de sanction, en application des dispositions combinées de l'article L. 243-6 du code des assurances et de l'article L. 612-39 du code monétaire et financier confiant à l'Autorité un pouvoir de sanction pouvant aller jusqu'au retrait total d'agrément.

Dès lors, s'agissant d'une décision de refus de mettre en œuvre des pouvoirs de sanction dont dispose l'ACPR au titre de sa mission de contrôle et de régulation, les conclusions à fin d'annulation présentées par la SCI, d'une part, relèvent de votre compétence en premier et dernier ressort, et d'autre part, sont dirigées contre une décision susceptible de recours et faisant grief à la SCI (v. par ex., s'agissant du refus de l'ancienne Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles d'engager une procédure disciplinaire : CE, Section, 30 novembre 2007, *T... et autres*, n° 293952, p. 459, concl. L. Olléon ; s'agissant du refus de l'ARCEP de donner suite à une plainte : CE, 4 juillet 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications*, n° 334062 347163, aux Tables ; dans le même ordre, concernant le refus d'une autorité de régulation de mettre en œuvre ses pouvoirs de contrôle et de police pour assurer la sécurité des marchés : CE, 9 octobre 2013, *SELAFA MJA*, n° 359161, T. pp. 471-741-746).

Vous écarterez ainsi la fin de non-recevoir opposée par l'ACPR et en viendrez à l'examen des moyens de la requête. Une fois n'est pas coutume, nous commencerons par le bien-fondé.

S'agissant d'abord du moyen tiré de ce que la décision serait entachée d'inexactitude matérielle, en ce qu'elle indique que la demande de la SCI sollicitant un contrat conforme à la décision du BCT est intervenue après l'expiration d'un délai de trois mois, il ressort des pièces du dossier que la demande de contrat formée auprès d'Axa le 18 avril 2014 ne reprenait pas les conditions de la décision du BCT.

En particulier, la demande du 18 avril 2014 portait sur un taux de prime de 5% seulement, bien plus favorable que les conditions fixées par le BCT. Cette demande à des conditions différentes de celles du BCT s'explique aisément si l'on prend en considération le fait que la SCI, estimant trop élevé le taux de prime retenu par le bureau, en a contesté les termes. Ce n'est finalement que le 14 novembre 2014, soit plus de trois mois après la notification de la décision du BCT, que la SCI Nefertari a sollicité un contrat reprenant exactement ses conditions.

S'agissant ensuite des conséquences tirées par la décision attaquée de l'expiration de ce délai, elles ne nous paraissent pas entachées d'erreur de droit.

Certes, la loi et les règlements applicables n'enserrent pas dans un délai déterminé la validité des décisions prises par le BCT et aucun texte ne prévoit expressément la faculté d'encadrer ainsi dans le temps la durée d'opposabilité aux assureurs de ces décisions.

Mais, d'une part, le caractère nécessairement borné dans le temps de l'opposabilité des conditions fixées dans la décision du BCT nous paraît découler de considérations économiques, tenant au fait que le bureau se prononce dans un environnement économique et financier précis à une date donnée et au regard des risques et garanties que présente une opération à un moment déterminé, lesquels sont susceptibles d'évoluer et de remettre en cause son analyse sur les conditions auxquelles un assureur peut être tenu d'assurer cette opération. Elle nous paraît résulter aussi de préoccupations de sécurité juridique, afin de ne pas laisser suspendue éternellement au-dessus de la tête des assureurs une épée de Damoclès, en les exposant pour une durée indéterminée à l'obligation de devoir conclure un contrat à des conditions qui n'auraient plus de pertinence, sous peine de la sanction « atomique » du retrait d'agrément en cas de refus de leur part. L'obligation légale pour l'assureur de couvrir un risque obligatoire constituant, comme l'a relevé la Cour de cassation dans un arrêt du 17 mai 1982 (Cass. com. Civ. 1^{ère}, n° 81-10335, Bull. civ. 1 n° 179), une limitation à la liberté de contracter de l'assureur, elle nous paraît devoir être bornée dans le temps.

D'autre part, il nous semble qu'en confiant au BCT, par l'article L. 243-4 du code des assurances, le rôle de « *de fixer le montant de la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance intéressée est tenue de garantir le risque qui lui a été proposé* », le législateur a donné compétence à ce bureau pour fixer également le délai durant lequel la prime ainsi proposée peut

être regardée comme adaptée et comme s'imposant à l'assureur et, par suite, le délai au-delà duquel l'assureur n'est plus tenue de garantir à ces conditions le risque proposé.

