

LES MARCHÉS PUBLICS D'ASSURANCE

(Contribution à la théorie de la formation des contrats)

Frédéric ALLAIRE

Docteur en droit

« Si les assureurs savent faire les contrats, il faut qu'ils sachent que, désormais, c'est avec nous qu'ils les font en se pliant à nos exigences... car c'est à la collectivité de maîtriser la procédure et la négociation »¹ déclarait la responsable du bureau des marchés d'un Conseil général. Depuis le décret du 27 février 1998 modifiant le code des marchés publics en ce qui concerne les règles de mise en concurrence et de publicité des marchés de services, transposant la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, les « services d'assurances » sont soumis au droit des marchés publics. Pendant quelque six années de soumission des services d'assurance au droit des marchés publics, la question de son opportunité et des conditions de cette soumission n'a pas laissé pas d'être posée, justifiant que soit démêlé l'écheveau d'une critique constante. Ainsi, les services d'assurances sont-ils retords à la soumission au droit des marchés publics ?

Le code des marchés publics dispose dans son article 1^{er} que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures « permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »².

Ainsi formulée, la recherche d'efficacité ne serait pas seulement un effet induit éventuel de la mise en œuvre du dispositif, mais une condition *sine qua non* de son effectivité. Dès lors, le droit des marchés publics impose d'étudier comment et avec quel succès, la recherche de l'efficacité est devenue plus qu'un moyen, la finalité du dispositif juridique. Quelle est la portée de cette obligation et comment a-t-elle généré une refondation des rapports contractuels et du contrat ?

Dans le cas des services d'assurance, la soumission au droit des marchés publics pose inévitablement la question de ces effets sur le contrat d'assurance, à la fois en tant qu'émanation de la théorie générale du contrat mais aussi en tant qu'acte produit d'une opération économique et technique particulière qui a fondé l'élaboration d'un droit du contrat spécial.

Le contrat, tel qu'il est pensé dans la théorie générale des obligations, est une norme produite par l'échange de volonté de plusieurs parties. Dès lors qu'il y a accord, la norme est parfaite. La perfection de la norme contractuelle s'analysant en ces termes, c'est le consentement qu'il faut protéger. Le rapport contractuel tel qu'il est pensé dans la tradition civiliste montre ses limites en excluant de son champ la question de la valeur du contrat, sinon de manière

¹ C. LEGERON, « Les marchés publics d'assurance », témoignage, *La Gazette des Communes*, 4 septembre 2000, p. 19.

² Le Conseil Constitutionnel a consacré sur le fondement des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la valeur constitutionnelle des principes énoncés dans l'article 1^{er} du code des marchés publics ; Conseil constitutionnel, n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *JO* n° 152 du 3 juillet 2003, p. 11205, point 10.

marginale³ et correctrice⁴. Le contrat est un contenant parfait dès lors que les parties sont arrivées à un accord consenti⁵.

L'objectif d'économie et d'efficacité de la commande publique dégagé exclusivement par le code des marchés publics met en lumière une évolution commune du droit des marchés publics français et communautaire : il doit avoir pour effet de faire émerger un contrat dont la qualité soit la meilleure possible. Cette contrainte se manifeste dans l'obligation centrale de sélection de « l'offre économiquement la plus avantageuse »⁶. Le droit des marchés publics est un régime juridique qui fonde *l'obligation pour la personne responsable du marché de conclure un contrat dont la qualité économique est objectivement observable*.

S'ajoute alors à la problématique de la compatibilité des théories juridiques des obligations, la question de l'effectivité du droit des marchés publics à dégager et à appréhender la valeur économique d'un contrat d'assurance.

Par ailleurs, le contrat d'assurance est l'émanation d'une opération technique et économique qui a justifié l'émergence d'un régime juridique spécial. Le contrat d'assurance est l'émanation de l'opération d'assurance par laquelle « un assureur s'engage à exécuter une prestation au profit d'une autre personne en cas de réalisation d'un événement aléatoire, le risque, en contrepartie de la perception d'une somme d'argent, la prime »⁷. La personne responsable du marché est-elle en mesure d'appréhender selon les dispositions du code des marchés publics, la valeur économique d'une offre fondée sur une évaluation de risques dont la probabilité de survenance est fondée sur une analyse actuarielle et une gestion mutualisée auxquelles se livre le prestataire ? Le caractère aléatoire et successif du contrat d'assurance permet-il de dégager utilement sa qualité au moment de sa conclusion ? La qualité de l'offre d'assurance ne serait-elle pas à l'issue d'une procédure de passation de marchés publics, qu'un postulat⁸ ?

