

GPL174m7

Gazette du Palais, 12 avril 2014 n° 102, P. 19 - Tous droits réservés

Gazette

174m7 — Le conseil et l'assistance à la passation des marchés publics d'assurances : un marché pour les avocats

Par un arrêt du 10 février 2014, le Conseil d'État affirme que les avocats peuvent assister et conseiller une personne publique afin de lui permettre de passer des marchés publics d'assurance. Il se prononce sur le périmètre exact de cette activité d'intermédiation en assurances.

Gazette – Marché de services – mission d'assistance et de conseil – montage des dossiers – passation de marchés d'assurance – contrat d'assurance – assurance des biens – responsabilité – personnel

par Bernard Poujade

professeur agrégé à la faculté de droit Paris Descartes

avocat au barreau de Paris

CE 7^e et 2^e ss-sect. réunies 10 févr. 2014 n° 367262
ECLI:FR:CESSR:2014:367262.20140210 SELARL Cabinet Henri Abecassis
Lebon tables M. Bouchard rapp. M. Dacosta rapp. publ. ; SCP Bore Salve de Bruneton Ricard Le Prado av.

Les avocats peuvent-ils assister et 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 ?

Par un arrêt du 10 février 2014, le Conseil d'État répond clairement à la question, à la grande satisfaction des représentants de la profession d'avocat, en se prononçant sur le périmètre exact de l'activité d'intermédiation en assurance¹.

Le litige s'était noué à la suite d'un avis d'appel public à la concurrence publié, le 13 janvier 2010, par le service départemental d'incendie et de secours (SDIS) du Doubs, qui avait lancé un marché à procédure adaptée en vue de l'attribution d'un marché de services, ayant pour objet une mission d'assistance et de conseil, pour le montage des dossiers et la passation de marchés d'assurance, ainsi qu'une mission d'assistance technique permanente, pour toutes les questions relevant notamment de l'assurance des biens, des responsabilités et du personnel.

La société AC consultants présente une offre au pouvoir adjudicateur. Mais le 26 février 2010, le SDIS du Doubs l'informe que le marché a été attribué au cabinet d'avocats Abecassis.

Le 19 avril 2010, AC consultants saisit le tribunal administratif de Besançon afin de faire annuler le marché. Celui-ci rejette la requête par un jugement en date du 17 novembre 2011. Sur appel de la société, la cour administrative d'appel de Nancy, par un arrêt en date du 28 janvier 2013², annule le jugement et le marché conclu entre le SDIS et le cabinet Abecassis.

Le Conseil d'État casse cet arrêt et contredit la solution des juges du fond après avoir tranché des points de procédure administrative contentieuse.

I – Les questions de droit du contentieux administratif

La décision juge d'abord que le cabinet d'avocats Abecassis pouvait introduire un pourvoi en cassation même si ce dernier n'avait produit de mémoire, ni devant la cour administrative d'appel, ni devant le tribunal administratif.

Il était en effet argué de ce qu'une partie mise en cause devant une cour administrative d'appel ayant fait défaut, ne dispose en terme de voie de recours que de l'opposition prévue à l'article R. 831-1 du Code de justice administrative (CJA) : « Toute personne qui, mise en cause par la cour administrative d'appel ou le Conseil d'État, n'a pas produit

de défense en forme régulière est admise à former opposition à la décision rendue par défaut, sauf si celle-ci a été rendue contradictoirement avec une partie qui a le même intérêt que la partie défaillante ».

Il est vrai que « le recours en cassation n'est recevable que contre une décision définitive à l'égard de laquelle aucune autre voie de recours et, notamment, celle de l'opposition ne reste ouverte »³.

Le délai d'opposition est de deux mois (CJA, art. R. 831-2) à compter du jour où la décision par défaut a été notifiée et l'opposition était encore ouverte.

Mais le Conseil d'État a considéré que l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy avait été rendu contradictoirement et que le SDIS du Doubs, est présumé avoir le même intérêt que son cocontractant, le cabinet Henri Abecassis, à défendre la validité du marché qui les lie. Il n'est pas établi que le cabinet, régulièrement mis en cause par la cour administrative d'appel de Nancy, mais qui n'a pas produit de défense devant elle, aurait eu, en l'espèce, un intérêt différent du SDIS. Ainsi, faute d'être admis à former opposition à l'arrêt attaqué le cabinet était recevable à se pourvoir en cassation.

L'arrêt admet ensuite l'intervention du Conseil national des barreaux (CNB) et s'appuie sur ce point sur une jurisprudence récente, à savoir la décision de section du 25 juillet 2013⁴, aux termes de laquelle « est recevable à former une intervention, devant le juge du fond comme devant le juge de cassation, toute personne qui justifie d'un intérêt suffisant eu égard à la nature et à l'objet du litige ».

