



La Tribune
de l'assurance

DROIT & TECHNIQUE

MARCHÉS PUBLICS

Résiliation et modification des contrats d'assurance

Publié le 4 janvier 2023 à 14h43

Frédérique Bannes et Pierre-Manuel Cloix Temps de lecture 14 minutes

Alors que les marchés publics ne peuvent normalement pas faire l'objet de modification et de résiliation par leurs titulaires en cours d'exécution, il en va autrement pour les marchés d'assurance. Les assureurs ont la faculté de modifier et de résilier des contrats en cours d'exécution, mais certaines conditions légales et contractuelles doivent être respectées. Tour d'horizon de ces conditions légales et contractuelles.

Frédérique Bannes, avocate au barreau de Paris, cabinet FB conseil, Pierre-Manuel Cloix, avocat associé du cabinet Cloix Mendès Gil

Les contrats d'assurance conclus avec les acheteurs publics et entités adjudicatrices sont soumis au Code de la commande publique (ci-après CCP), entré en vigueur le 1^{er} avril 2019. Ils ont en principe le caractère de contrats administratifs de service lorsqu'ils sont conclus par des personnes publiques, ou peuvent être des contrats privés soumis aux règles de la commande publique lorsque les parties sont privées ⁽¹⁾. Hormis le cas de la résiliation après sinistre, les dispositions du Code des assurances qui octroient à l'assureur des facultés de résiliation unilatérale, sont d'origine légale. Elles constituent des règles impératives auxquelles il ne peut être dérogé par voie de convention (art. L.111-2 du Code des assurances).

Ainsi, alors que les marchés publics ne peuvent normalement pas faire l'objet de modification et de résiliation par leurs titulaires en cours d'exécution, il en va autrement pour les marchés d'assurance. Les assureurs ont la faculté de modifier et de résilier des contrats en cours d'exécution, mais seulement dans certaines conditions légales et contractuelles. Quant aux acheteurs publics, ils sont souvent peu préparés à subir une résiliation.

I- Les modalités de résiliation des contrats d'assurance en cours d'exécution

Le Code des assurances reconnaît, dans les conditions qu'il organise, la possibilité pour l'assureur et pour l'assuré de prononcer unilatéralement la résiliation d'un contrat. Il prévoit plusieurs causes de résiliation unilatérale du contrat par l'assureur seul. Cette situation reflète la singularité du marché public d'assurance. Pour rappel, depuis la directive européenne 92/50 du 18 juin 1992, les marchés publics d'assurance sont soumis pour les besoins des acheteurs publics aux obligations de mise en concurrence, ce qui a abouti à la reconnaissance par le Conseil d'état de la compatibilité entre le Code des assurances et – à l'époque – le Code des marchés publics ⁽²⁾.

Soumis au droit commun de la commande publique, ces marchés relèvent de l'application des procédures les plus courantes en fonction de trois seuils selon l'estimation du besoin ⁽³⁾ :

- la conclusion directe lorsque le montant prévisionnel du marché est de moins de 40 000 € HT, à la condition de veiller à ne pas systématiquement conclure le marché avec le même titulaire,

- la conclusion en procédure adaptée jusqu'à 215 000 € HT, permettant de définir des règles plus souples en fonction du caractère concurrentiel du marché,
- la conclusion en procédure formalisée (appel d'offres ouvert ou restreint) à partir du seuil précité.

En matière de commande publique, la définition du besoin est une prérogative de l'acheteur public ⁽⁴⁾ qui se traduit par l'élaboration du dossier de consultation. C'est sur la base de ce dossier de consultation et notamment des clauses du cahier des charges techniques ou fonctionnelles que le candidat doit répondre, sans pouvoir le modifier pour ne pas fausser la comparaison des offres.

En fonction de la typologie des risques couverts, la résiliation par l'assureur peut intervenir de plein droit ou si les dispositions contractuelles l'ont prévu. En conséquence, lorsque la résiliation ne relève pas d'une faculté de plein droit prévue par la loi, soit le marché lui-même envisage cette résiliation, soit elle va figurer dans l'offre du candidat. Or, le marché public définit limitativement les documents contractuels et leur hiérarchie, de sorte qu'il faut s'assurer, d'une part que le marché mentionne bien l'offre du candidat dans les pièces contractuelles et, d'autre part, que cette offre contractualisée n'est pas en contradiction avec une autre pièce du marché qui exclurait cette faculté ⁽⁵⁾.