Pour satisfaire à l'objectif d'efficacité et d'économie du contrat, le droit des marchés publics confère à la personne responsable du marché la charge de sélectionner « l'offre économiquement la plus avantageuse » en fonction de laquelle elle attribue le marché à un candidat. Pour parvenir à l'identification de la qualité économique de l'offre d'assurance, le pouvoir adjudicateur élabore préalablement une demande selon l'expression unilatérale de ses besoins, traduisant l'économie administrative du contrat (PARTIE I), de laquelle doit émerger l'économie du contrat d'assurance, à l'issue de la procédure de passation (PARTIE II).

PARTIE I- L'ÉCONOMIE ADMINISTRATIVE

³ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *Archives de philosophie du droit*, 1981, T. 26, p. 35.

⁴ F. TERRE, « L'inutile et l'injuste », in *Etudes J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 177.

⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, Thémis droit privé, 2004, p. 58 : « le rôle de la volonté demeure l'essence du contrat et son critère le plus sûr : le contrat est en effet le mode volontaire de souscription des obligations ».

⁶ Article 1^{er} du code des marchés publics, annexe du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, *JO* n° 6 du 8 janvier 2004, p. 37003.

⁷ J. KULLMANN, « Les caractères généraux de l'opération d'assurance », *Lamy Assurances* 2005, p. 7.

⁸ La problématique de la soumission des services d'assurance au droit des marchés publics pose ainsi de manière réitérée la question de son efficacité toujours perçue comme la conséquence induite mais jamais remise en cause de la soumission à des procédures : « la qualité du choix au terme de la procédure apparaît comme un postulat », C. BRECHON-MOULENES, « Choix des procédures, choix dans les procédures », *AJDA*, 1998, p. 753.

La passation de contrats d'assurance sous l'empire du code des marchés publics génère un renversement des rôles tels que les relations contractuelles civiles les figurent. Le contrat d'assurance, paradigme du contrat d'adhésion⁹ auquel le consommateur souscrit sans pouvoir négocier les stipulations contractuelles¹⁰, est élaboré par le souscripteur lorsqu'il a pour objet de couvrir les risques des personnes publiques.

Cette modification du rapport de force contractuel n'est pas produite par une modification du rapport de force économique par lequel l'assureur impose au souscripteur sa volonté, dans les relations contractuelles civiles. Le renversement de l'incidence des parties sur l'élaboration du contrat est la conséquence de la soumission au droit des marchés publics.

Ce régime fonde ainsi l'obligation pour la personne publique de faire émerger une demande contractuelle définie selon sa propre économie, laquelle se dégage de l'obligation de définition unilatérale du besoin d'assurance (TITRE I) et des garanties contractuelles (TITRE II).

Titre I- LA DÉFINITION UNILATÉRALE DU BESOIN

L'unilatéralisme qui caractérise la passation des marchés publics d'assurance est généré par le procédé de la mise en concurrence qui fonde un rapport contractuel dichotome. La dichotomie qui renvoie à une « séparation binaire d'éléments complémentaires »¹¹, se manifeste dans les relations contractuelles soumises au droit des marchés publics par une dissociation des cocontractants et un cloisonnement entre eux. Cette dichotomie provoque une séparation stricte entre les personnes parties aux contrats en leur assignant une fonction définie consistant soit dans un rôle de définition du besoin, soit dans celui de sa satisfaction. Ainsi identifiée la fonction de chacune des parties, la définition du besoin ressort de la compétence exclusive de la personne publique.

La définition préalable du besoin par la personne responsable du marché est une obligation induite par le procédé de mise en concurrence et accentuée par la procédure de mise en concurrence. Selon l'article 1^{er} code des marchés publics, les principes qui fondent le droit des marchés publics « exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public ».