Dès lors qu'en l'espèce, la décision du BCT du 20 février 2014 prévoyait que la SCI Nefertari ne pouvait se prévaloir du taux de prime qu'elle fixait que « *pendant un délai de trois mois* », la société Axa n'était tenue de garantir le risque proposé à ce taux que jusqu'à l'expiration de ce délai et une demande de contrat d'assurance présentée au-delà de cette date ne pouvait faire naître une décision de refus de garantie au sens de l'article L. 243-6 du code des assurances, de nature à justifier le retrait d'agrément.

C'est donc sans erreur de droit que, ayant constaté que la première demande de la SCI reprenant les conditions du BCT avait été présentée plus de trois mois après la notification de la décision de ce dernier, la décision attaquée en déduit que la société Axa n'avait pas maintenu son refus de garantir un risque dont la prime a été fixée par le BCT au sens de l'article L. 243-6 du code des assurances, et qu'elle rejette la demande de la SCI tendant à ce que l'ACPR engage une procédure de retrait d'agrément sur le fondement de ces dispositions.

Si les moyens de légalité interne ne sont donc pas fondés, il n'en va pas de même des moyens tenant à la régularité de la décision et à la compétence de son auteur.

En effet, l'auteur de l'acte attaqué ne nous paraît pas identifiable. La lettre porte l'en-tête du secrétariat général de l'ACPR, direction du contrôle des pratiques commerciales, service informations et réclamations et indique que le dossier est suivi par Mme Annick H.... Elle est signée « Le Chef de service » ; puis suit « pour ordre » et une signature manuscrite illisible. A sa lecture, il n'est possible de déterminer, ni de quel « chef de service » il s'agit (le chef du service informations et réclamations ? celui de la direction du contrôle des pratiques commerciales ? ou le secrétaire général lui-même qui dirige les services de l'Autorité ?), ni l'identité de la personne ayant signé « pour ordre ».

Il en résulte, d'une part, que les exigences de l'article 4 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, dans le champ duquel la demande de la SCI entrait, ont été méconnues, ce qui entache d'irrégularité la décision (v. par ex. CE, 11 mars 2009, *Commune d'Auvers-sur-Oise*, n° 307656).

Il en résulte, d'autre part, qu'il est impossible de vérifier la compétence de l'auteur de l'acte et s'il avait délégation pour le signer. En effet, si la décision d'engager ou non une procédure de poursuite ne relève pas, contrairement à ce que soutient la SCI, de la commission des sanctions, elle ne relève en principe pas davantage du « chef de service » - qu'il s'agisse du service informations et réclamations ou du secrétaire général de l'Autorité lui-même - mais du collège de supervision ou du collège de résolution. Certes, l'article L. 612-15 du CMF prévoit que le secrétaire général, qui organise et dirige les services de l'Autorité, « *peut recevoir une délégation de compétences du collège de supervision* », notamment s'agissant des mesures visées au premier alinéa de l'article L. 612-38 du CMF. Mais l'ACPR ne soutient ni n'établit qu'il aurait été fait en

l'espèce usage de cette faculté. Au demeurant, l'article R. 612-17 du CMF limite la faculté de délégation de signature du SG aux agents de ses services aux seules mesures relevant de ses compétences propres.

En défense, l'Autorité fait valoir qu'elle était en situation de compétence liée pour rejeter la demande de la SCI, ce qui rendrait inopérants les moyens d'irrégularité externe et d'incompétence soulevés.

Il y a matière à hésiter au regard de la subtile distinction entre appréciation sur les faits et constatation de fait qui sous-tend votre décision de Section *M...* du 3 février 1999 (n° 149722, p. 6), le resserrement du verrou de la compétence liée que cette décision avait initialement marqué semblant s'être quelque peu assoupli, notamment en matière d'urbanisme, au profit d'une conception parfois relâchée de la simple constatation de fait (v. par ex. CE, 27 juillet 2012, *Mme S...*, n° 316155, T. pp. 560-1026, aux concl. contraires d'E. Crépey). La ligne de démarcation n'est pas toujours claire. A titre d'illustration, dans votre décision du 17 septembre 1999, *Société Cannon Immobilière* (T. p. 611), vous avez jugé qu'un maire n'est pas en situation de compétence liée pour refuser une demande de permis de construire pour absence de conformité des aires de stationnement aux normes fixées par le P... d'occupation des sols, une telle décision supposant d'apprécier, « même implicitement », s'il est possible de mettre en œuvre des dispositions dérogatoires du code de l'urbanisme. Autre exemple d'une approche restrictive de cette notion, votre décision *D...* du 19 juillet 2010 (n° 331013, T. pp. 620-767-921), par laquelle vous avez jugé que si l'administration doit, aux termes de l'article 21-16 du code civil, rejeter la demande de naturalisation d'un étranger n'ayant pas sa résidence en France au moment de la signature du décret de naturalisation, il ne s'agit cependant pas d'une compétence liée, l'administration étant appelée à porter une appréciation sur les faits de l'espèce. En revanche, par votre récente décision *Commune de Chelles* du 9 juillet 2014 (n° 373295, p. 217), vous avez jugé que lorsqu'il est constaté que des travaux sont, en vertu des dispositions du code de l'urbanisme, soumis à l'obligation d'obtenir un permis de construire mais n'ont fait l'objet que d'une simple déclaration, le maire est en situation de compétence liée pour s'opposer aux travaux déclarés. Et tandis que, lorsqu'il constate la péremption d'un permis de construire et la réalisation de travaux postérieurement à celle-ci, le maire n'est pas en situation de compétence liée pour prescrire l'interruption de ces travaux car il est, jugez-vous, nécessairement conduit à porter une appréciation sur les faits (CE, 29 décembre 2006, *Ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer*, p. 586), il se trouve à l'inverse en compétence liée pour prescrire une telle interruption en cas, non de péremption, mais d'absence de permis (CE, 20 février 2002, *P...*, n° 235725, aux concl. contraires d'E. Mignon).