A- En fonction des clauses du marché : la résiliation après sinistre à l'initiative du titulaire assureur

L'article R.113-10 du Code des assurances octroie à l'assureur la faculté de résilier le contrat d'assurance après sinistre, cette résiliation prenant effet à l'expiration d'un délai d'un mois à dater de la notification à l'assuré. La résiliation après sinistre dans le cadre d'un marché public d'assurance est également prévue par le Guide des bonnes pratiques pour la passation des marchés publics d'assurances des collectivités locales de juin 2008 : « (...) *dans les cas des marchés publics d'assurance et en écho à la faculté de résiliation des contrats à l'issue de sinistres dont dispose tout assureur, il est possible de prévoir et d'encadrer contractuellement la possibilité pour le titulaire de résilier le marché public, à la suite d'un sinistre* ». ⁽⁶⁾

Autrement dit, pour être valablement exercée par l'assureur titulaire du marché public, cette faculté de résiliation unilatérale qui n'est pas automatique doit être envisagée dans une clause administrative particulière au sein des pièces constitutives du marché. C'est ce qu'a précisé la cour administrative d'appel de Marseille dans un arrêt du 23 juin 2008. La Cour avait à se prononcer sur la responsabilité d'une entreprise d'assurance qui avait résilié pour sinistres le marché qu'elle avait signé avec la ville de Marseille. La Cour retient que l'assureur a commis une faute en résiliant le marché, car la faculté de résiliation unilatérale de l'assureur

pour sinistre n'était pas prévue par les pièces constitutives du marché, nonobstant la clause des conditions générales de l'assureur ⁽⁷⁾. Le préjudice résulte notamment en conséquence de cette résiliation irrégulière du surcoût lié à la conclusion d'une nouvelle garantie à des conditions potentiellement moins avantageuses.

B- La résiliation pour non-paiement des montants de primes

Les articles L.2192-12 et s. du CCP décrivent en cas de retard de paiement les conditions de réclamation par le titulaire du règlement par l'administration d'intérêts moratoires, d'indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement dès le lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le marché (soit en principe trente jours) ⁽⁸⁾.

Le CCP ne prévoit pas de disposition relative à la résiliation par le titulaire en cas de non-paiement des montants de primes par un souscripteur. En revanche, le bien-fondé de la résiliation unilatérale d'un marché public par l'assureur titulaire pour non-paiement des montants de primes, exercée conformément aux dispositions du Code des assurances et aux dispositions contractuelles, semble avoir été admis par la jurisprudence. Ainsi, la cour administrative d'appel de Lyon, après avoir rappelé les dispositions impératives de l'article L.113-3 du Code des assurances, avait constaté que l'assureur était en droit de notifier au souscripteur la résiliation du contrat au motif de l'absence de règlement de la prime en dépit d'une mise en demeure ⁽⁹⁾.

C- La résiliation pour aggravation de risques garantis

L'aggravation de risques garantis au sens de l'article L.113-4 du Code des assurances s'entend de l'augmentation soit de la probabilité de réalisation du risque, soit de son intensité. Il ne s'agit donc ni d'un risque nouveau, ni d'une augmentation des capitaux garantis. En cas d'aggravation importante du risque, l'assureur a le choix entre résilier le contrat ou proposer un nouveau taux de prime correspondant à cette aggravation. La résiliation prend effet dix jours après notification dans le premier cas. Dans le second cas, l'assureur peut prononcer la résiliation trente jours après avoir émis une proposition si l'assuré la refuse expressément ou garde le silence ⁽¹⁰⁾. La tentative de bloquer cette résiliation par un référé se prévalant de l'urgence est vaine dès lors que l'assureur a respecté un délai de préavis suffisant et que les conditions générales étaient annexées à l'acte d'engagement ⁽¹¹⁾.

Compte-tenu de l'impossibilité en principe de négocier le contenu de la prestation, il est recommandé pour les collectivités territoriales d'établir avant toute souscription d'un marché d'assurance un état de sinistralité recensant de manière exhaustive les risques auxquels elles sont exposées et précisant leur évolution, puis de sélectionner ceux pour lesquels une assurance serait nécessaire. L'énumération

des risques retenus dans le cahier des charges du futur marché avec l'indication de leurs caractéristiques serait de nature à mieux informer les assureurs quant à leur obligation de couverture, leur permettant ainsi de proposer des offres adaptées et limitant leur possibilité d'invoquer en cours de contrat une aggravation du risque dont ils n'auraient pas eu connaissance.

D- La résiliation pour omission ou déclaration inexacte de l'assuré

Le Code des assurances permet à l'assureur de résilier le contrat d'assurance qu'il a conclu lorsque, avant la survenance d'un sinistre, il réalise que les déclarations de l'assuré sont incomplètes ou inexactes. L'article L.113-9 du Code des assurances relatif à la fausse déclaration non intentionnelle de l'assuré sanctionne l'obligation de sincérité mise à la charge de ce dernier par l'article L.113-2, 2^o, du Code des assurances, en prévoyant la réduction proportionnelle de l'indemnité en fonction du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues si les risques avaient été complètement et exactement déclarés.

E- La résiliation annuelle

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 délai de résiliation court à partir de la date figurant sur le cachet de la poste. La durée du contrat et les conditions de résiliation sont fixées par la police d'assurance. Le Guide pratique pour la passation des marchés publics d'assurance des collectivités locales publié en juin 2008 (question 14) précise que la durée initiale et le nombre de reconductions possibles doivent être déterminés dès la passation du marché, et que la reconduction ne peut pas être refusée par le titulaire, sauf disposition contraire prévue dans le marché. Ce point est confirmé par le CCP : « *Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer* » (art. R.2112-4).