Les marchés publics d'assurance sont caractérisés par une définition unilatérale du besoin *de* et *par* la personne publique.

Titre II- LA DÉFINITION UNILATÉRALE DES GARANTIES

Le droit des marchés publics est fondé sur le principe selon lequel est confiée à la personne publique, la responsabilité de la passation du marché. Cette charge s'inscrit à la fois comme une obligation, corollaire de l'obligation de définition préalable du besoin, de l'obligation de transparence et des procédures de mise en concurrence, mais aussi comme un effet induit par le procédé de mise en concurrence.

⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd, 2001, p. 171 : « le contrat d'assurance est souvent donné comme un exemple de contrat d'adhésion ».

¹⁰ F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP* 1993, I 3673.

¹¹ A. REY, (sous la dir.), *Le grand Robert de la Langue Française*, p. 1480.

En revanche, le droit des assurances est construit sur le constat d'un déséquilibre réel, inverse entre les parties au contrat, qu'il doit compenser par la protection du consentement du souscripteur d'un contrat d'assurance¹².

Ainsi, les deux régimes juridiques, sans se contrarier, sont fondés sur deux philosophies différentes, voire contradictoires. Ne pouvant se départir d'un certain nombre de contingences inhérentes à l'opération d'assurance, la soumission au droit des marchés publics présente un mode d'élaboration du contrat d'assurance en marge des obligations posées par le code des assurances. L'antériorité de l'intervention de la personne responsable du marché dans la formalisation contractuelle de ses besoins confère à la personne publique une importante responsabilité dans les rapports contractuels en mettant à sa charge l'obligation de définir préalablement le risque à garantir par l'émission de la proposition d'assurance et celle de définir les garanties de couverture de ce risque.

PARTIE II- L'ÉCONOMIE CONTRACTUELLE

Le droit des marchés publics qui affiche pour objectif l'efficacité de la commande publique, cherche le moyen d'appréhender la qualité du contrat conclu. C'est de l'économie du contrat, c'est-à-dire de sa structuration interne¹³ que la qualité du contrat se dégage. Bien qu'il ne soit fait que deux fois explicitement référence dans tout le corps du code des marchés publics, à la notion d'économie du contrat ou du marché, elle fonde tout entier le régime juridique d'attribution du marché en recherchant à établir un rapport, une proportion, objectivement identifiable entre la demande formulée par le pouvoir adjudicateur et l'offre proposée par le candidat.

Produit de la rencontre de la demande et de l'offre d'un assureur, l'économie contractuelle qui justifie l'attribution d'un marché public d'assurance est celle qui permet la conclusion d'un contrat d'assurance « économiquement le plus avantageux », selon l'objectif du meilleur avantage que le pouvoir adjudicateur puisse en retirer (Titre I). Le rapport entre la demande et l'offre qui se dégage lors de la conclusion du contrat produit ses effets tout au long de l'exécution du contrat, chaque fois que la modification des termes du marché est recherchée. L'économie contractuelle constitue alors un lit de Procuste dans le cadre duquel le marché peut être modifié. Ainsi, le contrat doit être économiquement stable (Titre II).

Titre I- UN CONTRAT « ÉCONOMIQUEMENT LE PLUS AVANTAGEUX »

La notion de contrat « économiquement le plus avantageux » n'existe pas. Elle est sous-jacente au droit des marchés publics qui oblige la personne responsable du marché à ne l'attribuer qu'en fonction de l'offre « économiquement la plus avantageuse ». Ayant au préalable défini l'économie de sa demande, le pouvoir adjudicateur attribue un marché dont la valeur économique dépend de la valeur de l'offre faite par le titulaire, conférant ainsi au marché sa valeur économique générale. Cette notion, apparue en réaction aux effets mécaniques, économiquement contre-productifs des procédures de mise en concurrence, s'inscrit dans une logique de performance et d'efficacité de la gestion publique.

La sélection de l'offre « économiquement la plus avantageuse » consiste à retenir celle présentant la meilleure qualité parmi l'ensemble des offres proposées à un instant déterminé

¹² J.-C. ROCHET, « Réglementation de l'assurance, les justifications théoriques », *Risques* n° 30, avril-juin 1997, p. 83.