En l'espèce, à la lecture de la décision attaquée, qui se borne à constater que la demande de la SCI a été formée plus de trois mois après la décision du BCT pour en déduire qu'ayant été formée après l'expiration du délai fixé par le bureau, elle n'avait fait naître aucune décision de maintien d'un refus de garantie aux conditions fixées par le BCT en méconnaissance de l'article L. 243-6 du code des assurances, exposant l'assureur à un retrait d'agrément, l'acte en cause peut sembler tirer simplement les conséquences d'un constat de date vouant à l'échec la demande

d'engagement de poursuite disciplinaire soulevée par la SCI. Or vous avez déjà admis que lorsqu'une demande était présentée postérieurement à l'expiration d'un délai institué par la loi, l'autorité se trouve en situation de compétence liée pour la rejeter (CE, 25 novembre 1998, C..., n° 164824, aux Tables).

Mais d'une part, une telle appréhension de la décision attaquée nous paraît faire peu de cas des autres éléments du dossier, notamment des échanges entre la SCI et l'ACPR l'ayant précédée et au cours desquels la SCI avait été invitée à démontrer qu'elle avait formé en temps utiles une demande de garantie conforme aux conditions du BCT. En considérant que c'est au regard de la demande formée le 14 novembre 2014 qu'il convenait d'apprécier l'existence d'un refus de garantie, la décision écarte nécessairement, bien que cela ne soit qu'implicite, la prise en compte de la demande du 18 avril 2014 adressée à Axa par la SCI Néfertari comme n'ayant pas porté sur une demande de garantie selon les conditions posées par le BCT. Or la vérification que la demande de garantie adressée à un assureur reprend les conditions posées par ce bureau, si elle peut être regardée comme un simple constat d'identité des conditions demandées à l'assureur et de celles posées par le bureau, peut aussi nécessiter dans certaines hypothèses un exercice d'appréciation des faits. Par exemple, en l'espèce, sur la consistance des dépenses de travaux que le bureau appelait à retrancher du montant total à assurer – même si le taux de prime sollicité étant différent, cela suffisait en tout état de cause à constater aisément et sans avoir à porter d'appréciation sur les faits, la non-conformité.

D'autre part, nous ne sommes pas éloignée de penser que déterminer si une situation justifie l'engagement de poursuites et la mise en œuvre du pouvoir de sanction exclut, par nature, la simple vérification-constat, mais implique toujours une appréciation des faits pour conclure à l'existence ou non d'un manquement. La circonstance que la SCI Néfertari n'avait présenté sa première demande de garantie reprenant exactement les conditions posées par le bureau qu'après l'expiration du délai de 3 mois suffisait certes à exclure l'application d'une sanction pour refus illégal de garantie au regard de l'article L. 243-6 du code des assurances, qui était seul invoqué par la SCI, mais il fallait toutefois pour cela apprécier s'il y avait refus illégal de garantie. La notion de compétence liée ne nous paraît devoir être maniée qu'avec précaution dans le domaine de l'engagement d'une procédure de sanction. Tel est évidemment le cas en présence d'un constat de manquement et d'une décision positive d'engagement des poursuites, dans laquelle peut entrer une dose d'opportunité et la prise en compte d'autres intérêts généraux dont l'autorité administrative a la charge. Mais tel nous semble pouvoir également être le cas en présence de faits portés à la connaissance de l'autorité comme constituant un manquement à telle disposition et qui, tout en ne relevant pas des dispositions invoquées dans la « plainte » ou la demande de poursuite adressée à l'autorité, pourrait relever d'une autre catégorie de manquement et attirer suffisamment l'attention de l'ACPR pour qu'elle engage une procédure de contrôle ou de sanction.