Le guide pratique de 2008 indiquait déjà qu'afin de ne pas subir une variation à la hausse non maîtrisée, la collectivité devait prévoir une clause de sauvegarde permettant de résilier le marché dès que le nouveau prix proposé dépassait un certain pourcentage et que toutes les variations devaient être prévues par le contrat, qui devait être sur ce point aussi précis que possible ⁽¹²⁾.

II- Les modalités de modification des contrats d'assurance en cours d'exécution de marché

La modification par voie d'avenant des clauses des contrats d'assurance en cours d'exécution, qu'il s'agisse de l'ajout de clauses contractuelles marché (ex : pandémie, cyber, sanctions...) ou de modifications des conditions tarifaires, est envisageable dans les cas mentionnés aux articles R.2194-1 à 9 du CCP. Le niveau de modification, le type de marché, l'incidence sur le prix, le niveau d'incidence sur la mise en concurrence initiale et le respect de l'économie du marché doivent être pris en compte.

Les modifications peuvent être effectuées par avenant sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

- les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont font partie les clauses de révision du prix ou d'options ;
- il convient de vérifier si les marchés comprennent des clauses de réexamen dans les CCAP/CCTP. Les clauses de révision du prix ou d'options doivent être claires, précises et sans équivoque.

Ces clauses précisent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Si le pouvoir adjudicateur accepte une majoration des montants de primes dans le respect des clauses contractuelles de son marché, il faut veiller à ce que la modification ne bouleverse pas l'économie du contrat, n'en change pas l'objet, ni ne remette en cause les règles de publicité, de mise en concurrence et d'égalité de traitement des candidats et prestataires de service ;

- des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires, dans une limite de 50 % du montant initial, toutes modifications comprises ;
- les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ;
- un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché. Cette situation est cependant réservée aux cas où ce changement résulte d'une restructuration du titulaire. Ainsi, dans l'hypothèse où un marché est détenu par un groupement d'assureurs dont l'un décide de procéder à une résiliation en faisant intervenir un nouvel assureur, la modification dans la composition du groupement est irrégulière ⁽¹³⁾ ;
- les modifications ne sont pas substantielles. Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du marché public et lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie : elle introduit 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 ; 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 ; elle modifie considérablement l'objet du marché public. L'appréciation du caractère substantiel d'une modification est très casuistique et la jurisprudence inexistante. Si l'extension d'une garantie existante semble admissible, en revanche, l'inclusion de nouveaux risques paraît plus risquée, car elle aurait pu susciter une concurrence plus importante ;

- S'agissant des modifications tarifaires, elles peuvent être effectuées sans justification particulière par avenant et donc sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsqu'elles sont de faible montant, c'est-à-dire inférieur aux seuils européens de publicité et à 10 % du montant du marché initial. Une difficulté peut provenir de la nécessité de formaliser un avenant, car en principe les modifications d'un marché public ne peuvent être tacites ⁽¹⁴⁾. Il est donc prudent de distinguer les modifications autorisées par les clauses du contrat, des modifications non encadrées.

⁽¹⁾ *Conformément à l'article L6 du Code de la commande publique*

⁽²⁾ CE, 28 avril 2003, Fédération des courtiers d'assurance et autres, req. n° 233343

⁽³⁾ Cela n'exclut pas le recours à des procédures avec négociations, à la condition de pouvoir justifier d'une complexité ou de circonstances particulières.

⁽⁴⁾ L.2111-1 CCP : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation... »

⁽⁵⁾ En pratique, les marchés font références aux cahiers des clauses administratives générales, édictés par arrêté : le CCAG « fournitures courantes et services » donne en son article 4 une liste hiérarchisée des pièces du marché.

⁽⁶⁾ Guide des bonnes pratiques pour la passation des marchés publics d'assurances des collectivités locales, question 31, p. 27

⁽⁷⁾ CAA Marseille, 23 juin 2008, compagnie Axa France IARD c/Ville de Marseille req. n° 05MA01866 et 07MA03566, , JCP A 2009, no 14, act. no 2077, note Linditch F.

⁽⁸⁾ L.2192-10 CCP

⁽⁹⁾ CAA Marseille, 10 janvier 2014, commune d'Oraison /AGF IART, req. n° 12MA02860

⁽¹⁰⁾ Réponse ministérielle à question écrite n° 5925, (JO Sénat, Q, 27 juin 2013, p. 1949)

⁽¹¹⁾ TA Grenoble, 29 septembre 2022, Communauté d'agglomération Arlysère /Pilliot, req. n° 2205403

⁽¹²⁾ question 29, p. 27

⁽¹³⁾ CE, 16 mai 2022, Sham, req. n°459408 : l'avenant est irrégulier mais compte-tenu du faible montant de la modification, de la durée restante du marché et des impératifs d'intérêt général liés à la nécessité d'assurance d'un centre hospitalier, le juge n'exige pas la résiliation du marché et inflige une amende à l'acheteur public.

⁽¹⁴⁾ cf. CE 29, février 1980, Société entreprise nouvelle de l'Ouest, req. n° 105