¹³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 3^{ème} édition, 2002 : « économie : ordre interne, structure, organisation d'ensemble », p. 328.

par la mise en concurrence. En dépit de ce principe, la soumission des services d'assurances au droit des marchés publics s'est accompagnée de relations contractuelles perturbées.

Sans doute ne faut-il pas nier les effets d'une conjoncture économique générale mauvaise et d'événements aux conséquences graves pour le secteur de l'assurance tels que les tempêtes de décembre 1999 ou les attentats du 11 septembre 2000 ou bien encore l'explosion de l'usine AZF¹⁴. Il semble cependant que les perturbations contractuelles dont les marchés publics d'assurance ont été l'objet, soient pour partie la conséquence de comportements commerciaux erratiques que le droit des marchés publics, dans son application du principe de sélection de l'offre « économiquement la plus avantageuse », n'a pu permettre d'éviter.

Au moment de l'introduction des services d'assurances dans le champ d'application du droit des marchés publics, la concurrence a permis à certaines compagnies de se positionner sur le marché des collectivités publiques. Une des stratégies commerciales apparue consistait à proposer des offres à des primes basses¹⁵. Cette politique commerciale pouvait avoir plusieurs raisons.

En premier lieu, il pouvait s'agir d'un pari économique fondé sur une absence de sinistres importants, qui permettrait une régulation économique de l'exécution des contrats d'assurance en fonction de leur degré de rentabilité. La rentabilité économique d'un contrat d'assurance est fonction du rapport entre le coût des sinistres et la valeur des primes que détermine l'assureur. Ce rapport, une fois atteint le niveau fixé par l'assureur, n'est plus économiquement viable pour celui-ci, de sorte qu'il lui faut soit résilier, soit obtenir de l'assuré une réévaluation des primes. Avec des primes sous évaluées par rapport à la sinistralité des collectivités publiques, ce seuil de non viabilité fut rapidement atteint et induisit une remise en cause des contrats. Ces assureurs, désignés comme des « francs-tireurs », se sont peu à peu retirés du marché en résiliant les marchés publics d'assurance dont ils étaient titulaires ou parce qu'ils faisaient l'objet d'un retrait d'agrément d'exercice.

La seconde raison, qui a étroitement partie liée avec la première, trouve sa cause dans une mauvaise connaissance du risque des collectivités publiques et par l'effet aggravant produit par le phénomène de dichotomie contractuelle générateur d'une méconnaissance du risque et d'une inadaptation des obligations contractuelles à celui-ci.

Dans une conjoncture d'offre d'assurance sinon abondante, du moins suffisante pour que la concurrence puisse produire des effets, le mécanisme de sélection des offres fondé sur le principe de l'offre « économiquement la plus avantageuse » n'a pas permis aux personnes responsables du marché de se protéger de la conclusion de contrats d'assurance économiquement non viables.

La différence entre l'offre la moins-disante et celle la mieux-disante ne s'analyse pas en terme de performance, mais en terme de viabilité. Or, l'attribution d'un marché, fondée sur une

¹⁴ Rapport d'activité de la Commission de contrôle des assurances, 2000-2001, p. 30.

¹⁵ La plupart des pouvoirs adjudicateurs ont ainsi constaté une diminution importante de leurs primes selon des conditions de garanties particulièrement avantageuse, trouvant ainsi le satisfecit des chambres régionales des comptes.

Rapport d'observation du 13 juin 2002 de la CRC Haute-Normandie à la commune de Oissel : « Les dépenses de la commune en matière d'assurances se sont élevées à 74 002,72 € TTC (485 426 F) en 1997 et 70 381,26 € TTC (461 670,78 F) en 1998 et ont pu être ramenées, après mise en concurrence dans le cadre d'un marché d'appel d'offres, à la somme de 48 863,04 € TTC (320 520,51 F) ». Soit une économie de 31,5% en une année !

appréciation des offres ne permet pas, en dépit de l'introduction d'une rationalisation de l'analyse de leur valeur économique¹⁶, d'assurer la conclusion d'un contrat viable.