Après hésitation et réflexion, tout en ayant conscience d'être ici sur le fil du rasoir de votre jurisprudence *M...* du 3 février 1999, nous penchons donc pour l'absence de compétence liée. Par suite, les moyens d'incompétence et de méconnaissance de l'article 4 de la loi du 12 avril 2000

n'étant pas inopérants, ils vous conduiront à annuler la décision du 9 avril 2015. Une telle annulation impliquant seulement le réexamen de la demande de la SCI, lequel tiendra compte du sort contentieux de la décision du BCT en cours devant les juges du fond, vous enjoindrez à l'Autorité de procéder à ce réexamen sous un délai de trois mois à compter de la notification de votre décision, sans qu'il y ait lieu d'assortir cette injonction d'une astreinte.

Si vous ne nous suivez pas, vous rejetterez en revanche les conclusions à fin d'annulation présentées par la SCI Néfertari et, par suite, ses conclusions à fin d'injonction.

Il vous restera encore à examiner les conclusions indemnitaires présentées par la requérante.

Ces conclusions ressortissent à la compétence en premier ressort, non de votre section du contentieux, mais du tribunal administratif (cf. CE, 18 décembre 2013, *Mme L C... et autres*, n° 365844, aux Tables).

L'ACPR vous toutefois à ne pas renvoyer l'affaire à ce tribunal et à faire usage de la faculté ouverte par l'article R. 351-4 du CJA de rejeter vous-mêmes, nonobstant les règles de répartition des compétences, les requêtes entachées d'une irrecevabilité manifeste insusceptible d'être couverte en cours d'instance.

Le contentieux indemnitaire a bien été lié par la SCI (qui a présenté une réclamation datée du 29 juillet 2015 à l'ACPR qui n'y a pas répondu) et ses conclusions vous ont été présentées dans le délai de deux mois à compter du rejet implicite de cette réclamation. L'ACPR soutient toutefois qu'elles seraient irrecevables, en ce qu'elles constituent une demande nouvelle au regard des conclusions d'excès de pouvoir initialement formées, et tardive car présentée après l'expiration du délai de recours contre la décision du 18 novembre 2014.

Il est vrai que ces conclusions constituent une demande nouvelle. Et il est également vrai qu'ainsi que l'ACPR le souligne, vous avez déjà jugé que des conclusions indemnitaires présentées postérieurement à l'expiration du délai de recours ouvert contre une décision attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir étaient irrecevables (v. CE, 30 juillet 1997, *ANPE c/ M. B...*, n° 149066 – les autres décisions invoquées par l'ACPR sont en revanche non pertinentes, s'agissant de conclusions irrecevables car nouvelles en cause d'appel, et non de conclusions présentées en première instance comme en l'espèce).

Mais cette décision, inédite au Recueil et qui nous paraît avoir calqué la solution habituellement retenue en présence de conclusions indemnitaires nouvelles en cause d'appel, nous paraît contestable. D'une part, il est paradoxal d'opposer à des conclusions indemnitaires formées dans les délais au regard de la décision de rejet de la réclamation préalable ayant lié ce contentieux le délai du recours pour excès de pouvoir contre une autre décision, fût-ce celle dont l'illégalité fautive alléguée est à l'origine de la demande d'engagement de la responsabilité de l'Etat. D'autre part, il nous semble singulièrement formaliste de rejeter comme irrecevables des conclusions au seul motif qu'elles ont été formées sous le même numéro qu'un recours pour

excès de pouvoir préalablement formé, alors qu'il vous suffirait de les enregistrer sous un numéro distinct pour ressusciter leur recevabilité et que le renvoi au tribunal administratif auquel nous vous invitons dans la présente affaire démontre qu'elles peuvent « vivre leur vie contentieuse » en parallèle des conclusions d'excès de pouvoir.

Dès lors, nous vous invitons à renvoyer ces conclusions au tribunal administratif de Paris, territorialement compétent, et à ne pas les rejeter comme entachées d'une irrecevabilité manifeste.

Par ces motifs, nous concluons :

- à ce que le jugement des conclusions de la requête de la SCI Nefertari tendant à la condamnation de l'Etat à lui verser une indemnité de 70 000 euros soit attribué au tribunal administratif de Paris ;
- à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du 9 avril 2015 refusant d'instruire la demande de la SCI Nefertari tendant au prononcé d'une sanction à l'encontre de la société Axa ;
- à ce qu'il soit enjoint à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution de procéder au réexamen de la demande de la SCI Nefertari dans un délai de trois mois à compter de la notification de votre décision ;
- et au rejet du surplus des conclusions de la requête.