S'agissant d'un litige contractuel, le rapporteur public s'est interrogé sur le point de savoir si un organisme défendant les intérêts professionnels de l'une des parties ne devait pas être considéré comme ne justifiant pas d'un intérêt suffisant. Mais, au regard de la nature de la question de droit posée par le litige, le CNB qui veille à l'intérêt collectif de la profession, avait indiscutablement un intérêt à agir, compte tenu des conséquences importantes sur l'exercice de la profession et notamment sur le champ des activités ouvertes aux avocats. La Cour de cassation a ainsi récemment déclaré recevable l'intervention du CNB dans un litige contractuel mettant en cause une atteinte au monopole de la profession sur les prestations de service juridique⁵.

II – De la mission d'intermédiation en assurance

Si l'on comprend très bien le soulagement de la profession, la solution adoptée par le Conseil d'État était loin d'être évidente⁶. On notera, d'abord, que les juridictions du fond allaient plutôt en sens contraire car, outre la cour administrative d'appel de Nancy, la cour administrative d'appel de Marseille, dans un arrêt du 8 avril 2013⁷, avait jugé dans le même sens.

Le Conseil d'État a tranché assez lapidairement 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 ; qu'elle ne peut ainsi être regardée comme une mission d'intermédiation entrant dans le champ d'application des dispositions citées ci-dessus du Code des assurances ».

L'intermédiation en assurance a été définie dans la directive du 9 décembre 2002⁸ comme : « toute activité consistant à présenter ou à proposer des contrats d'assurance ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion ou à les conclure, ou à contribuer à leur gestion et à leur exécution, notamment en cas de sinistre. » Toutefois, ne sont pas considérées comme une intermédiation en assurance « les activités consistant à fournir des informations à titre occasionnel dans le cadre d'une autre activité professionnelle pour autant que ces activités n'aient pas pour objet d'aider le client à conclure ou à exécuter un contrat d'assurance (...) ».

La transposition a été effectuée par la loi du 15 décembre 2005⁹, qui a ainsi inséré un article L. 511-1 dans le Code des assurances : « I. - L'intermédiation en assurance ou en réassurance est l'activité qui consiste à présenter, proposer ou aider à conclure des contrats d'assurance ou de réassurance ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion. N'est pas considérée comme de l'intermédiation en assurance ou en réassurance l'activité consistant exclusivement en la gestion, l'estimation et la liquidation des sinistres. / Est un intermédiaire d'assurance ou de réassurance toute personne qui, contre rémunération, exerce une activité d'intermédiation en assurance ou en réassurance. »

L'article R. 511-1 du même code précise, quant à lui, que : « Pour l'application de l'article L. 511-1, est considérée comme présentation, proposition ou aide à la conclusion d'une opération d'assurance, le fait pour toute personne

physique ou personne morale de solliciter ou de recueillir la souscription d'un contrat ou l'adhésion à un tel contrat, ou d'exposer oralement ou par écrit à un souscripteur ou un adhérent éventuel, en vue de cette souscription ou adhésion, les conditions de garantie d'un contrat. Les travaux préparatoires à la conclusion d'un contrat mentionnés à l'article L. 511-1 s'entendent comme tous travaux d'analyse et de conseil réalisés par toute personne physique ou personne morale qui présente, propose ou aide à conclure une opération d'assurance. Ils ne comprennent pas les activités consistant à fournir des informations ou des conseils à titre occasionnel dans le cadre d'une activité professionnelle autre que celle mentionnée à l'alinéa premier ».

Enfin, le I de l'article R. 511-2 énumère la liste des personnes qui peuvent exercer l'activité d'intermédiation en assurance ou réassurance contre rémunération. N'en font pas partie les avocats ; au surplus, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires particulières, la profession d'avocat est incompatible avec l'exercice de toute autre profession ¹⁰.

La difficulté du litige tenait à l'ambiguïté des termes des textes puisqu'« aider à conclure des contrats d'assurance (...) ou réaliser des travaux préparatoires à leur conclusion » pouvait parfaitement être interprété comme incluant notamment les tâches juridiques préalables à la conclusion desdits contrats.

En l'occurrence, la prestation de l'avocat a bien pour but d'aider à conclure une opération d'assurance en traçant le cadre du futur contrat.

La rédaction très large pose donc le problème de la frontière de l'activité d'intermédiation en assurance, laquelle pourrait inclure les personnes exerçant en amont de l'opération de présentation ou de proposition du contrat d'assurance, ou de réassurance, des activités d'audit ou de conseil.

Selon le ministre de l'Économie ¹¹, l'activité exercée par les auditeurs et consultants en risques et assurances doit être analysée au cas par cas, afin de déterminer si l'intéressé sollicite ou recueille la souscription ou l'adhésion à un tel contrat, s'il expose à un souscripteur les conditions de garantie ou s'il propose ou aide à conclure une opération d'assurance.

Pour le professeur Daniel Langé ¹² « les travaux d'analyse et de conseil qui ne constituent pas en eux-mêmes des actes d'intermédiation n'y sont inclus que lorsqu'ils sont accomplis par une personne physique ou morale qui est déjà entrée dans le champ de l'intermédiation en présentant, proposant ou aidant à conclure des contrats d'assurance. Les actes d'analyse et de conseil qui ne seraient pas précédés ou suivis d'une démarche commerciale visant à exposer les conditions de garantie d'un contrat en vue de la souscription ou de l'adhésion resteraient en dehors de l'intermédiation en assurance ».