La recherche de la qualité économique de l'offre est peu pertinente dans la mesure où le phénomène de dichotomie contractuelle induit une sélection opérée exclusivement en fonction du prix, rendant vaine l'incitation faite aux personnes responsables du marché d'opérer une sélection sur d'autres critères¹⁷. La sélection de l'offre d'assurance est ainsi caractérisée par la permanence du moins-disant. Ce travers est directement généré par le mécanisme de dichotomie contractuelle précédemment décrit qui est ici, la cause de l'inefficience du principe de sélection d'offre « économiquement la plus avantageuse ».

La sélection de l'offre « économiquement la plus avantageuse » souffre d'un vice de conception qui apparaît dans la sélection de l'offre d'assurance. La qualité du contrat ne s'analyse pas exclusivement sur le segment économique que représente ce contrat. Elle dépend de l'opération d'assurance qui se définit comme « l'opération par laquelle l'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 »¹⁸. La personne responsable du marché manque d'informations économiques sur l'opération d'assurance dont le contrat d'assurance est l'émanation. Elle ne peut pas garantir que l'offre « économiquement la plus avantageuse » est une offre viable parce qu'elle serait économiquement cohérente avec l'ensemble des engagements contractuels pris par l'assureur.

La viabilité de l'offre devrait ainsi pouvoir être recherchée lors de la sélection des candidatures en amont de la sélection des offres afin d'exclure du marché des candidats qui n'apportent pas la preuve de comportements commerciaux viables.

Cependant, l'étape de sélection des candidatures n'est pas fondée sur un tel objectif. Si elle permet néanmoins d'opérer une sélection que la personne responsable du marché a la liberté de vouloir efficace, les renseignements exigibles du candidat et les raisons pour lesquelles une candidature peut être rejetée, font défaut au regard des spécificités économiques du marché de l'assurance.

Dans les hypothèses de marchés publics d'assurance, le contrat d'assurance « le plus économiquement avantageux » est d'abord un contrat économiquement viable. La viabilité du contrat peut être imparfaitement recherchée au travers de la sélection des candidatures. Il est ensuite lors de la sélection des offres, un contrat dont le prix est le plus bas.

Titre II- UN CONTRAT ÉCONOMIQUEMENT STABLE

Successif et aléatoire, le contrat d'assurance peut faire l'objet de perturbations en cours d'exécution, notamment en raison de la modification du risque couvert. Le droit des assurances envisage ainsi plusieurs hypothèses à l'occasion desquelles les cocontractants peuvent revenir sur les termes de leur accord.

¹⁶ Le guide à l'attention des acheteurs publics, rédigé par le Centre du commerce international CNUCED/OMC, sous le titre « acheter un résultat » propose pour ce faire, une analyse économique très approfondie en matière de marché de travaux, Le moniteur, cahier spécial n° 3, 24 mai 2002. Ce guide s'inscrit dans la logique de l'accord OMC sur les marchés publics, JO du 26 novembre 1995, p. 40150.

¹⁷ Le retour systématique au « moins-disant » est ainsi un effet mécanique qui dépasse la seule question de la crainte des personnes responsables du marché de passer devant le juge pénal pour délit de favoritisme, par exemple. J- B. AUBY, « La bataille de San Romano », *AJDA*, 2001, p. 912.

¹⁸ P. PETAUTON, « L'opération d'assurance : définitions et principes », *in* Encyclopédie de l'Assurance, Litec, 1997, p. 427.

Le droit des marchés publics limite le droit de modification du contrat en enserrant les transformations de celui-ci dans le cadre de son économie initiale. La soumission des contrats d'assurance aux procédures de passation des marchés publics ajoute à l'obligation de consentement qui fonde le droit de modification des contrats d'assurance, celle de préserver son économie.

Cette obligation ne remet pas en cause le droit de modifier le contrat en cours d'exécution mais en limite la portée. L'économie contractuelle constitue une structure que les modifications contractuelles ne doivent pas avoir pour conséquence de déformer. Par ailleurs, elle peut être dans certaines hypothèses, une raison de modifications des obligations contractuelles pour la préserver. L'exécution du contrat est ainsi conditionnée à sa correspondance aux projections contractuelles initiales.