Pour le professeur J. Bigot ¹³ ne réaliserait pas une opération d'intermédiation le notaire, l'avocat, l'expert, le consultant, ou le conseil fournissant des informations et conseils, à titre occasionnel, sur le contrat, sans pour autant proposer un contrat d'assurance.

C'est dans la ligne de la doctrine que s'est placé le rapporteur public pour qui « la notion même d'intermédiaire implique celle de mise en relation de deux personnes, en l'espèce l'assuré et l'assureur... Mais ces travaux préparatoires ne peuvent s'entendre comme incluant l'ensemble des tâches juridiques ou matérielles que doit mener à bien une collectivité à partir du moment où elle envisage de s'assurer ; il s'agit, et il ne peut s'agir, que des travaux préparatoires à la conclusion d'un contrat déterminé, celui-là même que l'intermédiaire a proposé ou va proposer ». Pour lui, « l'assistance et le conseil fournis à une personne publique dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public d'assurance sont des missions qui s'exercent au profit exclusif de la collectivité. Elles n'ont pas pour objet de mettre celle-ci en relation avec une personne déterminée. Il ne s'agit pas de travaux préparatoires à la conclusion d'un contrat déjà identifié ; il s'agit de travaux préparatoires au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, dans le cadre fixé par le Code des marchés publics. Ce n'est pas de l'intermédiation ; c'est de l'assistance au maître d'ouvrage ».

Il ne faudrait pas croire que l'arrêt donne un blanc seing total à l'avocat.

D'abord, comme l'a noté le rapporteur public, les collectivités publiques doivent prendre des précautions quant à l'étendue de la mission confiée à l'avocat. Dans le présent litige, la définition de certains des éléments était sujette à caution, notamment l'aide à la décision et à la finalisation des contrats. Or il existe des risques potentiels si le cabinet était chargé de « comparer les offres et de formuler des propositions alors que « l'autorité compétente – la collectivité ou, en son sein, la commission d'appel d'offre – ne peut déléguer à un tiers les attributions qui sont les siennes ; elle peut simplement se faire assister. Il lui revient de procéder au classement des offres qui ont été recueillies à la suite de la procédure de publicité et de mise en concurrence. Il lui revient également d'engager, le

cas échéant, une négociation avec le ou les candidats sélectionnés, si l'on est en procédure adaptée. Cette mission ne peut être confiée à un prestataire extérieur. »

L'autorité de contrôle prudentiel a attiré l'attention sur la ligne à ne pas franchir, en évoquant les missions d'audit-conseil lorsque les travaux de l'auditeur ont pour finalité l'adhésion à un contrat d'assurance : « ils peuvent correspondre, par exemple, au dépouillement d'un appel d'offres d'assurances avec une analyse comparative des offres, le classement documenté des offres proposées par les différents assureurs ou encore la négociation de clauses contractuelles ou de tarifs avec un assureur. Ces travaux constituent bien de l'intermédiation en assurance car ils fournissent des éléments qui vont permettre au client d'opter pour un contrat d'assurance bien précis et d'en écarter d'autres. »

On peut donc, au final, se réjouir que la haute assemblée mette fin à une situation d'insécurité juridique pour la profession d'avocat. Pour autant, ses missions devront être définies avec soin.

1 1. AJDA 2014, p. 381 ; Lamy Droit public des affaires mars 2014, obs. A. Bichelonne.

2 2. CAA Nancy, 28 janv. 2013, n° 12NC00126 : AJDA 2013, 1285, note E. Arcobelli.

3 3. CE, 12 oct. 1956, Desseaux : Lebon, p. 364 – CE, 20 nov. 1992, Marcel J. : Lebon, p. 417 ; AJDA 1993, p. 130, concl. J. Arrighi de Casanova.

4 4. CE, 25 juill. 2013, n° 350661, Office français de protection des réfugiés et apatrides c/ M^{me} F.

5 5. Cass 1^{re} civ., 19 juin 2013, n° 12-20832.

6 6. Je remercie M. Dacosta de m'avoir aimablement communiqué ses conclusions.

7 7. CAA Marseille, 8 avr. 2013, n°10MA01631, Sté Protectas.

8 8. Dir. n° 2002/92/CE, 9 déc. 2002 : JO 15 janv. 2003, L. 9.

9 9. L. n° 2005-1564, 15 déc. 2005 : JO 16 déc. 2005, p. 19348.

10 10. Cf. art. 115, D. n° 91-1197, 27 nov. 1991 organisant la profession d'avocat : JO 28 nov. 1991, p. 15502.

11 11. Rép. min. à QE n° 111531 : JO AN Q, 24 avr. 2007, p. 3949 – citée in RLDA 2014, n° 4629.

12 12. J.-Cl. Civil, fasc 130, intermédiaires en assurances, n° 30.

13 13. « L'intermédiation en assurance : les nouvelles règles du jeu » : JCP G 2006, I, n° 189.